

Édouard Lambert

Common law et droit civil
Leurs branches américaines
L'étude comparative de ces branches

Extrait du *Bulletin de l'Institut de droit comparé de Lyon* 1941 pp. 1-89

TABLE DES MATIERES

Edouard LAMBERT. — *Common Law et Droit Civil. Leurs Branches Américaines. L'Etude Comparative de ces Branches.*

Préambule commun à cet article éditorial et à l'article du fascicule suivant :

LES BUTS DE L'OUVERTURE DE CETTE RUBRIQUE..... 1

PREMIER ARTICLE

LES RAPPORTS DE LA BRANCHE AMERICAINE DU COMMON LAW AVEC LA SCIENCE INTERNATIONALE DU DROIT OU JURISPRUDENCE COMPARATIVE AVANT 1938..... 12

Chapitre I. — Les infiltrations du droit civil par l'intermédiaire du droit des Etats ayant vécu sous le droit civil..... 13

Chapitre II. — L'émondage subi par le *common law* anglais aux Etats-Unis..... 22

Chapitre III. — Influence des orientations nouvelles de la science et de l'enseignement aux Etats-Unis..... 26

Chapitre IV. — Le *common law* fédéral et le *stare decisis* avant 1938..... 35

Chapitre V. — Les renversements ouverts de jurisprudence fédérale de 1937 et de 1938

Les rapports de celui de 1937 avec la brèche faite en Angleterre au *stare decisis* pour les règles de police publique..... 47

Chapitre VI. — La suppression du *common law* fédéral par la décision du cas *Erie Railroad C^o v. Tompkins*..... 55

Chapitre VII. — L'attitude des Cours Suprêmes d'Etats à l'égard du *stare decisis*..... 63

Chapitre VIII. — La place du *stare decisis* Américain entre celui du droit anglais et celui des pays de droit civil..... 67

J.-R. NIRAU. — SOURCES DU DROIT HISPANO-AMERICAIN..... 91

1. — L'Empire Espagnol au début du XIX^e siècle..... 95

2. — Les tendances du mouvement de 1808..... 97

BULLETIN DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARÉ DE LYON

4^{me} Année. — Numéro Unique

1941

COMMON LAW ET DROIT CIVIL

Leurs branches américaines

L'étude comparative de ces branches

Préambule commun à cet article éditorial et à l'article éditorial du fascicule suivant :

LES BUTS DE L'OUVERTURE DE CETTE RUBRIQUE

Nous ouvrons, dans ce numéro, une nouvelle série de notices, sous ce titre : *common law et droit civil*, qui reparaitra fréquemment — sinon régulièrement — dans les numéros ultérieurs de ce *Bulletin*. Elle groupera des informations sur les recherches scientifiques rentrant dans le champ de l'étude comparative des deux corps de culture juridique supranationale que les juristes anglo-saxons désignent sous les noms de *common law* et de *civil law* et dont les adeptes sont appelés par eux respectivement *common law lawyers* et *civilians*.

Les vocables de la langue juridique française qui constituent les traductions littérales des dénominations ainsi données à la culture juridique d'origine romaine et française — et aux juristes formés à son école — « droit civil » et « civilistes » — ne désignent dans le vocabulaire de la science juridique française, que l'une des branches de ce système juridique et ceux qui se spécialisent dans l'étude de cette branche centrale. Peut-être eut-il été désirable, pour la précision du langage technique de la jurisprudence comparative, que l'on recourût, en France, pour désigner le concurrent du *common law*, au terme de langue anglaise — en imitant l'exemple donné par les juristes anglo-saxons qui, pour se constituer

un vocabulaire professionnel, ont emprunté tant de ses termes à la vieille langue française. Mais le lexique français du droit comparé est déjà trop arrêté pour qu'il soit facile d'obtenir qu'on le complète par des emprunts faits à un autre lexique. Consolons-nous, en constatant que le terme choisi par les juristes anglais, pour désigner l'ensemble de leur système juridique, est encore plus amphibologique que celui dont ils se servent pour désigner le nôtre. Car ils l'emploient également pour opposer, d'une part, la jurisprudence de droit strict, élaborée dans les temps médiévaux par les cours du roi, à la jurisprudence issue de la pratique de la Chancellerie et des cours d'équité et, d'autre part, le droit de formation judiciaire au droit de formation législative ou *statute law*.

Ce dont nous rendrons compte, sous cette rubrique, ce ne sont pas nos recherches personnelles sur les relations existantes entre le *common law* et le *droit civil*, sur leurs similitudes et leurs oppositions, sur les infiltrations qui se sont produites d'un de ces corps de droit commun à l'autre ou sur les transformations, inspirées du même esprit général, que la nécessité de s'adapter à l'évolution de la vie économique mondiale les a amenés à apporter à leurs règles traditionnelles en accommodant, de part et d'autre, ces transformations à leur génie propre et à leur mécanisme ancestral d'élaboration du droit ou *law making*. Non, ce dont nous nous proposons de travailler à diffuser la connaissance, ce sont les travaux faits dans cette direction par d'autres foyers de recherches que le nôtre. Cette nouvelle série de notices ne sera que le prolongement, sur un terrain spécial, de celle que nous avons ouverte dès le numéro inaugural de ce *Bulletin* et que nous y annonçons comme sa destination essentielle : renseigner les instituts de droit comparé, déjà existants ou en voie de formation, sur leurs activités respectives. Dès le moment où nous rédigeons ce numéro-programme, nous avons senti la nécessité d'étendre cet échange d'information des instituts de droit comparé, proprement dits, aux centres d'étude du droit comparé qui fonctionnent sous d'autres formes.

En faisant place aujourd'hui, dans notre *Bulletin*, à des pages réservées à la documentation de l'étude comparative du *common law* et du *droit civil*, nous ne nous dissimulons

pas que cette partie de notre information se cantonnerait dans un horizon beaucoup trop étroit, si nous néglignons de tenir compte d'apports, d'un intérêt parfois exceptionnel, que fournissent des périodiques qui, tout en étant spécialisés dans d'autres directions, accueillent occasionnellement des travaux consacrés à des comparaisons entre les droits anglo-saxons et les droits d'origine romaine. Et nous estimons également désirable de faire état de certaines des décisions de principe des jurisprudences directrices de l'un ou l'autre groupe qui, touchant à des problèmes d'une actualité également aiguë pour les deux groupes, sont de nature à exercer une action internationale d'exemplarité, ou qui sont appelées à avoir des répercussions sur l'avenir du droit international privé, soit en facilitant, soit en rendant plus difficiles les rapprochements entre les jurisprudences nationales du conflit de lois.

La plupart de ces notices seront d'une nature purement bibliographique. Car je suis arrivé à l'âge où se tarit la production personnelle, mais où l'on a plaisir à suivre et applaudir les productions les mieux venues de ceux qui se taillent leur place dans la carrière de la recherche scientifique au moment où nous en sortons. Nous ne songeons aucunement — l'intensive compression que des circonstances de force majeure imposent à notre *Bulletin* s'y opposeraient — à procéder sur ce terrain à des revues bibliographiques du genre de celles que Jacques Lambert et Xirau ont consacrées à la production ibéro-américaine dans le domaine du droit et de la science sociale. Nous nous bornerons à signaler aux lecteurs, des périodiques et des publications en équipes internationales, dont une utilisation prolongée nous a permis d'apprécier et d'attester la haute valeur. De temps à autre, nous donnerons aussi des résumés dans notre langue, d'articles, parus en langue anglaise, ou dans d'autres langues étrangères, qu'un examen critique ou des lectures répétées nous ont conduit à considérer comme des modèles de judicieuses contributions à l'étude comparée du *common law* et du *droit civil*.

C'est cette sorte d'études comparatives de droit qui a formé le premier objet des préoccupations de l'Institut de Droit Comparé de Lyon et qui continue à en demeurer l'objet principal. Nos efforts, dans cette direction, s'étaient, à l'origine,

trop limités à la comparaison des deux troncs sur lesquels se sont branchées les jurisprudences et les législations des groupes anglo-saxon et latin : le *common law* ou droit judiciaire d'Angleterre pour le premier de ces groupes et, pour le second, le droit français où, par l'intermédiaire du Code Napoléon, s'est opéré le filtrage de ceux des éléments du droit romain qui sont passés dans le courant général des codifications du *droit civil* de l'Europe continentale et de l'Amérique latine. Et c'était encore resté, jusqu'à ces derniers temps, le principal terrain d'émulation entre les publications des instituts de droit comparé de Paris et de Lyon, des collections de volumes sélectionnés qu'ils ont tirées de l'utilisation de thèses de doctorat soutenues devant leurs facultés de droit respectives.

Mais, avec le temps, nous avons compris que l'approche de ces deux corps concurrents de « droits communs » par leurs troncs nourriciers historiques n'était pas celle qui pouvait procurer, à ceux qui envisagent cette comparaison sous des fins de rapprochement, les résultats les plus satisfaisants et les plus immédiats. Tout rapprochement exige un désir mutuel de compréhension. Et ce désir est loin d'être aussi développé dans le cercle de la profession juridique anglaise que dans le cercle des comparatistes français. Cela tient, sans doute, à ce que la forte constitution à laquelle est arrivée, dès le Moyen Age, le corps des juristes anglais lui a fait prendre un esprit à la fois profondément conservateur et isolationniste, ainsi qu'aux efforts persévérants qu'il a fait à partir de la fin du XIII^e siècle, pour éliminer de sa discipline technique les éléments de droit romain qui s'y étaient infiltrés au temps de Bracton, puis pour combattre les répercussions qu'avait trouvées en Angleterre, au temps d'Henry VIII, la seconde renaissance du droit romain, celle des humanistes.

Cela est dû aussi à d'autres causes. Le maître qui a créé à l'Université d'Oxford l'enseignement de cette dernière forme du droit romain vivant qu'est le droit romain des Pandectistes hollandais en vigueur devant les tribunaux de la fédération sud-africaine, R. W. Lee, nous met sur la voie de l'une d'elles dans ces lignes par lesquelles s'ouvre la contribution (contribution n° 2) — sur l'étude du droit comparé en Grande Bretagne — qu'il a apportée à l'*Introduction à l'étude du*

droit comparé publiée en 1938 par la Librairie Générale de Droit et la Librairie du Sirey.

« Les Iles Britanniques, écrit-il (1), semblent offrir des facilités particulières pour l'étude du droit comparé. Elles contiennent, en effet, quatre ou cinq systèmes de droit en vigueur et conservent le souvenir de beaucoup d'autres. Des appels au *Comité Judiciaire du Conseil Privé* sont interjetés de toutes les parties du monde. Toutefois, il faut bien convenir que la science du droit comparé nous trouve encore... plus disposés à suivre qu'à ouvrir la voie » (2).

Dans l'article précité, l'auteur de l'œuvre classique qu'est l'*Introduction to Roman-Dutch Law*, après avoir passé en revue les antécédents que la jurisprudence comparative trouve dans l'histoire de la littérature juridique anglaise et rappelé l'œuvre accomplie, depuis sa fondation en 1894, par la *Society of Comparative Legislation* anglaise, caractérise en ces termes l'orientation donnée par cette société à sa publication permanente :

« En particulier, le *Journal* a rempli une fonction fort utile en fournissant un résumé annuel de la législation de l'Empire Britannique qui s'est élargi, dans ces dernières années, pour comprendre la législation de quelques pays étrangers ».

(1) Tome I, p. 344.

(2) Les mêmes regrets ont été exprimés par d'autres collaborateurs anglais à l'*Introduction à l'étude du Droit Comparé*. Le Professeur Gutteridge, de l'Université de Cambridge — où sa ténacité a réussi à créer finalement un foyer d'étude comparative du *common law* et du *droit civil* — a fait écho à la plainte de l'éminent professeur d'Oxford (Contribution n° 24). Il en est de même de la contribution du Professeur Walton (n° 69) et de celle du Professeur Wortley (c. n° 30). Il y a heureusement, parmi les représentants de la science juridique anglaise, des exceptions à cette tendance à l'« isolationnisme » — pour reprendre l'expression de Wortley — même en dehors du cercle des historiens du droit, où des maîtres tels que Maitland ou Vinogradoff, ont apporté d'admirables contributions à l'étude de l'histoire comparative du droit anglais et du droit français — où du cercle des romanistes — dont l'un des représentants, le Professeur Buckland, l'un des meilleurs connaisseurs des institutions du droit romain dans toutes les phases de son histoire, a suivi l'influence de la législation romaine jusque dans le temps présent, par des études comparatives sur l'esprit respectif du *common law* et du *droit civil* actuels — comme le montre la contribution (n° 66) donnée par lui à l'*Introduction à l'étude du droit comparé*, en collaboration avec le Professeur Mac-Nair. Mais ceux des juristes anglais, qui ont fait œuvre marquante dans le domaine de la jurisprudence comparative moderne sont, pour la plupart, des hommes qui avaient acquis la connaissance de droites d'origine française, soit en enseignant, à l'Université Mc Gill, le droit de la province canadienne de Québec, comme R. W. Lee, soit comme Walton et Sir Maurice Sheldon Amos, en dirigeant l'ancienne école Khédiviale du droit du Caire — devenue la Faculté de Droit de l'Université Fouad I^{er} — ou en participant à l'activité législative de l'Égypte.

Ces indications du professeur Lee montrent que, quand les juristes anglais cherchent à étendre leur horizon au delà du corps de droit, qu'ils mettent en œuvre comme interprètes ou praticiens, en général leurs regards se portent plus volontiers sur les autres branches du *common law* que sur les législations et les jurisprudences des pays de *droit civil*. Et c'est ce qu'on peut également déduire de l'entrée en concurrence avec les *Halsbury's Laws of England* du répertoire de droit non moins massif, qu'est le *British and Empire Digest*.

La période tourmentée que nous traversons n'est certes pas propice au développement de contacts entre le *common law* d'Angleterre et les droits de l'Europe continentale, ni même à leur persistance actuelle. Mais, avec ce temps d'arrêt dans les relations européennes entre le *common law* et le *droit civil*, coïncide un mouvement inverse dans les relations entre les branches américaines de ces deux groupes de culture juridique. Depuis quelques années, dans chacun de ces groupes américains, une élite de plus en plus nombreuse de juriconsultes manifeste une curiosité croissante à l'égard de la production législative ou jurisprudentielle et de la littérature juridique de l'autre groupe. L'intensification des relations commerciales entre l'Amérique latine et l'Amérique anglo-saxonne, produite par les entraves que l'extension progressive de la guerre apporte à leur commerce avec l'Europe et d'autres continents, y augmente rapidement, dans le monde de l'industrie et du commerce plus encore que dans celui des techniciens du droit, le nombre de ceux de leurs membres qui s'intéressent aux propagandes, depuis déjà longtemps poursuivies, en vue de la recherche de rapprochements entre les branches américaines du *common law* et du *droit civil* sur des terrains tels que le droit des conflits de lois, la réglementation des contrats commerciaux et, en général, les chapitres du droit les plus intimement liés à la sécurité du commerce international.

Notre *Bulletin* — dans le numéro unique auquel la disette du papier l'a obligé, à son grand regret, à s'en tenir pour l'année 1940 — a concentré son attention sur la marche de ce mouvement dans le groupe ibéro-américain. Il convient maintenant — c'est ce que nous allons commencer à faire dans ce numéro — d'en suivre le courant du point de départ inverse, mais complémentaire et concourant aux mêmes fins,

celui qui provient de l'Amérique anglo-saxonne, et en particulier des Etats-Unis. Je le suivrai avec d'autant plus d'intérêt que je suis fermement convaincu que l'application des méthodes et des aspirations du droit comparé — tel que je l'ai toujours entendu — à l'établissement de liaisons entre les rameaux américains du *common law* et du *droit civil* donnera à la longue des résultats autrement importants que ceux que l'on peut attendre de l'application de ces méthodes à la comparaison des jurisprudences-mères. Cette conviction a été ancrée dans mon esprit par la lecture d'une documentation juridique américaine d'où il ressort avec évidence que le droit des Etats-Unis est beaucoup moins imperméable à l'influence du *droit civil* que le *common law* anglais d'aujourd'hui.

Cette conviction ne date pas d'aujourd'hui. Car j'en ai exposé les raisons dans un fascicule des *Annales de l'Université de Lyon* (3). — *L'enseignement du droit comparé. — Sa coopération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence anglo-américaine* — publié en 1919, en vue de justifier les démarches que je faisais, à cette époque, pour obtenir que le centre d'études comparatives de droit que j'avais fait vivre depuis 1908, sous la forme d'un Séminaire Libre d'Etudes Juridiques et Sociales, dans l'ombre de l'Université de Lyon, fut accueilli par elle comme l'un de ses instituts officiels et devint son Institut de droit comparé. La majeure partie du premier chapitre (4) de cette étude exposait, à très larges traits, la succession des rapports qui ont existé entre l'histoire du droit français et celle du *common law*, depuis l'époque où les premiers éléments de ce corps de droit judiciaire se sont dégagés de traditions empruntées à la province française de Normandie, jusqu'à celle où la colonisation l'a transporté du sol natal d'Angleterre sur la terre d'acclimatation américaine. Elle rappelait les conditions dans lesquelles et les influences sous lesquelles le *common law* anglais, avec la fin du XIII^e siècle s'est engagé, de plus en plus résolument, dans les voies opposées à celle des futurs pays *droit civil*, en éliminant progressivement la

(3) Nouvelle Série — Droit-Lettres, Fascicule 32. Lyon, Imprimerie Rey, 4, rue Gentil, et Paris, Rousseau, rue Soufflot, 14.

(4) Pages 20-44.

majeure part de l'héritage du droit français et les emprunts faits aux doctrines romaines des glossateurs.

Je ne reviendrai pas sur cette partie d'ordre historique. Ce serait inutile pour les fins de cette introduction. Cet historique a, d'ailleurs, été développé, depuis, beaucoup plus amplement et en le conduisant jusqu'à notre temps, par un professeur de l'Université de Paris — qui a été l'organisateur de l'Institut de droit comparé de cette Université — dans un livre destiné à l'usage des lecteurs français, mais qui a aussi été apprécié par les experts anglais compétents, comme le montre la traduction qui en a été publiée dans leur langue.

En abordant l'exposé des raisons qui m'amenaient à ouvrir, dans le *Bulletin de l'Institut de Droit comparé de Lyon*, cette nouvelle rubrique permanente « *common law et droit civil* », et à l'orienter principalement pour l'instant vers l'étude comparative des branches américaines de ces deux types de culture juridique internationales, je m'étais d'abord proposé de résumer, à grands traits, le second chapitre de mon fascicule des *Annales de l'Université de Lyon* de 1919 qui, lui, avait été consacré à l'étude des principaux facteurs auxquels j'attribuais alors l'aptitude de la branche américaine du *common law* à s'ouvrir moins malaisément que la branche anglaise à la comparaison et au rapprochement avec le mouvement d'ensemble des législations et des jurisprudences des pays de *droit civil*. Je ne songeais encore qu'à en tirer quelques pages qui constitueraient, à la fois, la présentation et la justification d'une série de notices, conçues dans l'esprit que je viens d'indiquer, et dont la rédaction était déjà achevée.

J'ai dû me résigner depuis à ajourner la publication de ces notices et à les répartir dans les numéros ultérieurs de ce *Bulletin*, parce que, en dépouillant, pour la vérification de mon enquête de 1919, la documentation parue sur la matière depuis cette époque aux Etats-Unis, je n'ai pu me dissimuler que la richesse et la complexité de cette documentation ne me permettaient plus de m'en tenir à une simple analyse d'un travail, nécessairement bien vieilli, et me faisaient un devoir de probité scientifique — ou bien de garder le silence, ou bien de procéder à une révision qui, faite sur de nouvelles bases, demande d'assez longs développements.

Cette révision d'ensemble m'a paru beaucoup plus urgente que l'insertion dans ce *Bulletin* des études monographiques déjà prêtes, étant donné le but principal que poursuivent pour l'instant mes publications personnelles. Ce but est d'éclairer les coreligionnaires scientifiques et les chers compagnons de travail — que sont pour moi les juristes groupés dans les instituts ibéro-américains de droit comparé — sur les difficultés auxquelles ils doivent s'attendre à se heurter dans leur effort pour établir des liaisons entre leur droit général latin et la branche américaine du *common law*, tant sur le terrain du droit commercial que sur celui du droit international privé ou droit des conflits de lois. Ces difficultés, auxquelles il importe qu'ils s'apprentent à faire face, tiennent à l'une des orientations nouvelles que le droit privé des Etats-Unis a prises au cours de ces dernières années et sur laquelle je ne saurais trop attirer leur attention.

En ce qui concerne la plupart des catégories de faits que j'avais signalées en 1919 comme rendant la branche américaine du *common law* moins fermée que la branche anglaise à l'établissement de points de contact avec le *droit civil*, mes conclusions n'ont pas fondamentalement changé. Mais la documentation nouvelle apportée, à cet égard, par la production de la jurisprudence et de la littérature juridique des Etats-Unis m'a amené à les préciser et les accentuer. En revanche, l'un des traits actuels de la structure du droit de l'Union Nord-Américaine que j'avais eu en 1919 de bonnes raisons de placer sur le même plan — la tendance de la notion de l'autorité du précédent judiciaire à évoluer dans le sens d'une moindre rigidité — ne justifie plus aucune des espérances qu'il m'avait fait concevoir en ce qui concerne le renforcement des relations et coopérations du droit des Etats-Unis avec le mouvement d'ensemble de la science internationale du droit.

La disparition — au moins momentanée — de ces espérances a été la conséquence d'un coup de barre — véritablement révolutionnaire — que la Cour Suprême des Etats-Unis a imprimé à sa jurisprudence en 1938, par sa décision dans le cas *Erie Railroad Co v. Tompkins*, en émettant un arrêt de mort contre le *common law* fédéral, et en décidant que la

Constitution fédérale, quoique l'ayant toléré pendant environ un siècle, interdit aujourd'hui toute tentative pour le reconstituer. Le corps de droit national, qui a été l'objet de cette proscription judiciaire, constituait le principal instrument — le seul qui eut une valeur de droit positif — par l'intermédiaire duquel s'établissait le contact entre le droit des Etats-Unis et celui des pays de *droit civil*. Il importe tout particulièrement à nos amis et émules des centres de droit comparé de l'Amérique Latine d'être exactement renseignés sur la nature et l'étendue des répercussions que l'écroulement actuel du *common law* fédéral des Etats-Unis est appelé à exercer sur les relations juridiques entre l'Union Nord-Américaine et l'Amérique Latine. C'est là un inventaire difficile à établir dès aujourd'hui, en raison de l'existence d'une série d'autres forces qui agissent dans un sens opposé à ce mouvement isolationniste du pouvoir judiciaire fédéral. Son établissement demande, en tout cas, des recherches minutieuses.

Il n'importe pas moins à nos correspondants et lecteurs ibéro-américains qu'on les aide à prévoir si les obstacles que la mise hors la loi du *common law* des Etats-Unis oppose, pour l'instant, à la réalisation de la partie la plus ambitieuse de leur programme, sont appelés à n'avoir qu'une existence plus ou moins longue, mais finalement passagère, ou à se maintenir indéfiniment. Or, les seuls éléments vraiment solides de tout calcul de probabilités en cette matière sont fournis, d'une part, par l'encadrement de la décision du cas *Erie Railroad C° v. Tompkins* dans la marche générale de l'histoire constitutionnelle de l'Union Nord-Américaine et, d'autre part, l'analyse et la pesée respectives des causes, d'ordre interne, qui ont provoqué cette décision et des effets qu'elle est destinée à produire dans le fonctionnement du droit interne des Etats-Unis. Ce sont là des matières qui appellent des développements d'une certaine étendue.

Il serait difficile, notamment, d'arriver à des pronostics, qui aient chances de réalisation, en ce qui concerne celles des répercussions — tant sur le plan national que sur le plan international — qui ne sont encore qu'en germe — de l'abrogation du *common law* fédéral, résultant de la décision du cas *Erie Railroad C° v. Tompkins*, sans s'être fait préalablement une idée précise de ce qu'étaient la doctrine judi-

ciaire, dont cette décision de l'année 1938 a prononcé le renversement, après en avoir fait pendant environ un siècle l'une des directives fondamentales de sa jurisprudence : la doctrine popularisée sous le nom de doctrine de *Swift v. Tyson* ou *doctrine de Story* ; appellation tirée du cas judiciaire où elle avait été émise en 1842 et — d'autre part — de la personnalité du membre de la Cour Suprême des Etats-Unis qui l'avait formulée, sur le mandat de l'unanimité de ses collègues. Il est non moins indispensable, pour prévoir tant le nombre que la durée des écroulements que le « jet à la mer » de cette doctrine va entraîner, dans les relations de la branche américaine du *common law* anglo-saxon avec la science internationale du droit ou jurisprudence comparative, que nous connaissions — en même temps que les fondements de droit constitutionnel nord-américain — le fondement de « jurisprudence générale » — c'est-à-dire de droit envisagé sous son aspect d'universalisme — sur lesquels reposait cette doctrine.

Ces considérations m'ont amené à substituer à la courte préface que je m'étais proposé de donner aux diverses notices, que je tiens pour l'instant en réserve, une enquête d'ensemble sur le rôle que le *common law* fédéral avait joué, jusqu'à ces temps derniers, dans la vie scientifique internationale de la branche américaine du *common law* anglo-saxon, et sur les conséquences internationales de la condamnation à mort que l'arrêt de 1938 a prononcée contre lui, en la plaçant sous le patronage de la Constitution des Etats-Unis.

L'exposé des résultats de cette enquête dépasse l'espace dans lequel la crise du papier nous oblige à faire tenir le présent fascicule. Il nous a fallu le scinder en deux articles. La répartition des matières entre ces deux articles — celui qui constitue l'éditorial de ce numéro du *Bulletin* et celui qui constituera l'éditorial du numéro suivant — était naturellement indiquée d'avance ; d'une part, l'analyse des divers éléments qui, dans la formation historique du droit américain, ont constitué des éléments de liaison entre lui et les législations ou jurisprudences de pays de *droit civil* et qui demeurent encore présentement autant d'éléments naturels de compréhension mutuelle entre la branche américaine du

common law anglo-saxon et le *droit civil* — c'est l'objet de ce premier article —; d'autre part, l'étude des origines et des causes de la mesure révolutionnaire prise par la Cour Suprême des Etats-Unis dans le cas *Erie Railroad v. Tompkins*; l'énumération des applications jurisprudentielles qui en ont déjà été faites; la prévision de ses effets sur le plan international et des chances de permanence de ces effets — tel sera l'objet du second article —.

PREMIER ARTICLE

Les Rapports de la Branche Américaine du Common Law avec la Science Internationale du Droit ou Jurisprudence Comparative avant 1938.

Pour les parties de ce premier article où j'utilise une documentation antérieure à 1919, je ne m'attarderai pas à refaire sur de nouvelles bases ce que j'avais fait à cette date dans le fascicule précité des *Annales de l'Université de Lyon*. Je me bornerai à le résumer, en renvoyant pour le surplus à l'appareil de preuves contenu dans ce fascicule. Je n'oublie pas, toutefois, que ce fascicule n'a été l'objet que d'un tirage et d'une publicité fort limités, et qu'il est difficile, à l'heure actuelle — surtout à d'autres que mes compatriotes — de se le procurer par les voies ordinaires de librairie. C'est pourquoi — sur les points qui me paraissent essentiels — je n'hésiterai pas à reproduire ici de longs extraits des pages que j'avais écrites en 1919. Ces explications préliminaires données, j'analyse maintenant — en consacrant un chapitre à chacune d'elles — les diverses catégories de faits que j'avais retenues — et que je continue à retenir — comme les principaux facteurs qui font du droit américain un organe naturel de rapprochement entre le *common law* anglo-saxon et le *droit civil*.

CHAPITRE I

Les infiltrations du droit civil par l'intermédiaire du droit des Etats ayant vécu sous le droit civil.

Dans l'ordre historique se place, tout d'abord, l'influence que le *droit civil* a eue sur la formation du droit américain pendant les premiers stades de son développement sous une double forme; d'une part, par le rayonnement des codes français de l'époque napoléonienne et l'attraction qu'ils ont exercée sur des jurisconsultes américains aussi influents que James Kent ou Edward Livingstone; d'autre part, par suite de l'incorporation dans l'Union Américaine de populations ayant vécu sous l'empire du droit français ou espagnol. Sans doute, pendant la seconde moitié du XIX^e siècle la réception du *common law* anglais s'est progressivement étendue à ceux des Etats de l'Union qui avaient d'abord été régis par des droits d'origine française ou latine et qui, après leur incorporation, avaient conservé plus ou moins longtemps un attachement aux habitudes juridiques ainsi acquises — quoiqu'il puisse y avoir place à une réserve pour la Louisiane. (L'une de nos notices à venir rappellera, en effet, les discussions entre juristes de cette région auxquelles a donné lieu la réponse à cette question: La Louisiane demeure-t-elle encore un pays de *droit civil*?).

Mais cette réception du droit anglais n'y a pas été accompagnée d'un effort des jurisprudences de ces Etats, pour s'émanciper des règles héritées du droit français ou du droit espagnol que l'on puisse comparer, du point de vue de sa persistance et de sa ténacité, à celui que les cours royales d'Angleterre ont fait, pendant la période que couvrent les *Year Books*, pour éliminer de leur jurisprudence les éléments de droit romain qui s'y étaient glissés sous l'action des représentants de l'école des glossateurs. Il convient, en effet de ne point oublier les conditions dans lesquelles s'est réalisée aux Etats-Unis la réception du droit anglais: conditions si clairement définies dans ce *dictum*, émis au nom de la Cour Su-

prême fédérale par le juge Mc Lean (6) : « Personne ne prétendra que le *common law*, tel qu'il existe en Angleterre, ait toujours été en force dans toutes ses dispositions dans chaque Etat de cette Union. Il n'a été adopté que dans la mesure où ses dispositions étaient appropriées aux conditions des colonies et, par cette circonstance, nous voyons que ce qui est *common law* dans un Etat n'est pas considéré comme tel dans un autre. Les décisions judiciaires, les usages et les coutumes des Etats respectifs doivent déterminer dans quelle proportion le *common law* a été introduit et sanctionné dans chacun d'eux »

C'est de là que provient à l'heure actuelle, que la branche américaine du *common law* ne soit pas constituée par un droit commun fédéral (7), mais se décompose en quarante-huit *common laws* ou droits judiciaires d'Etats — sans compter ceux des juridictions du district et des territoires fédéraux. Et c'est aussi pour cette cause que les jurisprudences ou *common laws* d'Etats, qui autrefois se sont gouvernés d'après les traditions du *droit civil*, renferment encore des éléments sortis de cette provenance. Le voisinage de ces jurisprudences a contribué à activer et prolonger dans tout l'ensemble des Etats-Unis, pendant la première moitié — et surtout pendant le premier tiers — du XIX^e siècle le rayonnement des codifications françaises du début de ce siècle. Le frottement, qui s'est produit au sein de l'Union entre les cultures anglaise et latine, pendant la majeure partie du XIX^e siècle, a eu comme conséquence que la branche américaine du *common law* s'est insensiblement enrichie d'éléments de *droit civil*, qu'elle a extérieurement harmonisés avec son système général, en les coulant dans les moules techniques de la jurisprudence anglaise et en recourant, pour les définir, au vocabulaire technique du droit anglais. Mais l'assimilation de ces éléments n'en a pas moins eu pour effet de la différencier, sur des points importants, du tronc anglais et de la rapprocher des jurisprudences latines.

Dans le fascicule précité des *Annales de l'Université de Lyon*, j'ai donné un exemple de ce processus obscur d'ab-

(6) *Wheaton v. Peters*. U. S. Supreme Court Reports. 659.

(7) Tel est, du moins, le résultat obtenu par la décision rendue par la Cour Suprême fédérale dans le cas *Erie Railroad* que nous retrouverons plus loin.

sorption progressive dans la branche américaine du *common law* de matériaux d'origine latine, que j'empruntais à la contribution donnée par Edwin B. Gager à la publication collective, établie par les professeurs de l'Ecole de droit de *Yale University* à l'occasion du bi-centaire de cette Université (8). Cet exemple m'avait paru — et me paraît toujours — particulièrement significatif, parce qu'il porte sur un chapitre entier du droit privé — le *mortgage* de *real property*, l'équivalent de notre titre des hypothèques — et parce que l'objet général de ce chapitre — l'utilisation de la propriété immobilière comme instrument de crédit — reste au premier plan des préoccupations de tous les législateurs. Du tableau, saisissant dans sa méthodique concision, qu'Edwin B. Gager traçait de l'évolution d'ensemble du droit américain en cette matière, m'avait paru se dégager avec évidence cette conclusion, que je reprends :

« Par l'effet d'un développement, dont les germes spontanés remontent jusqu'à l'époque coloniale, mais que le voisinage des conceptions juridiques françaises (et espagnoles) a singulièrement activé, le *mortgage* immobilier américain, tout en conservant son vêtement juridique de coupe anglaise, est devenu, dans la majorité des Etats de l'Union, une institution économique beaucoup plus proche de l'hypothèque que du *mortgage* anglais ».

Cette transformation progressive du *mortgage* sur le terrain d'acclimatation, plus neuf, que lui offraient les Etats-Unis apparaît, sans doute, comme un phénomène qui a dû s'opérer spontanément et sans difficulté, aux yeux de ceux des *civilistes* qui se souviennent des remarquables pages que le génial historien du droit, William Maitland, a consacrées à l'une des constructions les plus gauches et les plus archaïques de la jurisprudence anglaise dans les leçons qu'il a données à Oxford et que de pieux élèves ont publiées après sa mort.

La description qu'il y donne du formulaire de *mortgage* en usage chez les *conveyancers* anglais rappelle — par son accumulation de fictions et par les procédés employés pour glisser les institutions nouvelles dans le moule de celles qu'elles supplantent — les constructions les plus alambiquées des pontifes, constructeurs du vieux *jus civile romain*, tels

(8) *Two Centuries, Growth of American Law*, 1902, pp. 153-166.

que les rituels de l'émancipation, de l'adoption ou du testament *per æs et libram*. Prenant comme base la structure qui lui a été initialement donnée par le *common law* — envisagée dans son opposition avec l'équité, le rituel anglais construit le *mortgage* comme une aliénation que le débiteur consent au créancier pour sûreté d'une dette avec la double clause de retranslation en cas de paiement à l'échéance et d'acquisition incommutable au créancier *ipso jure* dans le cas contraire. Comme le remarque Maitland « il est extrêmement rare, il est presque inouï ⁽⁹⁾ » que ce ne soit pas la seconde de ces hypothèses qui se réalise. Car les formulaires prévoient que le terme, dont l'expiration sans remboursement entraînera contre le débiteur déchéance du droit de rachat, est habituellement un terme de six mois, alors que, d'ordinaire, créancier et débiteur sont d'accord pour envisager, l'un un placement plus stable, l'autre un crédit plus long. Ce qui fait que, d'après la doctrine du *common law* stricto sensu, au bout de six mois, le créancier acquiert la propriété définitive et le débiteur — qui garde d'ordinaire la chose entre les mains — n'est plus regardé que comme un détenteur précaire.

Pour corriger ce désaccord entre les volontés réelles des parties et celles qu'ils leur font exprimer, les *conveyancers* anglais font appel à l'équité qui a ouvert au débiteur exproprié *at law* par le défaut de paiement à l'échéance, le droit de reprendre sa terre — tant qu'il n'est pas définitivement dépouillé de ce droit par une action en forclusion — en créant l'*equity of redemption*. Le débiteur est ainsi investi d'une nouvelle propriété, la propriété équitable, qui paralyse, dans la plupart des cas, la propriété légale du créancier et peut être à son tour offerte comme sûreté par des *mortgages équitables de qualité inférieure aux mortgages légaux* — tout d'abord parce qu'ils n'ont que la seule consécration de l'équité et ensuite — et surtout — à raison de deux étranges créations de l'équité, la doctrine de la soudure (*tacking*) et celle de la consolidation des mortgages, qui exposent un second créancier mortgagiste à être primé, soit par un créancier usant de son premier mortgage pour faire valoir des garanties postérieures en date à celles de son concurrent, soit par un troi-

(9) Equity, p. 269.

sième ou subséquent créancier, qui arrive à lier son mortgage au mortgage légal et à le couvrir de la priorité de celui-ci.

La dissection historique qu'en a donnée Maitland montre que cette curieuse construction de l'art des rédacteurs d'actes instrumentaires anglais fait du cérémonial du mortgage immobilier la commémoration des diverses phases par lesquelles est passée en Angleterre la transition du véritable gage immobilier à une sûreté réelle gardant le même nom, mais n'exigeant plus la dépossession du débiteur. Les effets économiques de son emploi ont été définis par un juge des anciennes cours de chancellerie, le vice-chancelier Wood, dans une phrase célèbre qu'on peut traduire en langage juridique français par ces mots :

« C'est une chose vraiment dangereuse qu'acheter des immeubles hypothéqués ou prêter sur de secondes hypothèques. »

Il n'est pas douteux que le souci d'éviter de pareils résultats suffirait à expliquer les modifications internes apportées, sur le sol d'acclimatation américain, au mécanisme interne du mortgage immobilier. Mais il est non moins certain que ces transformations ont été accélérées par le contact des codifications et des législations statutaires des Etats, qui ont constitué des îlots historiques de pays de *droit civil* au sein de l'Union Nord-Américaine, et que la physionomie finale qu'elles ont prise, dans la majeure partie de l'Union, a été fortement influencée par l'exemple des *Statute Laws* de ces Etats. La démonstration qu'en a faite Edwin B. Gager est vraiment décisive. Comme il est devenu difficile de se procurer en librairie mon livre sur *L'enseignement du droit comparé*, je n'hésite pas à reproduire, sans autre changement que quelques abréviations, l'analyse que j'y avais donnée de cette démonstration.

Il ressort du tableau que M. Gager a tracé de la situation d'ensemble du droit américain à la date de 1902 que, à cette époque, les législations des Etats américains, en ce qui concerne le *mortgage* immobilier, se ramenaient à trois groupes d'inégale importance, dont les conceptions représentaient trois phases logiques de l'évolution du mortgage, continuant à se dérouler côte à côte dans le temps présent par suite de l'inégalité de développement des divers corps de « Statutes ».

Quelques législations s'inspiraient encore de la construction d'ensemble du droit anglais, non sans lui apporter des retouches de détail. Aucune d'elles notamment ne suivait plus la tradition qui voulait que le créancier mortgagiste ait un titre de propriété « légale » qui ne puisse être détruit que par le strict accomplissement de la condition résolutoire de paiement.

Un second groupe, déjà plus important, dont les treize colonies originaires — New-York excepté — ont formé le noyau primitif, tout en acceptant théoriquement la combinaison des doctrines du *common law* et de l'équité, développait la seconde au détriment de la première et transformait profondément la nature et les effets de la propriété attribuée par le *common law* au créancier mortgagiste. Alors qu'en Angleterre la propriété « légale » du créancier existait à l'égard de tous, dans les législations de ce groupe, elle ne pouvait plus être invoquée qu'à l'égard du débiteur mortgagiste et de ses ayants cause. Sous cette forme retouchée de la doctrine traditionnelle anglaise se dégagait déjà le sentiment, juridiquement conscient, que les droits du créancier, malgré leur élévation à la dignité de droits de propriété, n'ont, en réalité, qu'une fonction de garantie et doivent se limiter à la mesure compatible avec cette fonction.

Mais c'était un troisième système qui tendait déjà à l'emporter dans la majeure partie de l'Union. Sur quarante-cinq Etats qu'elle comptait en 1900-1902, au moment où M. Gager clôturait son enquête, vingt-quatre, d'après lui, y avaient déjà donné leur adhésion. Ce système écarte de la réglementation légale du mortgage l'apport du *common law* — la conception du transfert au créancier de la propriété légale de la terre engagée — et ne retient plus que l'apport de l'équité, en le rajeunissant et l'épurant. Il ne laisse plus au créancier mortgagiste que le droit d'arriver par une procédure appropriée à faire vendre la terre qui lui a été assignée comme sûreté et à obtenir le paiement par préférence sur le montant du prix de vente. Les premières origines doivent, d'après M. Gager, en être cherchées dans l'Etat de New-York, ce qui ferait penser que les influences latines, jadis agissantes sur cet ancien sol de jurisprudence hollandaise, n'ont pas été étrangères à son premier dégagement.

Il est en tout cas incontestable que sa marche de diffusion a été fortement secondée par la coopération du droit français et romain dont la conception, dit M. Gager, « en substance n'est pas grandement éloignée de la conception de l'*equity* ». L'idéal, vers lequel s'orientaient les législations de ce troisième et principal groupe, a trouvé sa meilleure définition dans un Code dérivé des nôtres, le code civil de la Louisiane, dont la section 3290 définit ainsi le mortgage conventionnel : « un contrat par lequel une personne oblige l'ensemble de sa propriété, ou une partie seulement de celle-ci, à la garantie de l'exécution de quelque engagement, mais sans se dévêtir elle-même de la possession ». Plus significatif encore, pour caractériser les tendances de ce groupe, est le texte de l'article 2920 du Code civil de Californie qui donne cette définition du mortgage : « Un contrat par lequel une propriété déterminée est *hypothéquée* pour l'accomplissement d'un acte sans la nécessité d'un changement de possession » (10).

L'emploi du terme *hypothéqué* par le Code civil de Californie — Code rédigé en 1872, alors que la Californie participait depuis près de vingt-quatre ans à la vie générale de l'Union — montre assez l'exactitude de cette prévision par laquelle M. Gager clôturait sa contribution à la publication collective de *Yale Law School* : « Il est généralement admis que les doctrines fondamentales de l'*equity*, sur lesquelles notre loi du mortgage est fondée sont dérivées de la loi romaine. (Ce point de départ seul peut se prêter à discussion, mais non la suite). Ce système est passé par un processus de développement entièrement analogue à celui qui s'est en partie opéré chez nous. Mais notre loi, comme système d'ensemble, n'a pas encore atteint le stage que la loi romaine avait atteint dans le *Corpus Juris Civilis*... La transition de la théorie combinée à la théorie d'*equité* seule, dans la mesure où elle s'est produite, a été principalement due à la législation, et l'achèvement de cette transition doit être l'œuvre de la législation. Mais les résultats finaux ne diffèrent pas grandement des résultats atteints dans la loi romaine. La définition tirée du Code civil de la Louisiane, elle-même dérivée

(10) Cfr. CHAPLIN, *Story of Mortgage*, dans *Harvard Law Review*, IV, p. 8 et s.

de la loi romaine, est déjà pratiquement appliquée dans la grande majorité de nos Etats. La théorie d'équité prévaudra finalement, parce qu'elle est fondée sur la raison et proportionnée au but que le mortgage se propose d'atteindre (11) ».

Depuis le moment où j'écrivais les pages que je viens de reproduire ou de résumer, bien d'autres études d'auteurs américains ont signalé d'autres emprunts notables de la branche américaine du *common law* aux conceptions du droit romain, et confirmé ainsi l'importance réelle des points de contact que l'absorption dans les Etats-Unis de populations ayant reçu leur éducation juridique première à l'école du *droit civil*, a établis entre le *common law* et les jurisprudences latines. Il est vrai que quelques-uns d'entre eux ont peut-être prêté le flanc à l'objection, qu'on leur a faite, d'attribuer à des imitations ou des infiltrations de *droit civil* des concordances entre ce système juridique et la branche américaine du *common law*, qui étaient plutôt dues à un parallélisme de développement spontané sous l'empire des mêmes causes. L'écho de ces discussions s'est fait entendre au cours des délibérations de la première section du *Congrès International de Droit Comparé*, tenu en 1932 à La Haye. Il n'a point été rédigé de procès-verbal de ces délibérations. Mais, ayant présidé la plupart des séances de cette section générale et assisté à toutes les autres, j'ai reconstitué de mémoire ces délibérations dans un fascicule des *Annales de l'Université de Lyon* (12), dont l'accès est beaucoup plus facile que celui de mon étude sur *L'enseignement du droit comparé*, parce qu'il est d'une date beaucoup moins ancienne et que le dépôt en a été confié à une maison d'édition particulièrement outillée pour le service à l'étranger.

L'une des questions inscrites à l'ordre du jour portait sur *L'apport des éléments romains et germaniques dans les systèmes juridiques modernes*. Le rapport général sur la partie de cette question concernant l'apport romain avait été confié au professeur Milton Colvin, qui enseignait alors à l'Ecole de Droit de l'Université Tulane et que les origines françaises (et espagnoles) de la législation de la Louisiane avaient de-

(11) *Two Centuries*, p. 165.

(12) Nouvelle Série, II. Droit-Lettres, Fascicule 45, *Le Congrès International de Droit Comparé de 1932. Les travaux de sa Section générale. Souvenirs d'un congressiste*. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 22, rue Soufflot, 1934.

puis longtemps attiré vers ce cercle de recherches. Ce rapport d'un écrivain, qui s'est classé dans l'estime scientifique mondiale comme l'un des meilleurs champions américains du droit comparé par l'orientation que sa tenace activité a imprimée dans cette direction à la *Law Review* de *Tulane University*, présentait une vue d'ensemble, remarquablement documentée, sur les influences historiques exercées au Canada par le droit français, aux Etats-Unis, par les droits français, espagnol et romano-hollandais.

S'associant aux remerciements et aux éloges du professeur Lee, qui présidait cette séance, Lord Macmillan (13) constata que cette « lumineuse communication » avait présenté un intérêt spécial pour lui qui s'est trouvé en Ecosse en présence d'un système qui, tout en étant basé d'une façon générale sur les principes du *droit civil*, a été constamment influencé par le *common law* de l'Angleterre. Et l'éminent membre judiciaire de la Chambre des Lords et du Conseil Privé du Roi clôtura son intervention en remarquant que, si le professeur Milton Colvin avait montré en beaucoup de matières qu'on pouvait trouver dans beaucoup d'Etats de l'Amérique des règles dérivées directement du *droit civil*, il fallait toutefois garder à l'esprit que l'existence de dispositions semblables dans les codes de pays différents n'implique pas nécessairement qu'elles ont été tirées d'une source commune ; mais qu'elles peuvent fort bien être le résultat d'une coïncidence.

S'emparant de cette judicieuse remarque de Lord Macmillan — qui n'impliquait, semble-t-il, aucune arrière-pensée de critique contre l'une quelconque des conclusions du rapporteur — le professeur Francis S. Philbrick, de l'Université de Pennsylvanie, l'accentua pour en faire sortir une tentative de réfutation des opinions courantes, reproduites par le professeur Milton Colvin, sur la place que les droits français et espagnol ont tenue, pendant la période de la vie coloniale de futurs Etats intégrés dans la fédération des Etats-Unis. Il s'efforça d'établir que, si les monuments de ces droits, comme la coutume de Paris, d'une part, et, de l'autre les *Siete Partidas* et le *Fuero Juzgo*, avaient bien été, au cours de

(13) Cf. le fascicule précité des *Annales de l'Université de Lyon*, pp. 79-80.

cette période la loi théorique de ces régions, elles y étaient demeurées des *lois sur le papier*. Il amorça ainsi une discussion dont le ton fit sentir aux congressistes qu'il s'agissait de questions qui ne sont pas toujours traitées, entre savants américains, avec une parfaite sérénité, ni sans qu'intervienne le souci instinctif de considérations d'ordre sentimental ou politique, comme celui de mettre en relief l'homogénéité d'une culture juridique qui tend à devenir nationale ou de défendre, au contraire, l'autonomie d'un droit d'Etat. Mieux vaudrait, pour les fins de la recherche scientifique sur le terrain de l'histoire, qu'on se défiât de l'intervention de ces réflexes tout autant que du risque signalé par Lord Macmillan.

Dans l'une des notices qui paraîtront sous la rubrique *common law et droit civil*, je rapprocherai de l'évolution du mortgage immobilier aux Etats-Unis, une autre démonstration de ce fait que la branche américaine du *common law* se prête, beaucoup plus facilement que la branche anglaise, à l'assimilation d'éléments d'importation romaine. Cette démonstration est fournie par l'histoire de la propagation, dans le monde anglo-saxon, de la légitimation des enfants nés hors mariage par le mariage subséquent de leurs parents. Il s'agit là, sans doute, d'un emprunt au *droit civil* de beaucoup moindre envergure que celui qui a été fait au droit des sûretés réelles immobilières romain. Mais, en revanche, il nous met en présence d'un cas — qui n'est certes pas isolé — où c'est surtout à la suite et sous la poussée de la réception antérieure de l'institution romaine aux Etats-Unis, et dans les dominions Australien et Canadien, qu'elle a finalement réussi à pénétrer dans la législation anglaise.

CHAPITRE II

L'émondage subi par le common law anglais aux Etats-Unis.

Il est un facteur qui a contribué, encore plus efficacement que les infiltrations historiques de droit français ou latin, à frayer les voies à la compréhension mutuelle entre la science juridique américaine et la science juridique latine. C'est

l'émondage que le *common law* anglais a subi par l'effet de sa transplantation dans les colonies américaines. J'ai déjà rappelé qu'il n'y avait été reçu que sous bénéfice d'inventaire. S'il a obtenu finalement, dans la totalité de l'Union — ou dans sa presque totalité — une réception d'ensemble, c'est la technique juridique qui en a fourni l'objet, et non pas les réalités sociales qu'elle met en œuvre. Les matériaux économiques, politiques et sociaux du droit anglais ont été soumis à un filtrage qui a entraîné l'élimination de ceux de leurs éléments qui mettent la branche anglaise du *common law* en incompatibilité d'humeur avec les jurisprudences des pays de *droit civil*. La jurisprudence américaine s'est rapprochée des jurisprudences de l'Europe continentale, grâce à ses efforts pour se débarrasser du système des tenures et d'une forte part des ramifications qu'il a projetées dans les divers chapitres du droit ainsi que de l'*estate tail* et ses substituts — ces proches parents des anciennes substitutions fidéicommissaires françaises — et des *family settlements* du type anglais. Et surtout elle a poursuivi avec plus de lenteur et de modération — un travail similaire à celui que la Révolution française de 1789 a accompli, brutalement et en quelques années, en tranchant les entraves féodales et familiales qui paralysaient la circulation de la propriété immobilière dans l'ancienne France.

Il faut reconnaître que, depuis le temps déjà lointain où j'écrivais mon étude sur *L'enseignement du Droit Comparé*, le *Statute-Law* anglais a beaucoup fait pour diminuer l'écart qui existait, à cet égard, entre les deux grandes branches du *common law*. Les *Law of Property Acts* de la troisième décennie du xx^e siècle, et surtout les grandes lois de consolidation — comparables par leur volume, mais non par leur fond, à nos codifications — que sont le *Land of Property Act* et le *Land Registration Act* de 1925, ainsi que le *Land Charges Act* de la même année, ont opéré des coupes sombres dans l'épais et encombrant tissu de survivances juridiques anglaises des institutions féodales qui, en s'y combinant avec les fictions, les *devices* et les mots légaux, donnaient — et sont loin d'avoir complètement cessé de donner — au droit anglais, par comparaison aux droits du continent européen, une physionomie archaïque et ésotérique. Mais ces réformes législatives, non seulement n'ont pas encore délivré le droit anglais du lourd boulet de règles et de rituels techniques que lui a attaché l'hé-

ritage des temps féodaux. Mais elles n'ont pas, non plus, abouti à en alléger le poids dans une mesure comparable à celle où cet allègement s'est produit aux Etats-Unis.

Quelques-uns des obstacles qui contribuent le plus à rendre difficile aux *civilistes* la compréhension des constructions du droit anglais subsistent, il est vrai, aux Etats-Unis comme en Angleterre. C'est le cas de l'obstacle — si redoutable, parce qu'on s'y heurte à chaque instant — qui résulte de la scission de la jurisprudence anglaise en deux corps de droit rivaux, de provenances fort différentes et de tempéraments généralement opposés — le *common law* au sens strict du mot, et l'*equity* — doctrines qui, chacune, ont leur système propre de preuves et de procédure et leur conception particulière de la propriété, des droits réels, des contrats, des successions *ab-intestat* et testamentaires, de la protection des incapables et des rapports économiques entre les parents et les époux. Par cette scission se trouvent maintenues simultanément en force les institutions des temps anciens, à demi-paralysées, et les institutions du temps présent, à demi-réalisées. C'est également le cas de l'obstacle constitué par le fossé — le gouffre, dit Maitland (14) — qui sépare le droit de la *real property* de celui de la *personal property*; fossé creusé par l'effet combiné d'une distinction entre les actions réelles et les actions personnelles — périmée depuis des siècles — et des accidents de la vie économique médiévale sous l'action desquels s'est opérée la distribution des fortunes entre les héritiers, d'une part, et les exécuteurs testamentaires et administrateurs de successions, d'autre part (15).

Mais si la branche américaine du *common law* — au sens large du mot — se plie toujours à ces deux séries historiques de dédoublements du droit, du moins l'opinion moyenne des juristes américains ne les envisage-t-elle pas avec la même docilité et avec la même confiance en leur intangibilité que l'opinion moyenne des juristes anglais. C'est ainsi que — dans un livre paru en 1894 (16), mais qui reste, malgré cette ancienneté, l'un des meilleurs guides que l'on puisse proposer aux *civilistes* pour les introduire dans l'étude comparative des

droits anglais et américain, envisagés dans leur structure générale et dans leur esprit respectif — l'écrivain pondéré, sagement conservateur, que fut le juge Dillon — sans se dissimuler, sans doute, les faibles chances d'être entendu d'ici longtemps et l'existence des obstacles constitutionnels qui s'y opposeraient — n'a pas hésité à préconiser la fusion en un corps unitaire et homogène de droit du *common law* et de l'*equity*, aussi bien que de la *real* et de la *personal property*. Il l'a fait en ces termes, qui contrastent avec le ton de révérence qu'observent, d'ordinaire, les juristes anglais pour parler des traditions, même les plus surannées, de leur *judge-made-law* :

« Notre loi de la *real property* est encore empoisonnée par la souillure féodale. Elle est artificielle, compliquée et excessivement technique — absolument comme le système presque-entièrement éteint des *pleadings* de *common law*. Le remède doit être radical. En fait, la division de la propriété en réelle et personnelle, où chaque classe possède des qualités distinctes et est gouvernée par des règles différentes quant à l'acquisition, aux modes de transfert, à la dévolution, etc... est en grande partie, quoique non entièrement, artificielle, et, dans la mesure où elle est artificielle, elle doit être abrogée, et la loi de la *real* et de la *personal property* doit, dans la mesure où c'est praticable, être rendue uniforme dans le fond, et, par conséquent, simplifiée... Dans aucun autre système nous ne rencontrons la concurrence et le conflit de règles qui caractérisent notre division des droits et remèdes en *légaux* et *équitable*. La séparation de ce que nous appelons aujourd'hui l'*équité* par rapport à la *loi* a été à l'origine accidentelle... et le développement d'un système indépendant de droits et remèdes d'*équité* n'est pas seulement sans nécessité; mais son effet inévitable est d'engendrer confusion et conflit. La diversité existante des droits et des remèdes doit disparaître et être remplacée par un système uniforme de droit aussi bien que de remèdes; ce que nous appelons un droit *légal* doit cesser d'exister quand il est en conflit avec ce que nous appelons un droit d'*équité* ».

(14) *The seisin of chattels, I, Law Quarterly Review, 325.*

(15) *Cyprian Williams, The terms of real and personal property in English Law, dans IV, Law Quarterly Review, 394-408.*

(16) *Law and Jurisprudence of England and America, pp. 385-386.*

nous placerons ultérieurement sous la présente rubrique aura précisément pour objet de signaler les hauts mérites d'une *Law Review* d'une université de la Louisiane qui s'est de plus en plus spécialisée dans l'étude comparative du *common law* et du *droit civil*.

Mais il est une catégorie de faits que je regarde comme particulièrement démonstratifs de la place importante que tendent à prendre, dans la production scientifique des Etats-Unis, la forme actuelle d'étude du droit comme science sociale et comme science internationale qu'est le droit comparé, et les disciplines de science sociale entre lesquelles elle s'encadre. C'est, d'une part, l'importance — tout autant du point de vue de l'activité déployée que du point de vue de leur nombre — de la participation que les Américains ont prise aux congrès internationaux de droit comparé tenus à La Haye en 1932 et 1937. C'est, d'autre part, la non-moindre importance de la participation que les juristes et les représentants des sciences sociales américains ont donnée aux travaux en équipes internationales⁽²⁰⁾ qui, au cours de ces dernières années, ont été publiés en France sur le terrain du droit comparé — notamment au *Récueil d'études sur les sources du droit* publié à l'occasion du jubilé du dernier survivant — François Gény — de la triade d'esprits révolutionnaires au meilleur sens du mot — Duguit, Gény, Hauriou — qui a formé le principal centre de rayonnement international de la pensée juridique française au tournant des XIX^e et XX^e siècles, comme la triade Holmes, Maitland, Pollock — pour reprendre le terme employé, dans un des articles nécrologiques sur Maitland, si justement en parlant d'hommes qui ont été unis par l'amitié en même temps que par la science — a été le principal centre de rayonnement international de la pensée juridique anglo-américaine dans cette période de transition entre l'un et l'autre siècles.

Pour cette publication qu'on voulait faire sortir du type ordinaire des *Mélanges*, *Festschriften* et *Scritti in onore*, on avait demandé à ceux qui s'associeraient à l'hommage offert à Gény de s'astreindre à ne traiter que des sujets rentrant

(20) Sur le rôle que nous aspirons à voir jouer à ces travaux sur le terrain du droit comparé, cf., dans le fascicule de mai 1938 de ce Bulletin, pp. 47 et s., la conclusion de l'article de H. Mankiewicz : *Le travail en équipes internationales*.

dans le champ d'études couvert par les deux œuvres maîtresses de Gény — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* et *Science et Technique en droit privé positif* — ce qui a permis, en groupant les contributions d'après leur contenu en volumes, titres et chapitres, d'en tirer une enquête internationale sur l'état actuel d'avancement de l'étude des sources du droit dans les principales parties du monde. Treize juristes ou représentants de la science économique ou sociale américains — un juge et douze professeurs des grandes universités ont répondu à cet appel.

Et ce qui m'a frappé, ce n'est pas seulement leur nombre ; c'est surtout la direction donnée à leurs contributions. La majorité d'entre elles se sont orientées vers ce qui forme l'élément le plus neuf et le plus hardi de l'œuvre de Gény : la « libre recherche » comme source du droit. Sur sept contributions classées sous ce titre, quatre émanent de juristes américains : celles de John Dickinson — *Le problème du cas non prévu* — du Juge Joseph V. Hutcheson. — *Le jugement intuitif, la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire*, — de James Grafton Rogers. *Vers une solution scientifique du problème de la libre décision judiciaire*, et d'Albert Kourek, *La libre recherche en Amérique*. Cette dernière est une revue d'ensemble de la littérature américaine du sujet qui montre quel bouillonnement d'idées s'est produit, dans ces derniers temps, au sein des sphères juridiques américaines, autour des problèmes de l'interprétation du droit et quelle variété des vues s'y est fait jour sur les méthodes à recommander pour l'enseignement du droit et pour son application judiciaire. Plusieurs autres contributions américaines auraient pu être classées sous cette rubrique de la libre recherche scientifique aussi bien que dans les titres où un souci d'équilibre les a fait placer : telles les contributions de Mitchell Franklin. — *L'influence de Gény sur les conceptions et les méthodes aux Etats-Unis* — de Fowler V. Harper. *Les forces cachées derrière et par delà le pragmatisme aux Etats-Unis*, et d'Edwin M. Patterson, *Le droit des juges de sous-entendre des conditions dans les contrats*.

En les lisant, pour les ranger à leur place naturelle, et en en contrôlant les traductions, à insérer sous le texte anglais, j'ai pu apprécier combien accessibles à notre compréhension de juristes de pays de *droit civil* étaient la documentation

et la présentation de cette documentation, fournies par des contributions comme celles de Max Radin, *La censure des coutumes*, ou de L.L. Fuller. *Quels motifs donnent naissance à la fiction légale historique ?* qui ont été placées dans les chapitres historiques de la théorie des sources du droit. Et j'ai été frappé par l'esprit d'indépendance avec lequel y sont discutées — soit les doctrines constitutionnelles de la Cour Suprême fédérale dans la contribution de John R. Commons au titre des sources du droit économique. *Le problème de la coordination du droit, de l'économie et de la morale*, et celle de Rodney Mott au titre des sources du droit constitutionnel. *Les droits naturels et l'imprécision législative*, soit le refus par cette haute cour de justice d'intervenir pour imposer une direction commune aux règles de conflits de lois des diverses jurisprudences des Etats, dans la contribution d'Ernest Lorenzen. *La constitution fédérale des Etats-Unis d'Amérique comme source du droit international privé*. Cet esprit d'indépendance, conjugué avec un non moindre souci d'objectivité, m'a fait sentir combien s'était relâchée, de notre temps, la tendance des interprètes américains du *common law* à accepter, comme la révélation de règles pré-établies d'un droit naturel, échappant à la critique, les solutions données à des cas de droit par les *authoritative precedents* du droit judiciaire.

Quant à la contribution d'Edwin M. Borchard, elle traite une matière — *Les sources du droit international public* — qui échappe naturellement aux séparations établies entre le *common law* et le *droit civil* par leur marche séparée de formation historique. Et l'orientation donnée, sans entente préalable, à leurs apports par les collaborateurs américains était déjà de nature à montrer aux usagers du *Recueil Gény* qu'il existe bien d'autres terrains que le droit international public, où les représentants de la branche américaine du *common law* et ceux du *droit civil* se trouveront de plus en plus amenés à associer leurs efforts en vue d'assouplir et moderniser leurs corps respectifs de culture juridique.

Cette démonstration ressort, d'une façon encore plus éclatante, de la participation prise par les juristes et les *political scientists* des Etats-Unis à une autre publication poursuivie en équipes internationales — *L'introduction à l'étude du droit*

comparé, établie en 1938, par les soins du doyen Pierre Garraud et sur les plans tracés par lui, qui me fut offerte comme cadeau de jubilé, et qu'on s'est habitué pour cette raison à appeler, *brevitatis causa*, le *Recueil Lambert*. Et cela pour une double raison. Tout d'abord parce que l'apport américain a été encore plus considérable que dans le cas précédent. Et surtout parce que cet apport a été fourni à une entreprise plus vaste, et conduite dans de meilleures conditions et avec encore plus de fruits, que celle dont j'avais pris l'initiative, quelques années avant, en l'honneur de François Gény.

Le doyen de la Faculté de Droit de Lyon a su éviter les maladroites que j'avais commises dans la conduite de cette dernière. Il a su empêcher, par une courtoise, mais ferme intransigeance, qu'il ne se glisse, dans sa publication de jubilé, des contributions sans rapport suffisant avec l'objet général de cette publication — comme j'en avais laissé passer quelques-unes dans l'offrande à Gény. En renonçant à publier — comme je l'avais fait — pour les apports d'auteurs écrivant dans une langue étrangère, le texte original au-dessus de la traduction française, il a trouvé le moyen de faire tenir les envois de deux fois plus de collaborateurs dans le nombre de volumes et de pages dont il disposait, tout en assurant du même coup l'homogénéité linguistique du *Recueil*. Et, surtout, le comité de professeurs lyonnais, constitué pour patroner son entreprise — en prévoyant, dans sa lettre d'invitation, que les contributions pourraient n'être que la réédition, mise à jour, d'études déjà parues dans une langue étrangère, pourvu que ces études n'aient point encore été traduites en français — a fait un geste de nature à renforcer l'intérêt et la valeur scientifiques des envois qui lui seraient faits de pays étrangers. Bon nombre de savants étrangers ont été amenés, par cette suggestion, à choisir, pour leur contribution, des pages extraites de ceux de leurs travaux antérieurs qu'ils considéraient comme l'expression la plus réfléchie et la plus fidèle de leurs vues scientifiques.

Le doyen Garraud a fait sortir une *Introduction à l'étude du Droit Comparé* — d'une rare ampleur et variété d'information — de l'assemblage des 174 contributions, dont se compose la publication — en les groupant en Parties, Titres, Chapitres, Sections; en classant sous chacune de ces divisions ou

de ces subdivisions, les contributions qui sont principalement consacrées à la matière indiquée dans sa rubrique; en énumérant ensuite celles des contributions, rangées sous d'autres rubriques, qui traitent accessoirement cette matière; et en renvoyant à ces contributions par l'indication du numéro d'ordre (1 à 174) qui est donnée à chacune d'elles en le faisant précéder du signe &.

J'ai lu très attentivement — c'était pour moi un devoir élémentaire de gratitude — les trois massifs volumes de cette publication. J'ai retiré de cette lecture la conviction qu'il serait désormais impossible d'entreprendre une étude sérieuse de l'une ou l'autre des matières qui rentrent dans le cercle naturel d'une introduction à l'étude du droit comparé, sans avoir préalablement dépouillé la documentation sur cette matière rassemblée dans ces volumes. Cette conviction a été fortifiée par la lecture que je viens de faire de l'important volume, qu'un des savants, qui ont répondu à l'appel du doyen Garraud, le professeur Alexandre Otétélisano, de l'Université de Bucarest, a fait paraître récemment à la Librairie du Recueil Sirey, sous le titre « *Esquisse d'une théorie générale de la science du droit comparé* ». Cet ouvrage constitue, lui aussi, en réalité, une introduction à l'étude du droit comparé, mais écrite par un seul auteur et beaucoup plus réduite, quoique se composant encore de 462 pages.

J'en rendrai compte dans ce *Bulletin*, car il mérite d'être signalé à l'attention de tous les comparatistes. Et j'espère bien qu'il sera le point de départ d'une lignée de traités d'ensemble sur la théorie générale ou la méthodologie du droit comparé, dont l'apparition n'aura été permise que grâce au puissant instrument de travail dont le doyen Garraud et ses nombreux collaborateurs ont doté la discipline juridique qui m'est chère.

Il est inutile que j'énumère un à un les travaux dont se compose la participation donnée par les Américains à cette Introduction. Car il suffit de renvoyer à cet égard au numéro de ce *Bulletin* de mai 1938 où une revue d'ensemble du contenu de cette publication, couvrant une centaine de pages, a été donnée par notre collaborateur Mankievicz. Je me borne à deux constatations. La première c'est que la participation des Etats-Unis s'élève exactement au même chiffre de contribu-

tions que la participation allemande — 21 contributions pour chaque groupe — et qu'elles se placent, à cet égard, l'une et l'autre, en tête des contributions venues des autres groupes mondiaux — sauf la France représentée par 42 contributions.

Ma seconde constatation c'est que le rapprochement entre ces deux groupes s'impose aussi à un autre point de vue que le point de vue numérique, celui de l'homogénéité relative de la masse principale de leurs apports. Cette masse principale se compose, pour le groupe allemand, de travaux consacrés à l'exposé des orientations nouvelles imposées au droit allemand par la *Weltanschauung* national-socialiste et des applications pratiques de cette nouvelle conception des fins à assigner au droit et à l'économie sociale qui sont déjà réalisées ou en voie de réalisation. On y trouvera un tableau d'ensemble des transformations réalisées dans le domaine du droit et de l'économie sociale par le national-socialisme; tableau établi par de hautes autorités de la science juridique du III^e Reich. C'est là qu'Alexandre Otétélisano a puisé les pages qu'il consacre, dans l'introduction du livre précité, à l'analyse de la conception national-socialiste du rôle général du droit (21).

Les contributions américaines se sont orientées, dans leur majorité, vers l'examen critique des directions données par la Cour Suprême des Etats-Unis à l'exercice de son contrôle sur la constitutionnalité des lois et à ses interventions dans la direction du droit du travail et du droit de la vie économique. A côté de travaux rappelant — comme la contribution du doyen Roscoe Pound (22) — en même temps que l'attraction exercée dans la première moitié du XIX^e siècle, aux Etats-Unis, par le mode européen d'élaboration du droit qu'était la législation du type des codifications françaises, l'influence exercée par ces codifications sur le développement de la science juridique américaine de cette époque, parallèlement à celle du droit romain élevé par des jurisconsultes, de la taille de James Kent ou de Story, à la dignité de raison écrite — ou formulant — comme la contribution du doyen John H. Wigmore (23) — des prévisions sur l'avenir mondial respectif du *common law*

(21) Pages 73-81.

(22) Contribution n° 34. *La législation dans la période de formation du droit américain.*

(23) Contribution n° 74, *L'avenir du système juridique anglo-américain.*

et du *droit civil*; à côté aussi de contributions relatives aux méthodes employées pour promouvoir l'uniformité entre les droits des Etats fédérés — comme celle de Rodney Mott (24) — qui fait ressortir la supériorité, tant au point de vue de l'efficacité que de la rapidité d'action, de la méthode des *grants in aid* de celle qui consiste, de la part de l'Etat fédéral, à pousser les Etats Fédérés à s'approprier les plans de réforme législative fédéraux, en recourant à l'attrait d'avantages fiscaux ou de subventions accordées à ceux des Etats fédérés qui légifèrent dans le sens prévu par ces plans; — à côté de ces deux sortes de contributions et d'autres, moins faciles à grouper, sont consacrées dans *l'Introduction à l'Etude du Droit Comparé*, — où elles forment la masse numériquement principale de l'apport américain — à des études relatives à la critique des institutions existantes et préconisant des réformes, non seulement dans la législation et la jurisprudence, mais aussi dans la constitution fédérale : critiques formulées et réformes préconisées par des professeurs des universités les plus renommées.

Les usagers de ce *Recueil* trouveront ainsi, dans cette dernière catégorie de contributions américaines, un équivalent du tableau des orientations réformatrices d'une grande partie de l'opinion éduquée des Etats-Unis — dans le domaine du droit public, du droit économique et du droit du travail — qui avait été dressé dans une enquête collective, publiée sous le titre de *Recent Social Trends* (25) vers la fin du gouvernement du président Hoover, où déjà s'affirmaient les aspirations qui ont fourni les directives essentielles du *New Deal* du président Franklin Roosevelt. Mais ils y trouveront ce tableau replacé sur les bases existantes aux approches de 1938, à un moment où la lutte autour du *New Deal* entre le Président, le Congrès, d'une part, et la Cour Suprême des Etats-Unis, de l'autre, arrivait à son maximum d'intensité.

Par là les contributions américaines attestent (parallèlement à d'autres témoignages moins accessibles aux lecteurs

(24) Contribution n° 122, *La législation uniforme aux Etats-Unis*.

(25) C'est d'ailleurs l'un des collaborateurs à *l'Introduction à l'étude du droit comparé* (contribution n° 91, *La réforme constitutionnelle aux Etats-Unis*), le doyen Clark — passé depuis au banc d'une des plus hautes cours de justice américaines — qui avait rédigé, en collaboration avec un autre professeur de *Yale Law School*, le remarquable chapitre consacré au droit dans *Recent Social Trends*.

français) que les juristes des Etats-Unis sentent qu'ils ne peuvent plus désormais faire abstraction de mouvements de leur opinion publique qui tendent à la révision de ceux des chapitres de leur jurisprudence traditionnelle dans la composition desquels les éléments d'ordre politique ou économique tiennent la plus grande proportion. Or c'est là un cercle de recherches dans lequel se trouvent aussi nécessairement engagés les juristes de l'Europe continentale. Et, même quand les législatures et les juridictions de leurs pays respectifs aboutissent, en ces matières, à des conclusions opposées, il n'en demeure pas moins vrai qu'il y a là un terrain de rencontre, pour leurs investigations de politique juridique, entre les interprètes de la branche américaine du *common law* et les juristes des pays de *droit civil* — par conséquent un élément de rapprochement dans l'avenir. Alors que les deux premiers facteurs de rapprochement relevés dans mon étude de 1919 ont produit leurs effets, dans le passé, ce troisième facteur commence seulement à les produire depuis quelques années et est appelé à les développer dans l'avenir.

CHAPITRE IV

Le common law fédéral et le stare decisis avant 1938

C'est aussi pour l'avenir qu'il serait permis d'escompter une participation efficace à l'action conjuguée des trois facteurs précédents d'un quatrième facteur que je leur avais associé dans le fascicule précité des *Annales de l'Université de Lyon*, si — contrairement à ce que me faisait alors penser la marche générale suivie, depuis l'avant-dernière décennie du XIX^e siècle, par la jurisprudence constitutionnelle, dans le sens favorable au développement d'un nationalisme fédéral au-dessus des nationalismes des Etats fédérés — l'aptitude de ce quatrième facteur à coopérer à l'établissement de contacts entre la branche américaine du *common law* et les législations des pays de *droit civil* n'était pas paralysée d'une façon durable, par un mouvement en sens inverse — comme celui qui s'est produit depuis peu — tendant à étendre le monopole, aussi bien judiciaire que législatif, de l'élaboration de leur droit privé — reconnu aux Etats — au delà des limites prévues par les textes de la constitution fédérale écrite.

Le coup de barre, donné par la Cour Suprême des Etats-Unis à sa jurisprudence dans la décision du cas *Erie Railroad C° v. Tompkins*, sera-t-il définitif ou sa persistance ne sera-t-elle que plus ou moins durable ?

C'est là une question qu'il peut paraître paradoxal de soulever, en présence, d'une part, de la longue et ardente campagne qui avait été poursuivie, tant dans une importante partie de la littérature juridique américaine qu'au sein même de la Cour par quelques-uns de ses membres les plus éminents, contre la doctrine du cas *Swift v. Tyson*, avant d'aboutir en 1938 à son renversement officiel et — d'autre part, de la série ininterrompue de confirmations que la grande Cour fédérale n'a pas cessé de donner à ce revirement de sa jurisprudence. Par ailleurs, la pérennité du nouveau régime de relations par là établies entre le droit judiciaire fédéral et les 48 droits judiciaires ou *common law* des divers Etats fédérés est considérée comme allant de soi par la quasi unanimité des commentateurs de la décision du cas *Erie Railroad*. Pour en définir les effets ils recourent, d'ordinaire, à des formules qui impliquent une foi instinctive en la permanence indéfinie de ces effets telles que l'écroulement du *common law fédéral*, son « jet à la mer », son acte de décès et autres assemblages de mots reflétant la même idée d'une proscription de nature définitive prononcée contre le *common law* national.

Des définitions lapidaires de ce genre se retrouvent même sous la plume de juristes qui, avant 1938, avaient énergiquement combattu les projets de lois, déposés au cours de diverses sessions du Congrès et tendant — pour éliminer plus sûrement la doctrine de *Swift v. Tyson* — à supprimer, paralyser ou limiter étroitement le chef général de compétence fédérale auquel se rattachait cette doctrine; la juridiction du chef de la diversité de citoyenneté des parties. Elles reparaissent même sous la plume d'hommes de science qui ne dissimulent pas qu'ils regrettent que — pour mettre fin à des usages abusifs ou frauduleux de la doctrine de *Swift v. Tyson*, dont elle avait toléré et même favorisé le développement — la Cour Suprême ait cru devoir rejeter en bloc cette doctrine au lieu de se borner à la ramener dans les prudentes limites que lui avait assignées le grand jurisconsulte dont le nom lui reste lié.

On comprend aisément que, malgré ces regrets, ils n'osent

s'aventurer à exprimer l'espoir que le « jet à la mer » ordonné en 1938 à l'encontre du *common law* fédéral, puisse jamais être suivi d'un sauvetage ou d'une reconstruction. Ce qui les en détourne c'est la précaution que le juge Brandeis — en exposant au nom de la Cour les motifs de sa décision dans le cas *Erie Railroad C°* — a prise de placer sous le patronage des auteurs de la Constitution des Etats-Unis une interdiction constitutionnelle de toute formation d'un *common law* national. Sans doute il leur suffirait de se reporter au *dissent* émis au nom de deux membres de la minorité et à l'opinion séparée rédigée par un des membres de la majorité dans le cas *Erie Railroad*, pour y trouver une réfutation — semble-t-il décisive — de l'attitude ainsi prêtée aux Constituants.

Mais ils se disent, avec raison, que la constitution non écrite — si touffue que son exposé a peine à tenir dans les trois volumes massifs du traité constitutionnel de Willoughby, que la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis a greffée, sur la maigre, et souvent imprécise, Constitution de 1787-89 — a beaucoup plus d'efficacité pratique que cette dernière, parce que c'est la Constitution judiciaire, bien plutôt que la vieille Constitution écrite, que la Cour Suprême fédérale applique dans l'exercice de ses pouvoirs d'interprétation constitutionnelle. Seule cette Constitution jurisprudentielle présente — à la différence des clauses élastiques de la Constitution écrite, telles que la clause de *due process of law* ou celle d'égalité de protection des lois — la nature de droit positif que confère aux règles de droit l'admission d'un appel aux tribunaux pour en proclamer l'existence et en imposer l'observation. Et, en autorisant le juge Brandeis à affirmer, en leur nom commun, dans le cas *Erie Railroad*, que la Constitution de 1787-89 déclare inconstitutionnelle toute tentative pour dégager, au-dessus ou à côté des *common laws* particuliers des Etats un *common law* de l'Union fédérale, les membres de la majorité de la Cour Suprême des Etats-Unis ont fait pénétrer cette déclaration d'inconstitutionnalité dans la Constitution d'origine judiciaire, avec la force liante qui s'attache à l'*Authoritative Precedent*.

En présence de ces vues sur les chances d'avenir de l'œuvre révolutionnaire de la décision du cas *Erie Railroad*, qui dominant l'abondante littérature actuelle d'études américai-

nes sur cette décision, et qui sont, somme toute, des vues communes aussi bien à ceux qui la déplorent qu'à ceux qui l'approuvent, il semblera, peut-être bien téméraire que des doutes, — et surtout des affirmations de scepticisme — sur l'aptitude de cette mesure révolutionnaire à une longue persistance — au moins à une persistance indéfinie sans tempéraments — soient émis par un juriste étranger aux Etats-Unis.

Mais c'est précisément parce que je suis un juriste du dehors, parce que je vis à l'abri des querelles locales qui se sont déroulées autour de la doctrine de *Swift v. Tyson*, parce qu'elles ne m'ont été révélées qu'au cours de la préparation du présent travail, parce que les fraudes dont une extension excessive et une déformation des vues de Story ont facilité le développement me frappent moins l'œil que les précieux et très prolongés services que l'application normale de ces vues a rendus à la branche américaine du *common law*, que je ne puis considérer l'avenir de l'entreprise révolutionnaire de la décision du cas *Erie Railroad* du même œil que des juristes américains dominés naturellement par les préoccupations de la pratique actuelle du droit et de celle de l'avenir immédiat.

L'un de ces juristes, M. Stimson, a publié en 1938, dans *15 Cornell Law Quarterly*, un article dont le titre : *Swift v. Tyson. What remains ?*, a éveillé ma curiosité. Elle ne sera jamais satisfaite, le périodique où est parue son étude m'étant inaccessible. Mais, moi aussi, je souhaiterais savoir ce que le cas *Erie Railroad* aura finalement fait disparaître et ce qu'il aura laissé subsister, dans les relations entre le droit des Etats-Unis et cette science internationale du droit qu'est la jurisprudence générale ou comparative. Quelques lumières me sont déjà apportées à cet égard par la documentation contenue dans les trois revues américaines que j'utiliserai le plus largement dans mon second article sur l'ouverture de la rubrique *common law* et *droit civil* : Le *Journal* de l'*American Bar Association*, l'organe de jurisprudence comparative qu'est *Tulane Law Review* et l'*Illinois Law Review*, où la marche de la campagne contre la doctrine de Story et les résultats probables de son renversement ont été étudiés avec une attention toute particulière.

De la lecture de cette documentation se dégagent déjà, dans mon esprit, les impressions suivantes : Ce qui subsiste, après

le coup de barre du cas *Erie Railroad*, c'est tout d'abord ce fait que la Cour Suprême fédérale, en obligeant les cours qui lui sont subordonnées, par l'émission de ses *Rules of the Court*, à suivre des règles fédérales uniformes de procédure, au moment même où elle leur interdisait de continuer à appliquer au droit substantiel les vues originales du *common law* fédéral, et les obligeait à se borner à reproduire automatiquement les vues et décisions des cours de celui des Etats où elles siègent, a fourni aux successeurs de son personnel actuel les moyens de reprendre la tradition des juges fédéraux des générations passées en reconstituant, sous la forme de règles de procédure, et notamment de présomptions dispensant l'une des parties de la charge de la preuve, une partie des règles de droit fédéral qu'on leur interdit de maintenir sous la forme de règles substantielles.

Ce qui subsiste c'est aussi le droit législatif fédéral. Le jour où l'on sentira de nouveau la nécessité de faire du droit un instrument de développement de l'esprit national américain, au lieu de le transformer — comme l'a fait en 1938 la Cour Suprême Fédérale — en un frein à ce développement, si le droit judiciaire ne s'adapte pas alors à cette orientation de l'opinion publique, il se produira une appropriation par la législation du Congrès des terrains abandonnés par le droit judiciaire fédéral du genre de celle qui — à la suite de l'abrogation judiciaire de fait de la section 5 du XIV^e Amendement à la Constitution et du *Civil Rights Act* par les *Civil Rights Cases* — s'est produit par la voie de la législation couverte ou *legislation by indirection*. L'abstention et l'inertie prolongées du judiciaire fédéral risqueraient fort d'entraîner alors un développement de l'ossature législative de la branche américaine du *common law* anglo-saxon, pour suppléer à la décomposition de l'ossature antérieure de droit judiciaire.

Une prévision, de portée beaucoup plus générale, m'est fournie par l'une des études sur les antécédents du cas *Erie Railroad*, parues dans l'*Illinois Law Review*, qui m'a particulièrement frappé par l'esprit d'objectivité et le sens de la valeur et des proportions respectives des faits historiques qu'elle atteste chez son auteur. C'est l'article publié dans le tome XXXV, pp. 519 et s. de l'*Illinois Law Review*, sous le titre *The Story of Swift v. Tyson*, par un jeune homme, Alfred B. Teton,

pour lequel ce premier travail constitue la transition de la fin des études scolaires à l'habilitation à la recherche scientifique, que marque en France l'achèvement de thèses de doctorat remarquées. Je suis heureux de saisir l'occasion que me fournit l'excellente étude de ce débutant, très prometteur, pour affirmer l'une des préoccupations qui me guideront dans le choix des notices à placer sous la présente rubrique. Cette préoccupation c'est le désir d'éveiller des vocations pour la recherche scientifique, sur le terrain de la science internationale du droit, en encourageant par la publicité internationale donnée à leurs travaux, ceux des débutants qui ont démontré leurs dons naturels pour la poursuite fructueuse de ce genre d'investigations.

Dans les premières pages de l'étude d'Alfred B. Teton je relève des phrases comme celle-ci : « Une doctrine, qui avait semblé impérissable pendant sa vie, s'est montrée turbulente après sa mort... Les obituaires de *Swift v. Tyson* et l'acte de naissance de *Erie Railroad Co v. Tompkins* commencent seulement à s'écrire ». Après avoir indiqué qu'il se propose seulement de reconstituer l'ambiance dans laquelle est née la doctrine de *Swift v. Tyson* et le faisceau d'influences historiques dont la convergence permet de préciser sa signification initiale, il constate que « l'histoire de *Swift v. Tyson* met en jeu des problèmes qui appartiennent non pas à un passé ayant déjà pris figure d'antiquariat, mais à un présent vivant et animé ».

Il remarque, fort justement, que l'histoire, qu'il retrace, n'est que l'un des épisodes — mais un très long épisode — d'un litige constitutionnel qui domine, et continuera à dominer toute l'histoire constitutionnelle de l'Union Américaine, tant que subsistera la Constitution de 1787-89.

« Le cas important des « Droits d'Etats contre le Fédéralisme » reste toujours inscrit à l'ordre du jour. Les parties, l'accentuation, le vocabulaire ont changé... Le squelette, l'ossature du litige reste aujourd'hui le même qu'à l'époque où Story a formulé la doctrine de *Swift v. Tyson*. Et les efforts pour réexposer à nouveau le *common law* continuent sous l'égide de l'*American Law Institute*, et une *Conférence Nationale des Commissaires à l'Uniformité des Lois d'Etats* continue à explorer les législateurs d'exercer leurs efforts pour l'uniformité du droit ».

Cet encadrement de la doctrine de *Swift v. Tyson* et de l'« Acte de naissance » de celle du cas *Erie Railroad* laisse prévoir comme une conséquence inévitable — à plus ou moins longue échéance — de la marche générale du droit constitutionnel des Etats-Unis que, dans la mise en œuvre de la définition donnée par le juge Chase à l'œuvre des Constituants — une union indestructible d'Etats indestructibles — l'accentuation ne restera pas indéfiniment retournée — comme l'a fait la doctrine du cas *Erie Railroad* — sur l'indestructibilité des Etats et finira, tôt ou tard, par revenir à la place où elle avait été mise jusque là : l'indestructibilité de l'Union nationale. La conséquence en sera une reprise, peut-être plus suivie et plus étroite, des relations du droit américain avec la science internationale du droit, dont la décision du cas *Erie Railroad* a ordonné la rupture.

Si je crois utile d'indiquer, dès ce premier article, la direction dans laquelle seront orientées les conclusions du second, c'est en vue — tout en avertissant nos camarades des centres de droit comparé ibéro-américains qu'ils ne doivent pas s'attendre, pendant les années immédiates qui vont venir, à réussir à établir des liaisons entre leur droit commun ibéro-américain et la poussière de *common laws* des Etats-Unis — de leur montrer qu'un moment viendra inévitablement où, même dans cette direction, leur travail de préparation portera ses fruits.

Mais c'est là une terre promise à l'ouverture de laquelle mon âge ne me permettra pas d'assister. Mes regards doivent se borner à la situation qui se présente à l'heure actuelle aux Etats-Unis et continuera, sans doute à s'y présenter pendant le proche avenir.

Le quatrième facteur, dont j'avais fait état à cette époque, c'est la moindre rigidité que présente la forme américaine du *Stare decisis* par rapport à sa forme anglaise, c'est sa moindre force de résistance à la pénétration dans le *common law* de retouches à ses règles, devenues désuètes, qui puissent les rapprocher de celles que les législateurs des pays de *droit civil* apportent aux leurs, pour les adapter aux transformations qui se produisent, avec le temps, dans la vie économique de la communauté internationale.

L'existence d'un corps de *case-law* ou de droit fait par les

juges n'a rien de spécifiquement anglais. Elle est commune aux pays de *droit civil* et aux pays de *common law*. La seule différence existante entre leurs droits judiciaires c'est que le *case-law* des premiers — leur jurisprudence — est le *case law* à l'état de nature, tel qu'il se développe sous l'action spontanée des lois naturelles de la formation du droit, tandis que le *case-law* anglais est un droit judiciaire à l'état de variété cultivée, obtenue par un travail régularisé de sélection et d'émondage⁽²⁶⁾. Aucun usager de l'*Introduction à l'Etude du Droit Comparé* — et surtout aucun usager français — ne serait plus excusable de l'ignorer, en présence de l'abondance et la clarté des renseignements fournis à cet égard par plusieurs des contributions qui y sont groupées, et notamment par celles du juriste américain Francis Deak, qui organise à l'Université de Columbia l'enseignement du droit comparé, en même temps que le premier noyau d'un Institut de droit comparé⁽²⁷⁾ et du professeur français Savatier — dont le titre est à lui seul une définition particulièrement caractéristique des manifestations de l'activité créatrice de la jurisprudence française qui y sont décrites⁽²⁸⁾ — ou encore celle de l'ancien directeur de l'école de droit qui est devenue aujourd'hui la faculté de droit du Caire, le professeur écossais F. R. Parker Walton⁽²⁹⁾ — d'où il ressort que les juges anglais, parce qu'ils savent qu'ils font officiellement du droit et que les règlements qu'ils donnent à des cas nouveaux sont appelés à prendre immédiatement une force liante permanente, ont hésité beaucoup plus que les juges français à adapter le droit de la responsabilité civile aux besoins du temps présent, et où il constate que le droit français, malgré sa codification, est beaucoup moins lié au passé que le droit anglais⁽³⁰⁾.

(26) Cf. Edouard Lambert et Max J. Wassermann, *The case method in Canada and the possibilities of its adaptation to the civil Law*, dans 39 *Yale Law Journal* (1929) pp. 1-21.

(27) Contribution n° 38. *Le rôle du cas dans le common law et en droit français*.

(28) Contribution n° 37. *Le gouvernement des juges en matière de responsabilité civile*.

(29) Contribution n° 69. *La responsabilité délictuelle dans le droit civil moderne (plus particulièrement dans le droit français) comparée avec la théorie anglaise des délits civils (torts)*.

(30) La même constatation reparait dans une autre contribution au même recueil, celle de Marty, n° 121 (tome II, p. 738, *in fine*) « quant au système du précédent (anglais) il appelle aussi certaines réserves; il a le défaut d'être trop rigide et de paralyser l'évolution du droit; un juge doit toujours craindre en décidant de se lier pour toujours, spécialement la Chambre des Lords.

Ces contributions leur montreront aussi que la notion d'une autorité exercée, pour les espèces semblables qui se présenteront pour l'avenir, par les *rulings* ou « expositions de la loi », contenus dans les opinions ou motifs qui justifient les décisions judiciaires, n'est pas davantage un trait spécifique du mécanisme d'élaboration du droit anglais; que ce qui différencie, à cet égard, le *case-law* anglais de la jurisprudence française, c'est seulement la nature de l'autorité reconnue aux précédents judiciaires et la façon dont elle s'établit. Au cours de ces dernières années se sont multipliées les études, aussi bien en langue française⁽³¹⁾ qu'en langue anglaise⁽³²⁾ exposant les différences existant, à ce double point de vue, entre les deux sortes de *judge-made-laws*. Je les avais déjà définies dans le fascicule précité de 1919 dans les termes suivants, que je reproduis littéralement, quoiqu'il fût peut-être utile, aujourd'hui, d'y apporter quelques précisions et nuancements, en ce qui concerne l'*authoritative precedent* du droit anglais.

« 1° Alors que la pratique jurisprudentielle ne se fixe chez nous que par la répétition des décisions judiciaires, après une période de tâtonnements pendant laquelle la doctrine peut

(31) Edouard Lambert, P. Pic et P. Garraud. *Les sources et l'interprétation de la législation du travail en France*, dans tome XIV, *Revue Internationale du travail*, pp. 1-39 (n° de juillet 1926) à rapprocher de l'étude correspondante donnée par H. C. Gutteridge, pour la législation du travail anglaise, dans tome X, *Revue Internationale du Travail* (août 1924, pp. 221-246). Goodhardt, *Le précédent judiciaire en droit anglais et continental*, dans *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. Le problème des sources du droit*, pp. 37-62. Paris, Librairie du Sirey, 1934.

(32) Il serait trop long d'énumérer les travaux de langue anglaise où l'on a cherché, avec plus ou moins de fruit, à déterminer les traits qui distinguent la variété anglaise du *case law* de la jurisprudence du type français ou des pays de *droit civil*. J'indique seulement que les articles de Gutteridge, d'une part, Lambert, Pic et Garraud, d'autre part, cités dans la note précédente, sont également parus dans l'édition anglaise (comme d'ailleurs dans l'édition allemande) du volume précité de la *Revue Internationale du Travail*, et que l'étude de Goodhardt en langue française, indiquée dans cette même note, résume la substance d'études en langue anglaise que cet auteur — l'un de ceux qui ont pénétré le sujet le plus à fond — a publiées, soit dans la revue anglaise éditée par lui — *Law Quarterly Review* — soit dans des revues juridiques américaines. Je signale toutefois les pages — pp. 17 et 18 — consacrées à cette matière dans un travail collectif de quatre professeurs d'universités de la Louisiane, publié dans le premier numéro du tome XII de *Tulane Law Review*, et dont l'objet est caractérisé par ce sous-titre : *A Brief for Civil Law of Louisiana*, qu'on peut traduire en style de juriste français : *Un plaidoyer pour le droit civil de Louisiane*. Elles ont le mérite de donner — en même temps qu'une définition concise des traits différenciant les deux systèmes — des vues intéressantes sur la situation qu'occupe, par rapport à l'une et l'autre de ces types de droit judiciaire, le *stare decisis* américain.

faire ses objections contre la solution donnée par les juges à chaque point de droit, le « cas de loi » anglais se trouve, par l'effet de la première décision judiciaire dont il est l'objet — sauf fonctionnement dans des cas très exceptionnels des soupapes de sûreté auxquelles je faisais allusion tout à l'heure (33) — résolu d'une façon obligatoire pour toutes les cours

(33) Ce renvoi visait les soupapes de sûreté indiquées par Frederick Pollock dans son *First Book of Jurisprudence*, que je considérais alors comme le petit livre élémentaire d'introduction à l'étude du droit anglais le plus propre à faire comprendre à l'étudiant français ce qui constitue l'originalité du mécanisme anglais des sources du droit par rapport au nôtre. C'est à une autre source d'information que le renvoi serait fait si j'écrivais ces lignes au lieu de les recopier. Il s'adresserait à l'ouvrage publié depuis par C. K. Allen sous le titre, *Law in the Making*, dont trois éditions, parues en très peu d'années, ont attesté la haute valeur scientifique. Au lendemain de l'envoi par l'auteur de la première édition de ce livre — si remarquable tant par le charme de sa tenue littéraire que par la nouveauté des résultats enregistrés — je l'ai lu avec un d'autant plus vif plaisir qu'il m'apportait la confirmation d'une évolution historique que j'avais pressentie, et laissé entrevoir — mais trop confusément et sans avoir un appareil de preuves suffisant — aux pages 65 et 66 de mon travail de 1919. Après avoir affirmé que « ni l'intervention des décisions judiciaires comme l'un des facteurs principaux de l'élaboration de la loi, ni, par conséquent, le dégagement d'un *judge-made-law* à côté du droit fait par le législateur, ne sont par eux-mêmes, des traits spécifiques du droit anglais, j'écrivais :

« Le *case law* anglais n'a pris sa physionomie propre et n'est entré en opposition de tendance avec les autres jurisprudences judiciaires que par l'action séculaire du reportage de la loi. C'est par le travail séculaire de « conteurs » ou plaideurs professionnels — d'apprentis en droit, dit Maitland (Introduction au tome III des *Year Books* d'Edouard II, p. IX) en parlant des plus anciens d'entre eux — qui ont tracé, au jour le jour, pour leur propre éducation et celle de leurs amis, les multiples croquis d'audience dont sont formés les *Year Books*; plus tard par la diffusion donnée à cette masse de renseignements techniques grâce à la large propagation par l'impression de la littérature des *abridgements*; enfin par l'impulsion finale de Coke et de ses continuateurs dans le *law reporting*, que s'est opérée l'évolution — dont les détails sont encore mystérieux — qui a substitué au précédent anonyme médiéval, dont la propagation restait incertaine et instable — le précédent individualisé, étiqueté au nom des parties, authentiqué par les *law reports*, et qui a dégagé ainsi le concept actuel de l'*authoritative precedent* ».

Allen n'a pas seulement démontré que la conception anglaise de l'*authoritative precedent*, dans la forme rigide et mécanique sous laquelle elle se présente aujourd'hui, ne s'est dégagée que postérieurement à la période couverte par les *Year Books*, comme me l'avait fait penser le souvenir des recherches d'histoire comparative du droit, sur les rapports historiques de la coutume et de la jurisprudence, auxquelles je m'étais livré en 1903 dans mon livre sur *La fonction du droit civil comparé*. Mais il a aussi projeté la lumière sur les détails — qui me paraissaient encore mystérieux — de l'évolution qui a substitué à la notion médiévale la notion anglaise actuelle du « précédent obligatoire »; évolution dont il montre que les dernières étapes n'ont été franchies qu'au cours du XIX^e siècle.

Pour l'énumération des réserves ou limitations à la force liante du précédent judiciaire admises, en général, par les œuvres classiques de la littérature anglaise, je renverrai le lecteur français à celle — qui a le mérite de tenir en quelques lignes — que donne à la page 738 du tome II de l'*Introduction à l'Étude du Droit comparé*, la remarquable contribution du professeur Marty intitulée *Étude de droit comparé sur l'unification de la jurisprudence par le Tribunal Suprême*.

subordonnées (ou d'autorité inférieure dans la même juridiction) à celle dont émane la décision, — et même, sous les distinctions compliquées qu'expose le *First Book of Jurisprudence* de Sir Frederick Pollock (34) pour les Cours d'autorité coordonnée. Il ne peut plus être modifié que par l'intervention d'une Cour supérieure, seule qualifiée pour substituer un nouveau règlement à celui qu'avait établi la juridiction subordonnée. »

2^o Alors que notre jurisprudence, même fixée — ne tirant son autorité (qui n'est qu'une autorité *de fait*, et non une autorité *de jure*) que de la seule consécration des tribunaux — peut être abrogée comme elle a été établie par eux, et que notre Cour de Cassation, notamment, se reconnaît le droit, dont elle n'use pas volontiers, de revenir, non pas seulement sur des décisions isolées, mais même sur sa propre pratique, les juges anglais — partant, au contraire, de ce point de vue que l'action obligatoire d'exemplarité de leurs sentences, ou des sentences de leurs prédécesseurs, n'est pas l'œuvre de leur volonté, mais celle de la loi, ne s'estiment pas libres de jamais s'écarter de la règle juridique créée par le précédent et considèrent que ce qui a été fait par eux dans l'exercice de la fonction judiciaire ne peut plus être défait que par une autorité judiciaire supérieure ou par le législateur lui-même ».

Retraçant ensuite, à la lumière de l'œuvre précitée de Pollock, l'attitude prise, sous quelques réserves et après quelques hésitations, d'une part, par la Cour d'Appel de la Haute Cour de Justice instituée par les *Judicature Acts*, et, de l'autre, par la Chambre des Lords, et rappelant que cette dernière semble avoir finalement adopté comme règle de conduite l'opinion soutenue dès 1852 par Lord Campbell que « toute décision émise par la Haute Cour, en point de droit, est conclusive pour la Cour elle-même aussi bien que pour les tribunaux inférieurs »; que « c'est le mode constitutionnel par

(34) Le même exposé a également été donné par Pollock, dans un esprit beaucoup moins didactique et cherchant à expliquer le mécanisme du *stare decisis* anglais par des raisons d'ordre sociologique et philosophique, dans ses *Essays in jurisprudence and ethics*. Dans ce dernier ouvrage — pp. 245 et s. — il signalait la tendance à discuter les autorités judiciaires nouvelles avec quelque liberté et à rompre ouvertement avec les précédents trop surannés comme l'un des traits différenciant le tempérament juridique américain du tempérament juridique anglais.

lequel la loi est déclarée et que, après qu'un tel jugement a été prononcé, il ne peut plus être altéré que par un Acte de la législature, j'écrivais :

« La jurisprudence américaine a toujours réagi contre le second de ces traits caractéristiques de la conception anglaise de l'*authoritative precedent* — trait qui n'a pris, d'ailleurs, toute sa brutale précision que postérieurement à la scission du *common law* en deux grands rameaux. Dès 1826 James Kent, dans le XXI^e de ses *Commentaries on American-Law*, signalait quelques-uns des dangers de la superstition du cas, du respect attaché aux décisions trop anciennes. Et, depuis lors, la résistance est allée constamment s'accroissant. La Cour Suprême des Etats-Unis n'a jamais consenti à se considérer comme liée par ses propres décisions. Elle a fait, notamment, une application retentissante de ce pouvoir de reconnaître ses propres erreurs et de les réparer d'elle-même dans une espèce où se trouvaient intéressées toute une série de tractations juridiques importantes engagées sous la foi de la protection d'une de ses décisions antérieures (35).

Les cours suprêmes des divers Etats ont sur ce point suivi l'exemple de cette grande cour fédérale et n'hésitent pas à se départir de leurs anciennes décisions dans les cas où elles ont trop visiblement cessé de correspondre aux conditions du milieu social (36). L'inclination générale des tribunaux du nouveau monde à s'affranchir ouvertement de l'influence de précédents trop notoirement surannés est, depuis longtemps, signalée par les observateurs du dehors comme l'un des caractères qui différencient le tempérament juridique américain du tempérament anglais (37).

(35) *Legal Tender Cases* (1870), 12 Wallace 457.

(36) Gray, *Judicial precedents : a short study of comparative legislation* dans 9 *Harvard Law Review* 40 — Simeon E. Baldwin, *Private corporations*, dans *Two Centuries*, pp. 276-277 et 284.

(37) Rüttiman, *Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht*, I, pp. 339 et s. — Kempin. *Die Rechtsquellen der Gliedstaaten und Territorien der Vereinigten Staaten von America*, Zürich, 1892, p. 8.

CHAPITRE V

Les renversements ouverts de jurisprudence fédérale de 1937 et de 1938

Les rapports de celui de 1937 avec la brèche faite en Angleterre au stare decisis pour les règles de police publique.

Je ressens l'impression désagréable du vieillissement et des lacunes de ma documentation de 1919 en retrouvant les références que j'avais placées en notes sous les lignes qui terminent le chapitre IV. Si je les écrivais aujourd'hui, ce ne serait certainement plus dans une décision émise par la Cour Suprême fédérale, aussi anciennement que 1870, sur un problème constitutionnel, d'ordre monétaire, que j'irais chercher un exemple de ses revirements jurisprudentiels. Je le choisirais dans des temps beaucoup plus récents, et, de préférence parmi les cas où la Cour Suprême a expressément annoncé qu'elle entendait détruire l'autorité de doctrines ou de règles établies par elle. Laissant de côté, parce que d'une date déjà un peu distante, le cas de *Farmers Loan Trust Co v. Minnesota* (50 Supreme Court Reporter 36) — où elle a formellement renversé la règle consacrée par elle dans *Blackstone v. Miller* (23 Supreme Court Reporter 277) — je renverrais plutôt à l'une ou l'autre des décisions émises par elle, avec la même franchise, en 1937 et 1938 : à celle du cas *West Coast Hotel Co v. Parish* (57 Supreme Court Reporter 578) — où elle a déclaré en 1937 abandonner la doctrine qu'elle avait affirmée en 1923 dans le cas *Adkins v. Children's Hospital* (43 Supreme Court Reporter 394) — ou à celle du cas *Erie Railroad v. Tompkins* (58 Supreme Court Reporter 817), où elle a déclaré renverser la doctrine qu'elle avait adoptée en 1842 dans le cas de *Swift v. Tyson* (10 Lawyers Edition 865 et s.).

Mais j'aurais grand tort de m'en tenir à l'un ou à l'autre de ces exemples. Car ni l'un ni l'autre ne serait de nature à fournir une vue exacte du degré moyen d'indépendance, que la Cour Suprême fédérale manifeste à l'égard du principe du *stare decisis* anglais, en vertu duquel la plus haute cour de

justice anglaise se regarde comme liée par ses propres décisions. Le premier de ces exemples donnerait une idée trop atténuée de ce degré d'indépendance; le second donnerait à penser que ce degré d'indépendance habituel s'élève bien au-dessus du niveau qu'il atteint réellement.

L'exemple d'abrogation officielle d'une des règles antérieures de sa jurisprudence, que la Cour a fourni dans le premier de ces cas, n'est pas suffisamment démonstratif d'une divergence de vues — qui existe pourtant en fait — entre elle et les deux grandes cours régulatrices du *law making* judiciaire anglais. Celà pour deux raisons.

La première de ces raisons est qu'il est intervenu dans le domaine — celui du droit du travail — où la Cour Suprême des Etats-Unis a été le plus souvent amenée à revenir sur ses règlements antérieurs de « cas de loi », en recourant au *distinguishing* — c'est-à-dire en s'efforçant de démontrer, pour échapper à la force liante du précédent devenu gênant, que ce précédent était intervenu dans une espèce qui se différencie des espèces à juger par quelques circonstances de fait particulières — et où elle est le plus souvent parvenue — en multipliant les limitations ainsi imposées à l'application de la règle sortie du précédent démodé — à substituer pratiquement à cette règle celle qui constituait la *ratio decidendi* des exceptions successivement apportées à la règle ancienne. Or le droit du travail est l'un des chapitres des systèmes juridiques de notre temps dont la réglementation est le plus étroitement liée à ce qu'on appelle en France l'*ordre public* et, dans les pays anglo-saxons la *public policy*.

La seconde raison est que, sur ce terrain de la *public policy*, la position que la Cour Suprême des Etats-Unis a prise, par rapport à la nature et la durée de l'autorité du précédent judiciaire, en abrogeant en 1937 la règle qu'elle avait adoptée en 1923, se rencontre avec celle que la jurisprudence anglaise n'a pas cessé d'observer depuis le moment où, en 1894, la Chambre des Lords, dans la célèbre affaire Nordenfelt, a établi la distinction, devenue fondamentale, entre les règles techniques de droit et les règles de police publique, formulée dans ce *dictum* retentissant de Lord Watson (38) :

(38) 1894, *Appeal Cases*, p. 553.

« Une série de décisions, basées sur des motifs de police publique, quelque éminents que soient les juges par lesquels elles ont été délivrées ne peuvent pas posséder la même autorité impérative que les décisions qui touchent à des principes purement légaux et qui les formulent. Le cours de la police poursuivie par un pays, par rapport aux intérêts de son commerce et pour leur promotion, doit, à mesure que le temps s'avance et que le commerce prospère, subir des changements et des développements dus à des causes diverses qui sont complètement indépendantes de l'action de ses Cours. En Angleterre, tout au moins, il est au delà de la juridiction des tribunaux de modeler et de stéréotyper la police nationale. Leur fonction, quand un cas comme le présent est porté devant eux, est, dans mon opinion, de ne pas accepter nécessairement ce qui a été considéré comme étant la règle de police il y a cent ou cent cinquante ans, mais de vérifier, en approchant de l'exactitude d'aussi près que les circonstances le permettent, quelle est la règle de police pour le temps présent. Quand cette règle a été dégagée, il devient de leur devoir de se refuser à donner effet à un contrat privé qui la viole et qui se révélerait, s'il était judiciairement sanctionné, préjudiciable à la communauté ».

C'est sur cette opposition entre les règles de *public policy* et les règles ordinaires de droit — et sur d'autres considérations du même esprit — que la Chambre des Lords s'est fondée pour écarter la distinction qu'avait consacrée la jurisprudence anglaise en 1711, dans le cas *Mitchell v. Reynolds* (1. P. W. 181) et qu'elle avait maintenue jusqu'à 1894 — qui accordait la protection judiciaire aux restrictions conventionnelles à la liberté du travail, résultant de clauses de non-concurrence, quand elles n'étaient que partielles, et la leur refusait quand elles étaient générales — notamment quand elles s'étendaient à tout le Royaume — et leur a substitué une distinction tirée du caractère raisonnable ou non de ces clauses. De cette substitution du « standard » souple de caractère raisonnable (*reasonableness*) à la vieille « règle de fer » la jurisprudence anglaise du xx^e siècle a fait sortir progressivement, au profit des employés, tout un système de protection contre l'exploitation par l'employeur — au moyen des clauses de non-concurrence — de l'inégalité où la néces-

sité d'assurer de façon continue leur subsistance économique et celle de leur famille les place dans le marchandage individuel des conditions du travail. Et ce système d'origine exclusivement judiciaire, assure aux employés une protection tout aussi efficace que celle qui découle en Allemagne d'amendements ou de « nouvelles » introduites dans les codifications de droit industriel et de droit commercial, ou en Suisse des dernières additions faites, dans le Code des obligations, aux dispositions sur le contrat de travail — sans porter, toutefois, atteinte aux intérêts respectables que sacrifie la disposition correspondante de la loi belge sur l'emploi privé (39).

Notons aussi que le droit du travail — et particulièrement des conflits du travail — a été, dans la jurisprudence anglaise — aussi bien que dans la jurisprudence américaine — le terrain où il a été fait le plus large usage de la pratique du *distinguishing*, tantôt pour préparer, tantôt pour dissimuler l'abandon de doctrines antérieures et la substitution à ces doctrines de règles ou solutions juridiques nouvelles, et parfois même radicalement opposées. L'exemple le plus frappant de l'emploi du *distinguishing* dans cette dernière fonction est certainement celui qui résulte du rapprochement de deux arrêts, rendus à quatre ans d'intervalle, par la Chambre des Lords — à l'étude desquels ont été consacrés deux des

(39) Pour l'analyse de l'état actuel — ou au moins à la date de 1925 — de ce chapitre, si judicieusement nuancé et équilibré, de la théorie anglaise des *restraints of trade* et la description des diverses étapes de son évolution (sur la place tenue dans cette évolution par les opinions émises en la Chambre des Lords dans le cas *Nordenfelt*, voir le chapitre I du titre III, pp. 184-248), je renvoie au tome X 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* — que je regarde comme l'un des ouvrages qui, tant par l'ampleur que l'originalité de leur information, tiennent le premier plan dans cette collection. Son auteur, Sanhoury Bey, est devenu successivement professeur et doyen de la Faculté de droit du Caire, juge aux tribunaux mixtes, Conseiller royal, et actuellement sous-secrétaire d'État au Ministère de l'Instruction publique, poste destiné en Egypte à procurer à l'ensemble de l'enseignement public une direction technique, qui puisse garder une permanence, en dépit de la succession des équipes ministérielles. La haute estime où sont tenues, dans les milieux juridiques nationaux de l'Egypte, ses publications en langue arabe — notamment son *Traité des obligations* — l'ont désigné pour préparer une nouvelle codification du droit civil de son pays. C'est sur sa demande que j'ai été chargé par le Gouvernement égyptien de procéder, en commun avec lui, à la rédaction d'un projet de code civil égyptien unifié et révisé, dont les deux premiers tiers ont été rédigés en étroite collaboration entre nous. La guerre ne m'a plus permis d'apporter le même concours à la rédaction du dernier tiers.

premiers volumes de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon* — les tomes 3 et 4 qui constituent aussi les tomes 1 et 2 de la *Série des décisions régulatrices de la politique du travail et du commerce des Juges anglais*.

Le premier de ces volumes : *Fouillant, Allen v. Flood* — *Le boycottage, les listes noires et les autres instruments de contrainte syndicale devant la loi civile*, retrace d'abord la formation historique de deux séries opposées de précédents judiciaires qui étaient invoqués par les parties dans le cas d'*Allen v. Flood*, où la Chambre des Lords était appelée en 1897 à trancher cette question : le recours par une trade-union au boycottage (*boycott secondaire*), non pas contre l'adversaire avec lequel elle est en lutte, mais contre un tiers, pour le forcer à s'abstenir de garder des relations avec l'adversaire et de le ravitailler (conscriptio des neutres) est-il licite ? Il donne ensuite la traduction intégrale en français des opinions émises individuellement par une majorité de membres judiciaires de la Chambre des Lords concluant que cette forme d'activité des trade-unions était impuissante à donner ouverture à une action en justice pour l'entraver ou en imposer réparation. De la confrontation des deux groupes d'« opinions », il résultait que la Chambre des Lords avait établi la licéité du boycottage secondaire à la majorité de six membres contre trois, à la suite de délibérations exceptionnellement longues et mûries, auxquelles avaient été conviés à participer, à titre consultatif, huit membres, particulièrement renommés, d'autres juridictions.

Le second de ces volumes (*René Hoffher, Le Boycottage devant les cours anglaises, 1901-1923*) a eu un double objet : 1° l'analyse des justifications qu'une nouvelle majorité de membres de la Chambre des Lords, formée en sens contraire de la position prise en 1897, avait données, dans ses « opinions », à la décision par laquelle, en 1901, dans le cas, non moins célèbre que le précédent, de *Quinn v. Leatham* (40), elle a déclaré illicite la même sorte de boycottage — boycott secondaire — qu'une autre majorité avait déclarée licite en 1897 ; 2° l'examen des répercussions que la coexistence de ces « opinions » successives de la Chambre des Lords a eues

(40) *Law Reports* (1901) A. C. 495-543.

sur la marche de la jurisprudence anglaise de 1901 à 1923 — moment où écrivait l'auteur qui, depuis a fait une belle carrière, à la fois dans la recherche scientifique et dans l'administration, grosse de promesses d'avenir. Car, après avoir enseigné l'économie politique à l'Université de Lyon, il a créé à Rabat et à Casablanca deux centres fort actifs d'enseignement du droit, publié et dirigé une fort bonne collection d'études sur la vie économique et sociale du Maroc, tout en assurant, comme secrétaire, la marche journalière d'un Bureau minier, destiné à encourager et guider, par un appui administratif, l'exploitation des richesses du sous-sol marocain par les entreprises privées. Et aujourd'hui, sans cesser de s'intéresser aux problèmes nord-africains, il participe à la fois comme Maître des Requêtes à l'activité juridique et administrative du Conseil d'Etat et, comme professeur, à l'activité enseignante de l'Ecole des Sciences Politiques. Comme il était déjà orienté, à l'époque où il a écrit ce livre, vers l'étude de l'économie politique et de l'économie sociale, c'est surtout sous cet aspect qu'il a suivi l'évolution de cette partie de la jurisprudence anglaise de 1901 à 1923.

Pour des juristes des pays de *droit civil*, qui ne sont plus habitués aux expédients ou *devices*, — qui ont toujours été l'un des instruments préférés de la marche d'évolution du droit anglais — il saute aux yeux — et les juges anglais ne sont pas arrivés à le dissimuler à leurs compatriotes — que la Chambre des Lords — effrayée par l'allure tumultueuse des conflits du travail, d'ampleur nationale, qui surgissaient au seuil du *xx^e siècle* — avait voulu les arrêter en renversant, par sa décision de *Quinn v. Leatham* la doctrine d'*Allen v. Flood*.

Mais, par crainte de déchaîner un mouvement de réaction contre la forme d'activité judiciaire qu'on a appelée aux Etats-Unis le « gouvernement des juges », la Cour n'a pas osé procéder avec la même hardiesse que dans sa décision du cas Nordenfelt et invoquer la nature de matière de *public policy* de la réglementation des conflits du travail, pour écarter l'application des principes du *stare decisis*. Ce qui montre que, si la jurisprudence anglaise s'est rencontrée avec la jurisprudence américaine pour prévoir la possibilité d'une réserve à l'autorité indéfinie du précédent judiciaire

pour les règles de « police », elle hésite, beaucoup plus que cette dernière, à passer de l'admission de cette possibilité à l'invocation de la dite réserve.

On comprend d'autant plus aisément cette hésitation que l'application de la dite réserve, si elle ne demeurait pas tout à fait exceptionnelle, conduirait à détruire l'élément le plus original de la conception anglaise — l'intangibilité de l'autorité indéfinie du précédent — en un temps où, même en dehors des pays totalitaires, tout l'ensemble du droit privé est entré sous une subordination aux droits et intérêts de l'Etat ou du peuple — des parties de plus en plus nombreuses du droit privé prennent une forte coloration de droit et d'ordre publics. Si la Chambre des Lords avait osé, en 1894, s'insurger ouvertement contre la vieille règle jurisprudentielle, distinguant entre les entraves partielles et les entraves générales au libre exercice du commerce et du travail, c'est que cette règle datait d'un temps où les conditions de fonctionnement de l'industrie et du commerce anglais étaient profondément différentes de celles existantes à l'époque de son abrogation et que, au cours de ses cent cinquante ans d'existence, elle avait subi tant de brèches ou de limitations et été si souvent tournée, qu'elle était déjà à demi-ébranlée. La Cour ne se sentait plus la même audace à l'égard d'une règle établie seulement depuis trois ou quatre ans dans des conditions exceptionnelles de solennité. Elle a dû, par respect pour les dogmes anglais du *stare decisis*, en dissimuler l'abandon sous le masque du *distinguishing*, alors que le seul élément de distinction qui existait réellement, entre le précédent créateur de la règle et le précédent qui visait à la détruire, consistait en ce que le boycottage secondaire était intervenu, dans le premier cas, à l'occasion d'une querelle entre deux trade-unions revendiquant chacune pour leurs membres le monopole d'une même catégorie de besognes, et, dans le second cas, au cours d'un conflit entre un patron et ses employés.

Les résultats de ce recours hypocrite au *distinguishing* ont été que, pendant plus d'une vingtaine d'années, les doctrines antagonistes du cas *Allen v. Flood* et du cas *Quinn v. Leatham* ont eu la même force liante à l'égard des juridictions subordonnées à la Chambre des Lords. Les membres de ces

juridictions ont été également tenus d'appliquer l'un et l'autre de ces précédents malgré leur irréductible contradiction. Leur impuissance à réaliser une conciliation impossible les a obligés à choisir entre les doctrines adverses selon leurs vues personnelles de politique sociale. Cette branche du droit judiciaire anglais s'est trouvée ainsi soumise à une incertitude telle que la juridiction placée immédiatement au-dessous de la Chambre des Lords — et qui, dans la plupart des cas, épargne à la Chambre des Lords la nécessité d'intervenir pour réaliser l'unité du droit sur des points de droit envisagés de façons différentes entre les juges des juridictions inférieures — la Cour d'Appel de la Haute Cour de Justice — a exprimé en 1924, par l'organe d'une des « opinions » émises par l'un de ses membres dans le cas de *Sorrel v. Smith* (41), le vœu que la Chambre des Lords puisse être enfin appelée, par le jeu de la litigation, à mettre fin à cette incertitude, en réexaminant à nouveau le problème du traitement juridique à assigner aux diverses formes du boycottage et de la conscription des neutres. Ce vœu de la Cour d'Appel — vœu qui avait déjà été formulé dans des articles de journaux et de revues juridiques — a été exaucé — et dans l'affaire à l'occasion de laquelle il avait été émis. Mais les « expositions de la loi », contenues dans les « opinions » des membres de la Chambre des Lords sur le cas de *Sorrel v. Smith* ne sont peut-être pas arrivées à un degré de précision et de nuancement suffisant pour qu'on puisse être sûr qu'elles rétablissent d'une façon durable l'unité de vues de la jurisprudence anglaise en cette matière.

(41) L'étude des « opinions émises dans ce cas de *Sorrel v. Smith* par chacun des trois membres de la Cour d'Appel et des précédents intervenus postérieurement au cas de *Quinn v. Leatham* — a formé l'objet d'un volume dans la *Série des décisions régulatrices de la jurisprudence du travail et du commerce des juges anglais de la Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon* : (tome 8 de l'ensemble de cette collection : El Arabi, *La conscription des neutres dans les luttes de la concurrence économique. Les coalitions du journalisme et la liberté de la presse. Sorrel v. Smith*). Il manque à cette série le volume qui aurait été la conclusion naturelle des trois précédents, un volume consacré à l'analyse et la discussion critique des « opinions » émises par les membres de la Chambre des Lords quand le même cas de *Sorrel v. Smith* est venu devant elle. Elles ont bien formé l'objet d'une thèse de doctorat, préparée sous ma direction. Mais l'examen de ces opinions n'y a pas été poussé assez à fond, et dans une direction assez critique, pour que j'aie cru devoir faire à cette thèse — qu'on trouvera dans la collection des thèses de la Faculté de Droit de Lyon — une place dans la Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé.

Du rapprochement entre d'une part, la décision par laquelle la Cour Suprême des Etats-Unis a renversé expressément en 1937 sa doctrine antérieure, affirmant l'inconstitutionnalité de lois prévoyant des salaires minima au profit de certaines catégories de travailleurs, et d'autre part, les applications, très exceptionnelles qui ont été faites en Angleterre de l'exception à l'autorité indéfinie du précédent, prévue dans le cas *Nordenfelt*, pour les règles de police publique, je conclurai donc que, même sur les terrains — comme celui du droit du travail — qui sont le plus fortement pénétrés d'éléments de « police publique », la jurisprudence anglaise répugne beaucoup plus que la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis à faire des brèches dans les dogmes du *stare decisis* ; mais que ce n'est là qu'une différence de fait, et non de principe, dans leurs attitudes respectives. Ce qui diminue fortement l'aptitude de cette décision du cas *West Coast Hotel Co v. Parish* à servir à une détermination précise des traits qui différencient la conception américaine du *stare decisis* de la conception anglaise.

CHAPITRE VI

La suppression du common law fédéral par la décision du cas *Erie Railroad*

Le second exemple de renversement officiel de sa jurisprudence que la Cour Suprême Fédérale a donné en 1938, dans le cas *Erie Railroad v. Tompkins* (42) — que la multitude et la vivacité des discussions qu'il a soulevées a fait prendre l'habitude de citer plus brièvement sous le nom de *cas Erie Railroad* — serait, en revanche, singulièrement démonstratif d'une tendance de la grande Cour Fédérale à traiter la doctrine du *stare decisis* avec une extrême liberté si on pouvait considérer le renversement de jurisprudence qui y a été accompli comme autre chose qu'un geste d'une hardiesse telle qu'on lui chercherait vainement des précédents

(42) 58 *Supreme Court Reporter* 817.

dans l'histoire de la jurisprudence américaine. Par l'ampleur de ses conséquences, il prend une allure révolutionnaire. Car, par la condamnation de la doctrine proclamée en 1842 dans le cas *Swift v. Tyson* (43) et suivie depuis sans interruption, ce n'est pas une règle particulière de la jurisprudence fédérale antérieure, ni même l'ensemble des règles d'un chapitre plus ou moins large de cette jurisprudence, qui se trouve renversé.

C'est une branche entière du droit fédéral. Et cette branche du droit fédéral en constituait, en fait, la partie centrale et la plus importante. Car elle contenait les principes généraux du droit. Elle englobait, en fait, tous les chapitres naturels du droit privé — ou avait tout au moins des contacts avec eux tous. Elle possédait une aptitude à l'unité et l'homogénéité qui est refusée à l'autre branche du droit fédéral, sa branche législative ou *statute law*, parce que la production de cette dernière doit se limiter aux chapitres du droit privé dont la réglementation est comprise dans le cercle des pouvoirs délégués par la Constitution à l'Etat fédéral, et par suite du caractère discursif de l'activité législative du Congrès.

L'auteur d'un article, paru dans *XIV Tulane Law Review* 1-15, où le cas *Erie Railroad* est soumis à une attentive et vive discussion, Fred Zeugel nous donne, à la page 8 de cet article, un aperçu sur la place que tient — ou tenait — dans le droit fédéral ce corps de droit judiciaire, en écrivant que « les deux plus larges champs dans lesquels s'est développé un droit général sont les contrats et les *torts* (délits civils) et que c'est là que... (la décision du cas *Erie Railroad*) produira le plus d'effet ». Encore faut-il, pour comprendre toute la portée de ces termes, tenir compte de ce fait que les contrats, auxquels l'auteur fait allusion, englobent les contrats commerciaux en même temps que ceux de droit civil et que ce *common law* avait encore plus d'importance pratique, pour parler le langage de notre classification juridique française, en tant que droit commercial général qu'en tant que droit civil général. Il englobe — ou englobait — donc l'en-

(43) Cet arrêt étant très antérieur au moment où commence le recueil d'arrêts de la Cour Suprême dont je me sers et auquel je me réfère habituellement — le *Supreme Court Reporter* — je citerai le texte de l'opinion émise dans *Swift v. Tyson* d'après la réimpression d'ensemble des *reports* de la Cour Suprême fédérale, appelée *Lawyer's Edition*, tome 10., u. 865 et s.

semble de matières — d'une nature de règles de pur droit ou de technique juridique qui ont formé en Suisse l'objet du Code des obligations, avant qu'on puisse y songer à codifier le reste du droit civil.

Or la matière des contrats et des obligations — surtout des contrats commerciaux — est, avec cette autre branche du *common law* ou droit judiciaire qu'est le droit des conflits de lois, celle par l'intermédiaire de laquelle le droit américain se trouve continuellement mis en contact avec les législations et les jurisprudences des autres pays, par les nécessités du commerce international. Et c'est aussi sur ce double terrain que le droit comparé aspire principalement — sinon exclusivement — à exercer son action de conciliation entre les droits nationaux et à développer entre eux un fond commun de concepts et de principes.

En ordonnant le renversement de ce corps de droit judiciaire fédéral — qui ne pourra, sans doute, se réaliser effectivement que dans les mêmes conditions où s'était opérée son édification, qu'à mesure que les questions, antérieurement tranchées par lui, se présenteront de nouveau devant les cours fédérales ; en interdisant la reconstitution — en vertu d'une interprétation nouvelle donnée par elle à la Constitution des Etats-Unis — la décision du cas *Erie Railroad* prépare ainsi la fermeture des canaux de communication qui reliaient le droit fédéral américain au mouvement général du droit commercial dans le reste du monde. A ce titre, elle n'intéresse pas seulement les juristes américains, qui ne sauraient se désintéresser des répercussions profondes qu'elle est appelée à avoir sur l'orientation générale de la vie interne de leur droit national. Ils envisagent, sans doute, ces répercussions, les uns avec satisfaction, les autres avec inquiétude, selon que leurs aspirations les portent principalement vers la poursuite d'une application plus uniforme du droit de leur Etat, ou vers la recherche d'une uniformité plus grande entre les droits des divers Etats de l'Union Nord-Américaine.

La décision du cas *Erie Railroad* est de nature à intéresser non moins vivement les comparatistes du dehors qui ne peuvent pas ne pas se préoccuper des répercussions qu'elle produira nécessairement dans le domaine des relations du

droit américain avec les droits étrangers. Si le retournement qu'elle impose au droit judiciaire américain dans la direction inverse à celle qu'il suivait depuis tout un siècle doit être définitif — ou même seulement de longue durée — elle leur apparaîtra comme méritant vraiment le qualificatif — dont on abuse si souvent — « faisant époque ». Et les jugements qu'ils porteront sur elle seront, sans doute, moins discordants que ceux des juristes américains, parce qu'ils se placeront, pour l'apprécier, sous le point de vue des intérêts de la marche mondiale de la science du droit, et non pas, comme eux, sous le point de vue de la défense des « droits des Etats » ou celui de l'intérêt de l'Etat fédéral.

Il ne sera donc pas inutile que je définisse la doctrine que la décision du cas *Erie Railroad* a voulu renverser. Car ces pages sont écrites principalement, non pas pour des lecteurs des Etats-Unis, auxquels la doctrine du cas *Swift v. Tyson* — ainsi d'ailleurs que les traits qui différencient la branche américaine du *common law* de la branche anglaise — sont beaucoup plus familiers qu'à moi — mais pour des lecteurs de pays de *droit civil* — et notamment pour les compagnons de travail que j'ai trouvés, au cours de ces dernières années, dans les universités sud-américaines, cherchant à se grouper autour de centres d'études de droit comparé, et dont je suis avec la plus vive sympathie les efforts pour développer, d'abord un droit commun ibéro-américain, puis établir des points de contact entre ce droit commun à base latine et la branche nord-américaine du *common law*. Un des témoignages d'amitié que puisse leur donner, à la lumière de son expérience, un vétéran du droit comparé, c'est de ne point leur dissimuler combien de persévérance il leur faudra pour obtenir dans cette voie, par lentes étapes, des résultats modestes. Je crois qu'il est prudent, pour leur éviter les découragements qui suivent l'échec des ambitions irréalisables, parce qu'excessives, d'attirer leur attention sur les obstacles nouveaux que va faire surgir, sur leur chemin, le renversement de la doctrine de *Swift v. Tyson*.

Cette doctrine met en œuvre — en en précisant et limitant la portée — une règle qui gouverne l'exercice par les Cours fédérales de leur juridiction du chef de diversité de citoyenneté : la *règle de conformité*, qu'on peut, en notre termino-

logie française, qualifier quasi-constitutionnelle, parce qu'elle est posée, non pas dans la Constitution fédérale elle-même, mais dans l'un des compléments naturels aux Constitutions que nous appelons lois organiques : le *Judiciary Act* du 24 septembre 1789. Pour comprendre la signification de la « règle de conformité », contenue dans la section 34 de cette Charte de l'organisation judiciaire des Etats-Unis, il convient de se rappeler que la Constitution fédérale a réparti la connaissance des litiges qui surgissent sur le territoire de chacun des Etats fédérés entre, d'une part, les Cours de justice de cet Etat et, d'autre part, les Cours fédérales, et que l'une des sources de la compétence assignée aux cours fédérales est la circonstance qu'un litige s'élève entre des parties qui sont ressortissantes d'Etats différents. La « règle de conformité » prescrit que, dans le champ de ce cercle de compétence, « les lois des divers Etats, sauf quand la Constitution, les traités ou les lois (*statutes*) des Etats-Unis en disposent autrement, seront regardées comme règles de décision dans les jugements *at common law*, c'est-à-dire d'après le droit judiciaire ancien par opposition au droit d'équité, dans les Cours des Etats-Unis, pour les cas où elles s'appliquent ». De cette disposition, la Cour Suprême fédérale a, de bonne heure, déduit que, pour l'application de ces lois d'Etat, les cours fédérales doivent s'en tenir à l'interprétation qui leur est donnée par la plus haute cour de justice de l'Etat en question.

Que faut-il entendre, d'une part, par ce terme les *lois* des divers Etats, placé au début de la section 34, et, d'autre part, par ce membre de phrase final « pour les cas où elles s'appliquent », La doctrine de *Swift v. Tyson* répond à cette question en déclarant que les Cours fédérales, en exerçant leur juridiction sur le fondement de diversité de citoyenneté, n'ont pas besoin — en ce qui concerne les questions qui rentrent dans le champ du « droit commercial général » ou même dans la sphère plus large de la « jurisprudence générale » — d'appliquer la *loi non-écrite* de l'Etat, telle qu'elle est déclarée par sa plus haute cour ; qu'elles sont, au contraire, libres d'exercer un jugement indépendant quant à ce qui est le *common law* de l'Etat — ou ce qui doit l'être. Pour achever de préciser la portée pratique de cette doctrine, laissons main-

tenant la parole à celui par l'organe duquel la Cour Suprême fédérale l'a formulée en 1842, le juge Story.

« La vraie interprétation de la section 34, a-t-il dit, limite son application aux lois d'Etat strictement locales, c'est-à-dire (d'une part) aux lois positives (*Statutes*) de l'Etat et à l'interprétation qui en a été adoptée par les tribunaux locaux et (d'autre part) aux droits et titres ayant dans cet Etat une localisation permanente, tels que les droits et titres au *real estate* et aux autres matières d'une nature immobilière et intraterritoriale. Il n'a jamais été supposé par nous que la section s'appliquât, ou ait été supposée s'appliquer, à *des questions d'une nature plus générale ne dépendant aucunement de lois locales (statutes) ou d'usages locaux d'une action fixe et permanente, comme, par exemple, les contrats ordinaires et autres actes instrumentaires écrits, et spécialement aux questions de droit commercial général, pour lesquelles les tribunaux de l'Etat sont appelés à accomplir la même fonction que nous-mêmes, c'est-à-dire à déterminer, par le raisonnement général et par les analogies légales, la véritable signification du contrat ou de l'acte instrumentaire ou ce qui est la juste règle fournie par les principes du droit commercial pour gouverner le cas* ».

Et maintenant quelle a été la portée de la réprobation que la Cour Suprême a prononcée contre cette doctrine. J'en emprunte la formule aux sommaires du *Supreme Court Reporter*, en les résumant toutefois.

1° L'abandon de cette doctrine est requis, parce qu'elle introduit une grave discrimination au profit des non-citoyens et au détriment des citoyens (de l'Etat dont le droit judiciaire ou *common law* est en jeu); qu'elle empêche l'unité dans l'administration des lois (dans le sens global de droit) d'un Etat et qu'ainsi elle empiète sur les droits qui sont réservés dans la Constitution aux divers Etats.

2° Dans les Cours fédérales, excepté dans les matières gouvernées par la Constitution fédérale ou par les Actes du Congrès, la loi à appliquer en tous les cas est la *loi* de l'Etat (le mot *loi* est pris, dans ce sommaire, comme dans l'opinion de la majorité des juges, dans le sens général de droit, en y englobant à la fois le *case law* ou droit judiciaire et le droit législatif ou *statute law*).

3° Il n'y a point de *common law* (ou droit judiciaire) *général fédéral* et le Congrès n'a pas le pouvoir de déclarer des règles substantielles (de fond) de *common law applicables dans un Etat, qu'elles soient d'une nature générale ou d'une nature locale* ou qu'elles soient d'une nature commerciale ou fassent partie de la loi (droit) des délits civils (*torts*).

4° Dans la section 34 du *Judiciary Act* il faut entendre les termes « lois des divers Etats » comme ne visant pas uniquement le droit législatif (*statute law*) de chaque Etat, mais comme englobant également les décisions des Cours de justice de cet Etat sur les questions de droit général.

Un cinquième et dernier sommaire constate l'application particulière de cette doctrine à la question soumise dans l'espèce à la juridiction fédérale, qui était l'une des questions courantes de la théorie de la responsabilité délictuelle.

De ces sommaires on peut conclure que la Cour Suprême fédérale, dans sa décision du cas *Erie Railroad*, a marqué à l'égard de ses propres précédents, un degré d'indépendance tel que l'on aurait peut-être peine à en trouver un autre exemple — sauf dans les lendemains de révolutions d'ordre politique — même dans les pays où le *judge-made-law* ne s'établit que par la voie naturelle de dégagement de coutumes judiciaires par l'effet de la répétition de précédents unificatoires. Et cela est d'autant plus frappant, par comparaison avec l'attitude des cours régulatrices du *case law* anglais, que la jurisprudence renversée ne pouvait rentrer dans aucun des cas où la conception anglaise du *stare decisis* admet des exceptions à la pérennité de l'autorité du précédent judiciaire. L'on ne pouvait invoquer ni que le précédent désapprouvé émanât d'un juge trop peu considéré — le juge Story est demeuré l'une des plus hautes autorités aussi bien du droit privé — et en particulier de la partie du droit privé édifiée par le travail des cours d'équité — que du droit constitutionnel américain, ni que la règle née de ce précédent n'eut pas été suivie.

Mais c'est précisément pour ces raisons que la décision du cas *Erie Railroad* ne saurait entrer en ligne pour caractériser l'attitude habituelle de la Cour Suprême des Etats-Unis par rapport à l'autorité de ses propres précédents. Cette attitude a toujours été jusque-là et restera sans doute beaucoup plus

modeste. Car les cas où cette Cour avait antérieurement déclaré officiellement renverser des règles établies dans sa jurisprudence avaient été assez rares. Celui de ses membres, qui paraît avoir été l'entraîneur de la majorité dans le cas *Erie Railroad*, — qui, en tout cas, en a été le porte-parole, — le juge Brandeis, cherchant en 1924 (44) à en dresser la liste, n'en trouvait encore qu'une dizaine. La Cour a préféré d'ordinaire recourir aux détours du *distinguishing*. Son attitude à cet égard a été exactement définie par l'un des juges qui ont participé au renversement de la doctrine de *Swift v. Tyson*, le juge Reed (45). Il l'a fait en ces termes : « Dans cette Cour, *stare decisis* est une règle utile (on pourrait traduire aussi usuelle), mais non une commande inexorable ».

Dans l'ambiance du mouvement de revision d'ensemble du mécanisme du droit judiciaire fédéral, dont le cas *Erie Railroad Co v. Tompkins* a été le point de départ, les mêmes atténuations à la rigidité du *stare decisis*, dans son application aux précédents provenant de la Cour Suprême fédérale, ont été exprimés avec encore plus de force — et surtout plus de précision — dans une opinion judiciaire, émise celle-là, non plus — comme celle du juge Reed — à titre personnel, mais en parlant au nom de la Cour, par le juge Felix Frankfurter, à l'occasion d'une question de droit fiscal, en décembre 1939, dans le cas *Helvering v. Hallock* (60 Supreme Court Reporter, 441, 451) d'où je détache les phrases suivantes :

« Nous reconnaissons que *stare decisis* incorpore une importante police sociale. Il représente un élément de continuité dans le droit, et il a sa racine dans le besoin psychologique de satisfaire les attentes raisonnables. Mais *stare decisis* est un principe de police, et non pas une formule d'adhésion mécanique à la décision la moins ancienne, quoique récente et discutabile, quand cette adhésion implique collision avec une doctrine antérieure, ayant un plus large champ d'application, intrinsèquement plus saine et vérifiée par l'expérience... »

« Cette Cour (la Cour Suprême fédérale), à la différence de la Chambre des Lords, a, dès le début, rejeté la doctrine de l'incapacité de se corriger elle-même... » (C'est-à-dire la doc-

(44) Dans son opinion dissidente sur le cas *Washington v. Dawson*, 44 Supreme Court Reporter, 202-203.

(45) 58 Supreme Court Reporter, 828.

trine que la Chambre des Lords a finalement admise, d'après laquelle elle ne peut pas réformer ses propres précédents, dont l'autorité ne peut être détruite que par un Acte législatif)

« Sûrement nous ne sommes pas tenus par la raison et par les considérations qui sont à la base du *stare decisis* de persévérer dans des distinctions établies pour l'application d'un Acte législatif (*Statute*) qui, plus on les examine, apparaissent comme n'étant en consonance, ni avec les buts du statut, ni avec la conception que s'en fait cette Cour.. »

CHAPITRE VII

L'attitude des Cours Suprêmes d'Etats à l'égard du « *Stare decisis* ».

Il nous reste maintenant à rapprocher cette attitude de celle des Cours Suprêmes des Etats. En relisant les lignes consacrées au *stare decisis* américain dans mon travail précité de 1919, je constate encore avec regret que, pour définir cette attitude, je m'étais borné à une formule vague et inexacte — comme le sont trop souvent les formules vagues — parce que l'absence dans la bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon de toutes les collections de *reports* de la *West Publishing Co*, autres que le *Supreme Court Reporter*, et aussi de l'ensemble de ses *Digests*, m'empêchait d'entreprendre à cet égard aucune recherche personnelle. Ceux de ses « reporters », entre lesquels se répartissent les *reports* des Cours d'Etats, restent malheureusement encore absents de cette bibliothèque. Mais, du moins, ai-je pu y faire entrer, depuis ce temps, les deux derniers *Digests* décennaux et les volumes annuels de la *Key Number Series* — ainsi que le *Ruling Case Law* et ses compléments. Et un coup d'œil jeté sur les sommaires, qui y sont rassemblés, me permet maintenant une vue moins superficielle des choses. J'ai eu le tort d'écrire que les Cours Suprêmes d'Etats ont suivi l'exemple de la Cour Suprême fédérale. Non. Elles ont été, d'ordinaire, beaucoup plus loin qu'elle dans la voie d'une relative indépendance par rapport à leurs propres précédents. Elles sont revenues beaucoup

plus souvent qu'elle — et ouvertement — sur les solutions juridiques affirmées dans ces précédents.

Elles sont d'ailleurs autorisées à le faire par l'interprétation antérieurement rappelée — que, dans l'exercice de sa jurisprudence sur la matière, la Cour Suprême fédérale a donnée à la règle de conformité et à la Section 34 du *Judiciary Act* de 1789 et qui, dès la première moitié du XIX^e siècle, a prévu que, quand la disposition de la loi locale qui est en jeu a été l'objet d'interprétations successives et différentes par le plus haut tribunal de l'Etat, c'est à la vue nouvelle de ce tribunal — celle par laquelle il a renversé son ancienne jurisprudence — que la Cour fédérale, agissant dans l'exercice de sa juridiction du chef de diversité de citoyenneté, doit se ranger.

L'une des plus anciennes décisions judiciaires sur la matière — celle qui a été rendue en 1821 dans le cas *Shelby County v. Guy* (46) — avait même formulé ce principe en des termes qui identifiaient presque la conception que la Cour Suprême des Etats-Unis se faisait alors du *case law* avec la conception latine actuelle de la jurisprudence. La juridiction fédérale n'était liée, d'après cette décision judiciaire, par l'opinion nouvelle de la plus haute Cour d'Etat qu'autant que cette opinion était devenue « une interprétation fixée et reçue ». Il est vrai que cette décision date d'un temps où le droit américain, encore dans sa période de formation, semblait devoir s'orienter plutôt vers la conception française de la jurisprudence, ou du *case law* à l'état de nature, que vers la conception anglaise du *stare decisis*, qui n'était pas encore, d'ailleurs, arrivée à ses derniers développements et qui ne s'est finalement implantée — avec des atténuations — aux Etats-Unis que par suite de la réception finale du *common law* dans la seconde moitié du XIX^e siècle.

Mais la formule de cette décision de l'année 1821 ne paraissait pas encore périmée d'après les indications fournies par Willoughby dans son classique traité de droit constitutionnel au paragraphe 525 de la première édition. S'appuyant sur une décision de la Cour Suprême fédérale du 3 janvier 1910, il y présentait comme une règle, devenue indiscutable, que les interprétations légales données par la Cour Suprême de l'Etat

intéressé ne s'imposent aux Cours fédérales comme « des déclarations authentiques de la loi de l'Etat » qu'autant qu'elles ont été uniformément acceptées comme telles pendant une période considérable de temps dans les Cours d'Etat ». Peut-être le coup de barre révolutionnaire que la Cour Suprême fédérale a imprimé à sa jurisprudence dans le cas *Erie Railroad* entraînera-t-il quelque modification, même à cet égard, dans le fonctionnement de la « règle de conformité ». Il serait impossible pour l'instant d'en prévoir toutes les répercussions.

Ce premier article d'introduction à la nouvelle rubrique, que nous nous proposons d'ouvrir dans ce *Bulletin*, était déjà prêt pour l'impression, quand m'est parvenu le numéro du 1^{er} juin 1941 des fascicules d'avance du volume 61 du *Supreme Court Reporter*, dans lequel se trouve la table générale des sommaires des *reports* contenus dans ce volume. Les sommaires qui y sont groupés sous le mot *courts*, notamment aux pages 81 et suivantes, fournissent la démonstration que l'éventualité — envisagée dans la conclusion du présent chapitre — de répercussions de la décision du cas *Erie Railroad* sur la théorie officielle de l'autorité des précédents de Cours d'Etat, est déjà largement entrée dans la voie de réalisation.

Pendant l'année judiciaire 1940-41, la Cour Suprême des Etats-Unis a émis une série d'opinions, dont le but immédiat était de définir les effets de l'obligation — écartant désormais toute exception — que sa nouvelle jurisprudence de 1938 impose aux Cours fédérales, dans l'exercice de leur compétence du chef de la diversité de citoyenneté entre les parties, d'accepter comme règle impérative de décision les « expositions du droit » — aussi bien judiciaire que législatif — données par les Cours de l'Etat où elles siègent. Elle a été amenée aussi, pour préciser le fonctionnement pratique de cette obligation, à présenter une analyse du mécanisme du *stare decisis* dans les judicatures des Etats, qui se place aux antipodes de la notion de « jurisprudence constante », qui percevait dans quelques-unes des décisions que citait encore la première édition du Traité de droit constitutionnel de Willoughby.

Trois points essentiels caractérisent la position que la Cour Suprême fédérale a prise à cet égard dans sa production jurisprudentielle de 1940-1941.

En premier lieu, elle ne se borne plus à envisager comme

(46) 11 *Wheaton's Report* 361. 6 *Lawyers Edition*, p. 495.

un fait, plus ou moins courant, que la plus haute Cour d'Etat — seule visée dans les interprétations anciennes du *Judiciary Act* de 1789 — procède à des revirements de jurisprudence — même par voie de renversement officiel de ses doctrines antérieures. Elle proclame, avec insistance et sur un ton exceptionnel de solennité, que, si la plus haute Cour d'Etat « n'est pas liée par ses propres précédents », il n'en est pas de même pour les Cours fédérales, auxquelles il est interdit de s'en écarter. Prévoyant le cas où une Cour fédérale inférieure s'est — comme elle le devait — conformée à la règle de droit qui, au moment où elle rendait son jugement, était appliquée par la plus haute Cour de l'Etat, mais où cette dernière l'a abandonnée pour en adopter une autre avant que la Cour fédérale supérieure ait statué sur l'appel dirigé contre la décision de la Cour subordonnée, elle déclare que la juridiction d'appel doit renverser le jugement et renvoyer l'affaire à la Cour inférieure pour qu'elle remette son jugement en harmonie avec la nouvelle doctrine de la Cour d'Etat.

Par cette même production jurisprudentielle de l'année 1940-1941, la Cour Suprême des Etats-Unis a, en second lieu, érigé en principe fondamental que l'obligation pour les Cours fédérales de ne pas s'écarter des précédents des Cours d'Etat ne se limite aucunement à ceux qui émanent de la plus haute Cour d'Etat ; que, dans l'absence d'un règlement donné à un point de droit par cette Cour, les tribunaux fédéraux sont liés, soit par des décisions uniformes des Cours d'appel intermédiaires, soit par une décision unique de l'une d'elles, s'il n'en existe pas d'autre en sens contraire.

Enfin, en troisième lieu, l'opinion émise par la Cour Suprême fédérale en cette même année judiciaire, dans le cas *West v. Telephone and Telegraph Co* (61 Supreme Court Reporter 179) a proclamé que « la loi d'Etat, que les Cours fédérales sont requises d'appliquer, peut consister dans des règles de décision communément acceptées à la barre et dans les Cours inférieures ». Par cette référence à la pratique habituellement — et non pas unanimement — suivie à la barre, donc à des décisions non reportées, ni même individualisées, et par l'autorité, ainsi reconnue, dans l'élaboration du droit judiciaire, aux tribunaux, même placés au bas de l'échelle de la hiérarchie judiciaire, cette conception de l'autorité des pré-

cédents judiciaires des Cours d'Etat se différencie, non moins profondément que par le premier des trois traits ainsi définis, de la notion anglaise de l'autorité des précédents.

Il est vrai que ces vues de la Cour Suprême des Etats-Unis n'ont été développées que pour l'application aux rapports entre le *stare decisis* dans les Cours d'Etat et le *stare decisis* dans les Cours fédérales. Mais elles présentent quelque consonance avec la définition du rôle général du *stare decisis* que le juge Frankfurter a donnée dans la formule signalée à la fin du précédent chapitre.

CHAPITRE VIII

La place du *Stare decisis* américain entre celui du droit anglais et celui des pays du droit civil.

En ce qui concerne la détermination de la place à assigner au *stare decisis* américain dans le cadre de l'ensemble des autres systèmes d'élaboration judiciaire du droit, je m'étais référé en 1919 aux observations faites par deux auteurs écrivant en langue allemande, et principalement aux constatations émises à la suite d'un séjour aux Etats-Unis par l'écrivain anglais, Sir Frederick Pollock qui, dans ses deux livres classiques de « Jurisprudence », avait décrit avec le plus de clarté et de pénétration le mécanisme de dégagement du *case law* anglais. Aujourd'hui c'est encore aux conclusions d'un observateur anglais que je renverrai : celles du Professeur Goodhart, dont les nombreux articles consacrés à l'examen des traits distinctifs des méthodes anglaise et française d'élaboration du *judge-made-law*, constituent pour l'instant la documentation la plus à jour sur la matière. Mais je serai obligé de le citer de seconde main, parce que celui de ces articles qu'il a consacré plus spécialement à la classification à donner au *stare decisis* américain — *Case Law in England and America* — est paru dans une revue — *Cornell Law Quarterly*, tome 15 — qui ne se trouve dans aucune des bibliothèques lyonnaises.

Je ne puis m'y référer que par l'intermédiaire de citations

et analyses qui en ont été faites dans une revue, dont le service m'est fourni depuis longtemps, que je considère comme méritant de prendre place dans la bibliothèque de tous les comparatistes et comme indispensable à ceux d'entre eux qui s'intéressent plus spécialement à la comparaison du *common law* et du *droit civil* : *Tulane Law Review*. Quelques-unes des vues que l'éminent Professeur d'Oxford avait exposées dans *Cornell Law Quarterly* ont été signalées et commentées éloquemment dans une étude, publiée en tête du tome XII de *Tulane Law Review* par quatre Professeurs des Universités de la Louisiane, que j'ai déjà citée sous le nom — qui en traduit en le francisant le sous-titre — de *Un plaidoyer pour le droit civil de Louisiane*.

Les auteurs, associés pour la rédaction de ce « plaidoyer », y combattent notamment l'affirmation que les Cours de justice de la Louisiane ont, de bonne heure, répudié la doctrine de « la jurisprudence constante », héritée du droit français, pour adopter finalement celle du *stare decisis*, empruntée par les Cours des autres Etats de l'Union au droit anglais — affirmation qui avait été développée par un autre des Professeurs de droit de la Louisiane, Gordon Ireland, en français, dans une contribution (n° 47) apportée par lui à la vaste publication collective éditée par le Doyen Garraud sous le titre *Introduction à l'étude du droit comparé*, et en anglais (*Louisiana's Legal System Reappraised*) dans 11 *Tulane Law Review* (1937), 585. Pour démontrer que les Cours de justice de la Louisiane n'ont pas pu être entraînées, par une impulsion venant des autres Etats de l'Union, à se soumettre à la méthode, spécifiquement anglaise, d'établissement de l'autorité des précédents judiciaires, ils ont fait valoir que les juridictions de ces Etats frères ne s'étaient elles-mêmes jamais pliées passivement à cette méthode anglaise, et pratiquaient une forme différente de *stare decisis*. Ce n'est pas seulement, ont-ils dit, entre les doctrines du *common law* et du *droit civil* qu'il existe des différences à cet égard ; il y a aussi des différences considérables entre les doctrines américaine et anglaise sur ce sujet. Ce qui les amène à citer ces lignes extraites de l'article de Goodhart :

(47) *La Louisiane. Vue nouvelle de son système juridique* ; Contribution n° 73, tome II, pp. 94 et s.

« Au lieu de deux systèmes en conflit — *common law* et *droit civil* — nous nous trouvons actuellement en présence de trois méthodes différentes, l'anglaise, l'américaine et celle du *droit civil*. Le système américain à présent se relie plus étroitement au système anglais qu'au système du *droit civil* ; mais sa tendance semble être à s'aiguiller vers ce dernier... Les conditions particulières à l'Angleterre, qui y ont valu son succès au *case law*, ne se retrouvent plus aux Etats-Unis. Nous pouvons, dès lors, envisager la perspective d'une éclipse de la doctrine du *stare decisis* sans regret. Mais, que nous le regretions ou non, je crois qu'un changement est inévitable. Les précédents — et spécialement le précédent d'un cas unique — ne doivent plus être considérés comme une source liante de la loi que les juges doivent accepter en toutes circonstances. C'est seulement quand les cas décidés ont créé une pratique à laquelle les laïques se fient, que les Cours américaines se sentent obligées à les suivre. Ceci, comme je l'ai montré, est la doctrine du *droit civil* et une doctrine contraire à celle du droit anglais avec son insistance sur le besoin de certitude. C'est pourquoi je crois que, en ce qui concerne la doctrine fondamentale du précédent, la loi anglaise et la loi américaine sont parties dans des voies différentes » (48).

(48) Je signale comme particulièrement caractéristique d'appréciations portées, à la lumière de l'expérience, sur les mérites respectifs des méthodes française et anglaise de *law-making* judiciaire, l'article, publié dans 15 *American Bar Association Journal*, 11-13, sous le titre *Jurisprudence Constante and Stare Decisis contrasted*, par un juriste de pays de *common law*, qui a été appelé à appliquer un droit d'origine française, comme juge aux tribunaux mixtes d'Égypte, l'Hon. Robert L. Henry. En tête de son article, il en résume d'avance les conclusions en ces termes : « Comparatives simplicité, certitude et adaptabilité du *droit civil* dues aux codes et champ restreint de la jurisprudence constante — Complexité, confusion et rigidité du *common law* dues à son adhésion sans restriction à la doctrine du *stare decisis* ».

Dans le texte, il note que la doctrine anglaise du *stare decisis* est génératrice de confusion, « en donnant dans une même mesure son adhésion aux précédents bons, mauvais ou indifférents ». Sans doute, écrit-il plus loin, « des erreurs peuvent être commises dans les jugements sous le régime de la jurisprudence constante, les juges étant des hommes. Mais il n'y a pas de raison de répéter ces erreurs ». [Comme on le fait sous le régime du *stare decisis* anglais]. En *droit civil* ce ne sont pas des erreurs entrant dans la loi elle-même, mais des erreurs dans son application à des cas particuliers. La loi elle-même demeure simple et certaine. Sous le régime du *common law*, d'autre part, les erreurs s'accumulent de génération en génération et sont servilement suivies. D'innombrables distinctions et exceptions, dont beaucoup sont *sans raison d'être*, s'y insinuent. Des conflits (d'opinions) apparaissent sur beaucoup de points. Il y a complexité et confusion ».

« Le *common law* aussi, par le même processus qu'il est devenu complexe,

Je ne me porterai pas garant que soit appelée à se réaliser la prévision — émise par Goodhart, sans d'ailleurs la présenter comme une certitude — que la jurisprudence des Cours Américaines arrivera, tôt ou tard, à secouer complètement le joug du régime artificiel de fixation du droit judiciaire du type anglais, pour laisser, comme dans les pays de *droit civil*, leur libre jeu aux lois naturelles qui gouvernent la formation du droit judiciaire par l'action spontanée de l'exercice de leur juridiction par les Cours de justice. Mais il est d'autant plus plausible de penser que la méthode américaine d'élaboration du *law making* judiciaire finira par rejoindre celle du *droit civil* que cette dernière fait, de son côté, un mouvement dans le sens d'une accentuation et d'un élargissement constants de l'autorité du précédent judiciaire, qui épargnerait à la jurisprudence américaine la moitié de la route pour arriver à cette jonction.

La consolidation et l'accentuation progressives de l'autorité du cas jugé se manifestent, en France aussi bien qu'en Allemagne, par la croissance continue du nombre des arrêts dans lesquels la Cour de Cassation française ou le *Reichsgericht* citent et commentent leurs décisions antérieures pour en fixer la portée et réagir contre de fausses interprétations qui en ont été données par des cours subordonnées.

L'autorité *de fait* — qui seule s'attache au précédent judiciaire en pays de *droit civil* — présente une élasticité qui contraste avec la rigidité de l'autorité *de jure* du précédent an-

devenant rigide. C'est une erreur, d'autre part, de supposer, comme on le fait quelquefois, que les Codes rendent le droit rigide. C'est montrer le défaut de compréhension de ce qu'est un code. Ce n'est pas un *statute law*, mais un corps de *principes généraux* d'une si universelle applicabilité qu'il y a peu besoin de changements au cours du temps dans les principes eux-mêmes... Leur application aux détails de la vie se produit librement de génération en génération et est adaptable aux changements dans les circonstances et dans les idées sociales. Cette adaptation n'est pas empêchée par la *jurisprudence constante*, mais elle l'est par le *stare decisis*. Ce dernier, une fois son développement atteint, demeure inflexible.

Et l'auteur clôt son article en reproduisant ses affirmations du début, dans cette dernière phrase : « Ainsi c'est le *droit civil* qui est le plus simple, certain et adaptable, le *common law* le plus complexe, confus et rigide ». Dans la première partie de son article il avait tiré de ces constatations, la conclusion personnelle suivante. « Il est clair que la divergence d'attitudes quant aux précédents entre le *droit civil* et le *common law* est encore grande et qu'il est peu vraisemblable qu'elle diminue substantiellement d'ici longtemps. Et, si elle est destinée à disparaître, je nourris l'espoir que ce sera par un mouvement du *common law* dans la direction du *droit civil* plutôt que par un mouvement dans la direction opposée. »

glais. Elle se prête à une série illimitée de degrés d'efficacité. En Allemagne aussi bien qu'en France on exprime des vœux qui appartiennent depuis longtemps déjà au passé, quand on continue à répéter que cette autorité n'appartient qu'à la « jurisprudence constante » — c'est-à-dire à celle qui naît d'une chaîne ininterrompue de précédents. De plus en plus s'implante — dans l'esprit des juges aussi bien que des représentants des plaideurs, la conviction qu'un arrêt, même isolé, de la Cour de Cassation ou du *Reichsgericht* — le « précédent d'un cas unique » du Professeur Goodhart — participe, quand il n'en existe pas d'autres en sens contraire — à l'autorité de fait du cas jugé. De moins en moins nombreux sont les membres des juridictions subordonnées qui, en face de la solution donnée à un problème juridique — à un « cas de droit » — par cette décision de la Cour régulatrice de leur jurisprudence nationale, osent lui opposer leurs vœux personnelles, même les plus fermes et les plus réfléchies, du règlement à donner à ce cas de droit.

L'invocation de l'autorité du cas jugé tend même à prendre en pays de *droit civil* un caractère d'exclusivisme et une allure mécanique qui risquent de substituer à la croyance — dissipée par l'influence de l'œuvre de Gény — en l'aptitude de la législation à tout prévoir la croyance à cette même aptitude chez la jurisprudence. Tendances qui commencent à inquiéter quelques-uns de ceux qui ont été parmi les premiers à protester, dans les dernières années du XIX^e siècle, contre le dédain et l'ignorance volontaire que, pendant le cours de ce XIX^e siècle, la doctrine et l'enseignement du droit avaient marqué en France à l'égard des constructions de la jurisprudence.

J'ai exprimé à maintes reprises, au cours de ces dernières années, les craintes que m'inspirait, pour l'avenir de la science juridique française, la propagation en France, non seulement dans les cercles de praticiens du droit, mais aussi — ce qui est plus grave — dans ceux de la magistrature — de la méthode paresseuse de travail qu'on a appelée aux États-Unis — avec une juste pensée de réprobation — la « chasse aux précédents », et qui consiste, en présence de « cas non prévus » ou se présentant sous des nuances nouvelles, à chercher, dans la masse des précédents judiciaires, celui ou ceux qui, par leur apparence générale, semblent s'éloigner le moins du cas à

résoudre, pour y puiser automatiquement la solution à donner à ce dernier (49).

Et pourtant il serait difficile de me reprocher d'avoir méconnu ou sous-estimé le rôle et la valeur de la jurisprudence comme source du droit français. Car mes travaux de débutant dans la recherche scientifique — les deux seuls livres que j'aie publiés avant de passer au service du droit comparé — ont eu pour objet de démontrer ce rôle et cette valeur, encore trop méconnus, aux approches du moment où la grande œuvre de Gény sur les sources et la méthode d'interprétation du droit privé allait mettre en pleine lumière l'impuissance de la codification à créer, au profit de la législation, le monopole de l'élaboration du droit. L'un, datant de 1893 — *Le contrat en faveur de tiers* — cherchait à fournir une vue synthétique des réglementations, déjà touffues, que, sous le couvert d'un unique et bref article du Code civil français, l'article 1121, la jurisprudence avait donnée à des choses aussi disparates que les stipulations au profit de tiers, contenues dans les polices d'assurance sur la vie, ou les clauses insérées dans les concessions de services publics au profit des usagers des entreprises concessionnaires. L'autre, datant de 1895 — *De l'exhérédation et des legs au profit d'héritiers présomptifs* — traitait, dans sa majeure partie, une série de problèmes, soulevés par la combinaison de la succession testamentaire et de la succession *ab intestat*, que la codification napoléonienne n'avait pas prévus, et que la jurisprudence du XIX^e siècle avait dû résoudre par ses seules forces. Dans l'un comme dans l'autre, je suivais, depuis les temps médiévaux jusqu'aux avant-dernières années du XIX^e siècle, le développement évolutif de créations du droit judiciaire qui, établies par les Parlements de l'ancienne France, persistantes sous le flot législatif de la période révolutionnaire,

(49) Je crois, toutefois, n'avoir signalé pour la première fois, avec une insistance suffisante, qu'en 1926, les périls de la « chasse aux précédents », dans le travail sur *L'enseignement du droit comparé comme science sociale et comme science internationale*, que j'ai publié dans le tome 23 de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon*, dont il occupe environ les 120 premières pages et où je l'ai placé pour servir d'introduction à un ouvrage sur « *L'enseignement du droit en France et aux Etats-Unis*, écrit par Robert Valeur à la suite d'un séjour de plusieurs années dans les universités américaines, au cours desquelles il avait participé notamment à une enquête sur les orientations nouvelles de l'enseignement du droit, tant sur le continent européen qu'aux Etats-Unis, qu'avait organisée l'Ecole de Droit de Columbia University.

échappant à la table rase de la codification, — ont fourni le sol stable sur lequel s'étaient édifiées les constructions plus amples de la jurisprudence moderne.

En ce qui concerne les limites à assigner à l'autorité de fait de la jurisprudence — à l'étendue et à la durée de cette autorité — il m'arrive ce qui arrive souvent à des militants de la première heure, qui, après avoir eu la satisfaction d'assister au triomphe, devenu indiscutable de la cause pour laquelle ils ont combattu, voient avec regret les ralliés de la dernière heure tirer de ce triomphe des effets profitables pour eux — dans l'espèce pour leur paresse — mais de nature à éveiller des doutes sur la légitimité de cette cause. C'est ce qui m'a poussé, depuis quelques années, à protester non pas seulement contre la « chasse au précédent », mais aussi contre la pénétration en France d'une tendance à attribuer aux règles depuis longtemps assises de la jurisprudence, du chef même de leur ancienneté, une immutabilité et une rigidité telles que, dans certains rayons du droit judiciaire français, la Cour de Cassation a été amenée, par là, à se refuser indéfiniment à abandonner ou même à tempérer des règles de sa jurisprudence, que la comparaison avec les législations récentes des autres pays fait apparaître comme devenues anachroniques et trop brutales.

Sans doute l'ensemble des contributions à *L'Introduction à l'étude du droit comparé* montre qu'il existe d'autres rayons du droit judiciaire français — qui sont probablement les plus nombreux — où la jurisprudence de notre Cour de Cassation, aussi bien que celle du *Reichsgericht*, ont réussi à plier successivement leurs règles aux transformations se produisant dans la structure du milieu social et économique qu'elles régissent. C'est ce qui ressort notamment des développements consacrés, dans les contributions rangées sous les nos 37, 69, 102, 145, à l'importante branche du droit privé qu'est la matière de la responsabilité délictuelle ou des *torts*. Comme l'ont fait remarquer quelques-unes de ces contributions, c'était là un terrain exceptionnellement propice à une confrontation entre le *judge-made-law* anglais et la jurisprudence des pays de *droit civil*, au double point de vue des méthodes employées et des résultats obtenus, parce que, même dans les corps de droit

latin, ses règles — en dépit de leur rattachement officiel à de courts articles des codes — dans leur forme actuelle — comme le fait remarquer pour la France la contribution (n° 37) du professeur Savatier — sont d'une provenance presque entièrement judiciaire que celles de la matière des *torts* dans le *common law* anglo-saxon. Il résulte évidemment de l'attentive comparaison à laquelle F. Parker Walton, dans sa contribution (n° 69) a soumis les réglementations données à cette branche du droit par la jurisprudence anglaise et par la jurisprudence française, que la seconde a montré beaucoup plus d'aptitude et de hardiesse que la première à adapter ses règles anciennes sur la matière aux besoins des temps présents.

Mais, si les volumes de la dite *Introduction* avaient été destinés à être offerts en cadeau de jubilé à un autre que moi, et j'avais été admis à y collaborer, au lieu de n'être convié qu'à les lire, j'aurais pu signaler des revers à la médaille. Un exemple de champ du droit privé où la comparaison du *judge-made-law* anglais et de la jurisprudence française aboutit, avec non moins d'évidence, à la conclusion inverse — c'est-à-dire à la constatation d'une éclatante supériorité de la réglementation anglaise sur la réglementation française — m'aurait été fourni par une matière sur laquelle mon attention avait été attirée vers 1925 par la lecture, sur le manuscrit, du livre précité de Sanhoury Bey, qui est devenu 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*. Ce chapitre de la théorie anglo-saxonne des *restraints of trade*, — auquel on donne plus volontiers en Allemagne, et en général en France, le nom de *clauses de non-concurrence* — apparaît quand on l'envisage dans la réglementation qu'il a reçue en France — (on ne peut plus le dire pour l'Allemagne, la Suisse ou la Belgique) de formation aussi exclusivement jurisprudentielle qu'en Angleterre.

Le tempérament apporté en 1894 par la Chambre des Lords au dogme de l'immutabilité du précédent judiciaire en faveur des règles de police publique, le renversement par elle de la règle de fer, datant d'un arrêt de 1711, et son remplacement par le standard de caractère raisonnable, ont permis à la ju-

risprudence anglaise — comme je l'ai antérieurement constaté, en renvoyant pour la justification à l'ouvrage très documenté de Sanhoury — de donner à celles des clauses de non-concurrence qui figurent dans les contrats de louage de services une réglementation souple et nuancée, qui est en harmonie avec les législations les plus récentes des autres pays. La Cour de Cassation française, au contraire, quand la décision de la Chambre des Lords sur le cas Nordenfelt, par lequel avait été réalisé ce renversement de jurisprudence, est venue devant elle pour exequatur⁽⁵⁰⁾, a déclaré rester fidèle à une jurisprudence qu'elle avait établie par une chaîne ininterrompue de précédents remontant jusqu'au milieu du XIX^e siècle — et qui reposait sur une distinction analogue à celle des règles anglaises abrogées : distinction validant ou annulant les clauses de non-concurrence selon qu'elles sont partielles ou qu'elles sont générales et absolues — c'est-à-dire « illimitées à la fois quant au temps et quant au lieu ». En appliquant indistinctement cette distinction aux cessions de fonds de commerce — où les clauses de non-concurrence sont la contrepartie naturelle du prix obtenu par le cédant — et aux contrats de louage de services — où elles ont trop fréquemment pour but de paralyser la liberté pour l'employé de quitter l'employeur, même après l'expiration du terme de son engagement — la Cour de Cassation aujourd'hui encore est conduite à imposer à des employés des clauses de non-concurrence d'une durée ou d'une étendue quant aux lieux ou aux catégories de commerces ou de travaux auxquelles elles s'appliquent qu'aucune des législations écrites récentes ne tolère plus.

Encore a-t-il fallu pour permettre aux cours subordonnées d'écarter des conséquences de l'application mécanique de cette distinction — qui aboutiraient à empêcher d'une façon trop prolongée l'employé de gagner sa vie par l'exercice des seules aptitudes professionnelles qu'il possède — que la Cour de cassation fasse de la détermination du caractère limité ou général de la clause de non-concurrence une question de fait, échappant à son contrôle.

J'aurais pu aussi relever dans la jurisprudence française —

(50) Cassation, Chambre civile, 13 juillet 1900. Dalloz, P. 1901, 1, 294.

quoique en beaucoup moins grand nombre que dans la jurisprudence anglaise — bien d'autres éléments qui apparaissent comme des survivances de stades dépassés de l'évolution de l'organisation sociale. Leur persistance provient d'un souci d'économie d'efforts qui pousse les membres des cours de justice à se dispenser indéfiniment de reprendre l'examen de « cas de droit » tranchés depuis de très longues années par leurs prédécesseurs, sans se demander si les raisons, qui ont motivé les « expositions de la loi » données par ces prédécesseurs, subsistent toujours. L'immuabilité et la rigidité imprimées à ces règles jurisprudentielles archaïques sont dues à une autre cause mise en lumière dans sa contribution (n° 31) à *l'Introduction à l'étude du droit comparé*, par un des écrivains qui ont pénétré le plus à fond dans les réalités du droit vivant, le juriconsulte et sociologue belge Georges Cornil. C'est la précaution prise par les juges, de son pays aussi bien que du mien — qui mettent en œuvre la même codification du droit civil — d'éviter la responsabilité personnelle des opinions émises par eux en attribuant cette responsabilité au législateur par l'insertion, en tête de leurs exposés de motifs, de références à des articles de cette codification ou des lois complémentaires qui sont souvent sans aucun rapport réel avec la décision rendue.

Les cours suprêmes continentales, constate Cornil, considèrent la violation par un tribunal inférieur des règles jurisprudentielles, posées par elles comme une erreur de droit, au même titre que la non-application ou la fausse application d'une norme de la loi, « bien qu'elles prennent la précaution d'enrober la cassation dans des motifs présentés comme tirés de la loi elle-même. Par là le droit jurisprudentiel acquiert, en fait, une très grande rigidité. Il arrive même qu'il faut faire marcher la machine législative pour modifier une jurisprudence erronée. Car édicter une loi est parfois plus facile que de faire revenir une Cour Suprême sur une opinion émise dans un arrêt que, pour en imposer le respect aux autres, elle doit être la première à considérer comme tabou. »

Le désir chez les cours de justice des divers pays de *droit civil* de rapprocher, quant à son action effective, l'autorité de fait, déjà conquise par leur jurisprudence, de l'autorité légale reconnue aux précédents des cours de *record* anglaises, leur

fait ainsi imprimer des déviations au fonctionnement normal de la méthode d'élaboration du droit judiciaire que les auteurs du *Plaidoyer pour le droit civil de la Louisiane* appellent à juste titre « la doctrine de la jurisprudence constante », pour l'opposer à celle du *judge-made-law* anglais. Et ces déviations aboutissent à rapprocher cette doctrine de la jurisprudence constante de la doctrine anglaise — à laquelle on l'oppose — en y faisant pénétrer l'une des directives de cette dernière qui en constitue, en même temps que l'élément peut-être le plus caractéristique, l'élément qui est certainement le moins digne d'imitation.

Il semble bien que le jugement que je porte sur cet élément soit aussi celui d'un expert anglais, tel que Goodhardt — qui est également versé dans l'étude de la « jurisprudence » au sens anglais du mot, ou de la philosophie du droit, et dans celle du droit positif de son pays — à en juger par le ton sur lequel il parle, dans le passage précité de son article de *Cornell Law Quarterly*, de l'« insistance » de la doctrine anglaise du *stare decisis* sur le besoin de certitude. « Insistance » et « certitude » sont, sans doute, des euphémismes. Ce n'est pas une simple certitude, une certitude sans épithète, que poursuit cette doctrine; c'est la certitude idéale, celle dont le contenu reste indéfiniment le même; c'est l'immobilité et la rigidité des règles du *case law*. Et ce n'est pas seulement de l'insistance qu'elle apporte à la poursuivre. Elle la poursuit, sinon exclusivement, au moins avec la volonté de la faire passer avant tout autre besoin des justiciables, notamment avant leur besoin que le droit qui les régit soit adapté aux exigences du temps et du milieu dans lesquels ils vivent. C'est parce que le besoin de sécurité dans les relations juridiques et le besoin que le droit évolue, pour se plier aux transformations successives de l'ordre économique et politique de la société à laquelle il s'applique, sont des besoins également impérieux — et des besoins contradictoires — qu'il n'est pas possible de sacrifier impunément l'un à l'autre et que tout corps de droit, qui s'obstine à poursuivre une sécurité absolue des relations juridiques, par l'immobilisation indéfinie de ses règles, se condamne à faire place tôt ou tard à un droit en harmonie avec les exigences des temps nouveaux — ou au moins à voir

un droit plus souple entrer en lutte avec lui et réussir finalement à paralyser l'application de ses règles.

C'est peut-être là le plus clair des enseignements que nous puissions tirer de l'étude de celles des branches de l'histoire générale du droit qui nous sont le plus familières — parce que constituant les sources d'où sont sorties les deux grandes cultures juridiques que sont le *droit civil* et le *common law* — l'histoire du droit romain et l'histoire du droit anglais.

Le plus ancien corps de droit romain, le *jus civile*, a été par ses origines religieuses — la révélation du droit par le collège des pontifes — conduit à résoudre le conflit entre le besoin de certitude et le besoin d'adaptabilité du droit au profit exclusif de la première de ces catégories antagonistes d'intérêts. Ses règles ont été conçues comme destinées à s'appliquer indéfiniment et d'une façon automatique toutes les fois que le cas visé par elles viendrait à se présenter. Et ces caractères d'immobilité et d'inflexibilité des dispositions du *jus civile* se sont transmis de la coutume religieuse à la coutume laïcisée. De la multiplication de ces règles, de leur fécondation par l'*interpretatio juris* sacerdotale, puis par les *responsa* des jurisconsultes laïques, est né un corps de droit strict gardant la même rigidité hiératique que ses éléments constitutifs. Au moment où la vieille cité italique, en étendant largement ses frontières, est passée d'une économie agricole à un régime d'économie commerciale et industrielle, le *jus civile* romain était parvenu à dégager la réglementation juridique nécessaire à la stabilisation du petit nombre de rapports de droit que comporte la vie familiale et sociale d'une population d'agriculteurs. Par la rigidité et la perpétuité de ses commandements, il promettait à ses justiciables la sécurité la plus complète et la plus durable de leurs transactions juridiques. Promesses illusoire. En se refusant, pour les tenir, à plier ses principes aux transformations économiques survenues dans la société romaine des deux derniers siècles républicains, il a condamné une partie, de plus en plus large, de ses règles à sortir de l'usage et à céder la place dans l'application judiciaire à un corps de droit plus équitable, le droit prétorien, dont les constructions juridiques n'ont jamais cessé d'évoluer et de se diversifier pendant ses trois siècles de prépondérance.

Puis le moment est venu où le droit prétorien, à son tour, a

poursuivi la chimère de la stabilité absolue du droit et s'est immobilisé par la codification de l'Edit des Préteurs, provoquant ainsi la formation d'une troisième couche d'institutions juridiques par la jurisprudence classique. Et, quand cette jurisprudence est devenue elle aussi inféconde, quand les jurisconsultes au cours du quatrième siècle se sont bornés à résumer ou commenter les vues de leurs prédécesseurs, son héritage a été recueilli par la législation impériale qui, de son côté, s'est revivifiée d'âge en âge par l'incorporation d'éléments nouveaux et l'élimination d'éléments vieillis tant qu'a duré l'empire romain. La marche générale des institutions de Rome nous montre donc qu'en cherchant à atteindre par l'immuabilité et l'inflexibilité de la règle de droit la sécurité absolue des relations juridiques, on n'obtient d'autre résultat que de sacrifier ou de restreindre la sécurité compatible avec les nécessités de l'adaptation du droit aux formes successives de l'organisation sociale et, qu'en voulant fixer ou stéréotyper le système juridique existant on le condamne à s'effacer peu à peu devant des systèmes plus évolués, dont les procédés obliques de développement ne favorisent ni la précision ni la certitude du droit.

L'histoire du droit anglais confirme cet enseignement de l'histoire du droit romain. Dès la fin du XIII^e siècle, la jurisprudence des Cours du Roi a développé en Angleterre un ensemble de règles assez rigide et homogène pour barrer finalement la route à la réception du droit romain. Pendant les XIV^e et XV^e siècles, la masse des « cas de loi », dégagés par le travail de cette jurisprudence, est devenue assez touffue pour permettre, au début du XVI^e siècle, à l'auteur du plus célèbre des *Abridgements*, Fitzherbert, de donner un tableau des règles ou précédents du droit judiciaire anglais aussi compréhensif — sinon aussi méthodique — qu'aucun de ceux qui aient pu être tracés de la jurisprudence romaine à l'époque de son apogée. La diffusion de ces précédents par la voie de l'impression, et l'accentuation donnée par là à leur autorité pratique, ont fait prendre au *common law* anglais une rigidité et une stabilité au moins égales à celle du vieux droit civil romain.

Si cette attitude du droit judiciaire anglais — en dépit des cautèles, des fictions, des expédients ou *devices*, des ruses pro-

cédurales de toutes sortes qu'elle a fait naître — a pu renforcer momentanément la sécurité des relations juridiques, c'est en lui imposant des sacrifices beaucoup plus grands pour l'avenir. Les plaideurs lésés par les injustices du *common law* — ou par ses duretés pour reprendre le terme familier aux textes judiciaires anglais — se sont adressés au chancelier pour lui demander protection contre elles. Interventions qui n'ont été d'abord que matières de grâce ou de faveur, qu'exercice d'un pouvoir complètement discrétionnaire, dont les manifestations — selon l'expression imagée de Selden — variaient avec la longueur du pied du chancelier. Avec les XVII^e et XVIII^e siècles, elles se sont régularisées, ont entraîné l'apparition des cours de chancellerie à côté des cours administrant le droit strict et en lutte avec elles, et ont finalement abouti au dédoublement du droit anglais en deux corps de doctrines, le *common law* et l'*equity*, aussi distincts et aussi opposés d'humeur que l'étaient, à Rome, le *jus civile* et le droit prétorien. Et ce dédoublement a contribué à faire du droit anglais, au XVIII^e siècle, et pendant la majeure partie du XIX^e, un droit particulièrement obscur et hérissé de pièges procéduraux, par là même assez mal armé pour la défense efficace de la sécurité des relations juridiques.

L'*équité* anglaise a, d'ailleurs, assez vite perdu sa souplesse et son adaptabilité. De grands légistes Chanceliers ont mis l'ordre dans cette jurisprudence. Les juges de chancellerie, en appliquant à la mise en œuvre de leurs principes les méthodes utilisées pour l'interprétation du *common law* et en faisant pénétrer dans l'*equity* le mécanisme de l'autorité du précédent, en ont immobilisé les doctrines. L'*équité*, en cessant de se renouveler, est devenue, comme le *common law*, génératrice d'injustices ou de duretés. Un développement plus intense du *statute law* a été nécessaire pour y remédier. Et, une fois de plus, on a constaté en Angleterre que les garanties données par l'immutabilité et la rigidité des règles du droit à la stabilité des relations juridiques sont des garanties éphémères et qui ne tardent pas à se retourner contre elle.

La même expérience a été renouvelée en France au cours des temps qui nous séparent de celui où y a été opérée la codification du droit privé. A la suite de cette codification s'est implantée dans les cercles juridiques français la croyance —

qui ne s'est que progressivement effacée dans la fin du XIX^e siècle et n'a été complètement dissipée que par l'œuvre de Gény — en ce que celui-ci a appelé la « plénitude logique de la législation ». On n'imaginait point qu'il put s'élever désormais des problèmes juridiques qui ne soient pas tranchés d'avance par l'application d'un des principes contenus dans les codes ou par l'un de leurs corollaires ou par le jeu combiné de quelques-uns d'entre eux. On est arrivé enfin, pensait-on, à réaliser la sécurité absolue des relations juridiques. Car le statut légal de chacun des types de rapports juridiques existants ou futurs est soit établi directement dans les codes, soit susceptible d'en être dégagé avec certitude par le travail de l'interprétation judiciaire.

Sans doute des transformations, actuellement imprévisibles, du milieu social pourront obliger à retoucher plus tard quelques-uns de ces statuts. Mais ces retouches ne seront opérées que par le législateur, et l'intervention du principe de la non-rétroactivité des lois suffira à empêcher qu'elles puissent causer des surprises et des déceptions à ceux qui ont agi ou traité sous l'empire de la législation antérieure.

Cette foi en l'avènement — par la grâce de la codification — d'une ère de stabilité parfaite des transactions juridiques a rayonné alors de la France sur la majeure partie du monde. Elle s'est même communiquée à des Anglais, comme Jérémie Bentham, et à des Américains, comme Edward Livingstone. Et la lecture des revues juridiques américaines me montre qu'on rencontre encore, à l'heure présente, aux Etats-Unis, de nombreux juristes qui, pour combattre les aspirations à la codification — qui recommencent à se faire jour, — comme dans la première moitié du XIX^e siècle, quoique dans des groupes beaucoup plus restreints de la profession du droit — invoquent cette même conviction que la codification entraîne naturellement l'immobilisation du droit, et l'empêche de continuer à s'alimenter d'éléments nouveaux par la voie d'un *judge made law* — conviction qui avait contribué à pousser Edward Livingstone à se faire à New-York l'apôtre et en Louisiane le réalisateur de la codification.

Quels ont été les résultats de cette expérience ? Tout d'abord un éloignement progressif entre une doctrine, qui s'obstinait à interpréter les textes des codifications en s'en te-

nant à leur lettre morte ou à la lumière de déclarations d'intentions tirées de leurs travaux préparatoires, et une jurisprudence qui les appliquait avec le souci de les adapter aux besoins sociaux de son temps et de ne pas commettre de trop flagrantes injustices. Puis l'inefficacité croissante d'une doctrine qui, par excès d'attachement aux enseignements des législateurs de 1804, a perdu le contact du droit vivant et dont les solutions, en se heurtant à des pratiques judiciaires contraires, sont trop souvent devenues aussi irréelles que l'avaient été les doctrines du *jus civile* ou du *common law*, en présence de volontés contraires du droit prétorien ou de l'*equity*.

Enfin le conflit entre l'enseignement de l'école et celui du tribunal a été pratiquement résolu par l'abdication de la doctrine, qui a dû délaier les controverses périmées pour faire place, de plus en plus, à l'observation des mouvements de la pratique judiciaire. Ceux des professeurs, qui ne l'ont pas fait spontanément, ont dû s'y résigner pour retenir leur clientèle d'auditeurs, comme j'ai pu m'en rendre compte au moment où j'ai commencé, vers 1885, à suivre l'enseignement de la Faculté de droit de Paris. Alors que l'on avait peine à trouver place sur les gradins des amphithéâtres où des maîtres — tels que Charles Beudant et Bufnoir — présentaient déjà aux étudiants un exposé synthétique des grandes lignes du droit civil, en y combinant l'apport de la jurisprudence avec celui de la doctrine, je ne rencontrais plus qu'un auditoire, déjà squelettique dès le début — mais qui devenait encore plus clairsemé à mesure que l'année s'avancait — au cours du doyen, qui continuait à enseigner le « code civil », en présentant successivement chacun des articles de cette œuvre pour énumérer les controverses doctrinales soulevées par chacun de ses termes, sans faire place à l'analyse des prolongements que la jurisprudence avait apportés ou des interprétations qu'elle avait données à ces dispositions du législateur. Et les mêmes besoins de la clientèle de lecteurs ont entraîné, avec la fin du XIX^e siècle, le même changement d'orientation dans notre littérature de manuels et de traités de droit civil français. Ceux qui donnent aujourd'hui le ton à l'enseignement font une large place à la jurisprudence qui, visiblement, est appelée à fournir, dans l'avenir, sa base principale au travail de classification et de synthèse de la science juridique.

J'ai déjà signalé précédemment que la jurisprudence française, ainsi reconnue par la doctrine elle-même, comme l'une des sources essentielles du droit français, se laisse amener, par l'entraînement de cette victoire, à la conduire à des conséquences qui n'ont plus la même légitimité. J'ai indiqué comment, en faisant dévier une autorité naturelle de fait vers une autorité artificielle de droit elle arrive aisément à prêter à ses règles — surtout quand elles reposent sur une longue chaîne de précédents — la même permanence qu'aux dispositions de textes législatifs qui, par leur nature, ne sont susceptibles d'être abrogés ou modifiés que par la même voie législative. Et j'ai noté que cela avait fortifié et exagéré sa répugnance à abandonner ou assouplir ces règles, même dans les cas où ce serait nécessaire pour maintenir à l'administration de la justice un esprit d'équité.

En imprimant ainsi une stabilité trop prolongée et une rigidité excessive aux éléments vieillis de la masse de constructions juridiques que, pendant le XIX^e siècle, elle avait édifiés, aussi bien dans la marge des codes que sur les terrains délaissés par eux, la jurisprudence a créé un obstacle à l'accommodation des parties anciennes du droit français à l'impulsion nouvelle donnée à la vie juridique du XX^e siècle par le passage à son premier plan d'un droit du travail et de l'industrie, en harmonie avec une économie dirigée. Obstacle d'autant plus grave qu'il a été dressé par l'autorité chargée de l'application concrète du droit. Obstacle qui nécessite l'intervention, pour le combattre, de trop nombreuses et trop hâtives lois d'expédient.

La conscience de ces inconvénients d'une élaboration judiciaire du droit, basée sur des traditions trop anciennes et trop rigides, a contribué, sans doute, à pousser la Cour de cassation à soustraire à son action régulatrice des matières — de plus en plus nombreuses — qui, par l'importance de leurs sous-structure économique, par la complexité, la diversité et la mobilité de leurs données sociales, répugnent trop évidemment à supporter une réglementation mécanique et sans nuances. Elle a été amenée par là à abandonner à l'appréciation souveraine des juges du fait d'importantes catégories de problèmes qui sont traités comme des problèmes de droit par les jurisprudences voisines et leur ont parfois fourni — c'est

le cas des problèmes traités dans le livre précité de Sanhoury — quelques-unes de leurs plus fécondes réalisations.

Le développement du jugement en fait au détriment du jugement en droit est peut-être le trait le plus saillant de notre pratique judiciaire actuelle. Et ce n'est certes pas l'un de ses traits les plus recommandables. Car il aboutit à livrer les plaideurs à une discrétion du juge d'autant plus inquiétante qu'elle n'est soumise dans son exercice au contrôle d'aucune autorité supérieure. Il entretient et exaspère chez le justiciable le sentiment — déjà si prompt, par ailleurs, à s'éveiller — que l'issue de son procès dépend de la mentalité du juge, de ses convictions, de l'influence de son environnement, de ses impressions d'audience, de la façon sous laquelle la cause est présentée et plaidée. Par désespérance d'atteindre la sécurité idéale qu'on rêvait d'assurer aux relations juridiques — et pour éviter de les réduire ouvertement à la sécurité limitée que comporte une administration équitable et nuancée de la loi — on arrive ainsi à les soumettre à la pire des insécurités, celle qui résulte de l'arbitraire illimité et incontrôlé du juge.

Les mêmes protestations contre l'inclination de la jurisprudence à se rapprocher du concept du *stare decisis* propre au droit anglais, en lui empruntant sa notion de l'immutabilité de l'*authoritative precedent*, se sont fait entendre aujourd'hui aux Etats-Unis dans les sphères supérieures de la judicature fédérale aussi bien que dans celles de l'enseignement du droit. Du côté de l'enseignement et de la littérature juridiques, elles ont été exprimées notamment par les deux hommes de ma génération dont les œuvres sont le plus universellement reconnues comme des étoiles de première grandeur de la science juridique américaine, aussi bien que de la science juridique mondiale : les doyens honoraires Roscoe Pound et John H. Wigmore.

Roscoe Pound a, dans un grand nombre d'articles parus dans *Harvard Law Review* ou éparpillés dans nombre d'autres périodiques, critiqué les décisions judiciaires qui s'étaient opposées par l'invocation de règles judiciaires surannées, à l'application de mesures de protection légale des travailleurs aujourd'hui acclimatées dans l'ensemble de la communauté internationale. Il y a mis en lumière le rôle qui revient à des standards juridiques souples, en face des règles rigides de

droit, dans une administration judicieuse et équitable de la justice. Il y a opposé à une interprétation mécanique du droit une jurisprudence de science sociale ou — pour reprendre le terme employé dans de saisissantes « lectures » données par lui en Angleterre — de *social engineering*.

Quant à John H. Wigmore, qui a doublé son magistral traité du droit des preuves d'un non moins remarquable livre sur la psychologie et la critique scientifique du témoignage en justice, il a été — il est toujours — aux Etats-Unis l'infatigable et agissant apôtre du droit comparé. C'est grâce à lui et sous sa direction, qu'un des organes de l'*American Bar Association* a depuis longtemps facilité aux juristes américains l'accès de la littérature juridique des principaux pays européens par des séries de volumes donnant une traduction anglaise, tantôt d'œuvres maîtresses de cette littérature, tantôt de morceaux choisis de ces œuvres. C'est à ses efforts qu'a été due la large participation américaine au Congrès International de Droit Comparé de 1932 et il a été l'un des animateurs de ce congrès. C'est d'une propagande pour le développement de l'étude du droit comparé, faite par lui dans une série de conférences données dans un grand nombre d'universités américaines, qu'il a tiré la vue d'ensemble des principaux systèmes juridiques du passé, aussi bien que du temps présent, contenue dans son *Panorama of legal systems*. La domination de l'histoire comparative du droit aussi bien que de la jurisprudence comparative contemporaine ne lui permettait pas d'avoir des doutes sur la valeur et les effets de la conception anglaise du *stare decisis*. Ce n'est pas la première fois que je cite ce passage de ses *Problems of the Law* qui me semble frappé comme un slogan pour la circulation de livre en livre.

« Le *stare decisis* comme dogme absolu me semble un fétiche irréel... Nous avons tous les inconvénients de l'incertitude, que le *stare decisis* est censé éviter, et aussi tous les inconvénients du ramassis d'antiquités légales que le *stare decisis* avoue impliquer : le gouvernement du vivant par le mort, comme Herbert Spencer l'a appelé ».

Plus significatives encore sont les protestations venues de juges de la Cour Suprême des Etats-Unis, parce qu'émanant d'hommes qui participaient à l'élaboration du droit judiciai-

re, et parce qu'elles étaient formulées surtout par deux des membres de la Cour — Oliver W. Holmes et Louis D. Brandeis — qui ont conquis, en même temps que le plus de popularité près du public, le plus de prestige près des représentants de la science du droit. Holmes et Brandeis les ont renouvelées avec une tenace fréquence en opposant, dans leurs *dissents*, aux vues d'une majorité — décidée à s'en tenir aveuglément à l'autorité des précédents — leurs vues personnelles sur les réalités du droit vivant : vues qui, souvent, n'ont pas tardé à devenir celles de nouvelles majorités, et ont ainsi annoncé les positions sur lesquelles se fixerait définitivement le droit judiciaire américain. Dans l'un de ses *dissents*, Holmes a résumé ses protestations en une formule qui, elle, est déjà devenue un slogan, en reprochant à la majorité de la Cour de prêter aux précédents judiciaires « l'immutabilité des lois des Mèdes et des Perses ».

Et Brandeis a fourni les meilleures illustrations qu'on puisse présenter aux étudiants en droit — je me suis servi de ces illustrations à une époque où j'expérimentais la méthode du cas comme instrument d'initiation à l'étude du droit comparé — pour leur faire comprendre le fonctionnement respectif de la méthode mécanique d'interprétation du droit et d'une méthode de science sociale. Dans chacun des cas où ses *dissents* sont intervenus à l'occasion de problèmes du droit du travail, ou de droit économique, cette illustration découle, sans qu'il soit besoin de commentaires, du rapprochement entre une opinion de la majorité — fondée principalement, sinon exclusivement, sur une revue et un pesage des précédents judiciaires invocables en l'espèce — et l'opinion de Brandeis — fondée, d'une part, sur l'exploration des données économiques et sociales du cas, et, d'autre part, sur l'étude attentive des solutions successivement données au problème, tant par les législations étrangères que par celles des divers Etats de l'Union.

Ce jugement réfléchi d'éminents juristes américains, qui sont arrivés à la plus haute et la plus incontestée réputation, en tant que représentants de la science du droit envisagée comme science sociale et comme science internationale, est encore la meilleure raison que j'aie d'espérer que la prophétie du professeur Goodhart finira par se réaliser et que le jour

viendra où le mécanisme américain du *judge-made-law* rejoindra celui de la jurisprudence française, redevenue plus étroitement fidèle à ses origines et à la définition qu'avec Goodhart, les auteurs du *Plaidoyer pour le droit civil de la Louisiane*, et tant d'autres, j'en ai souvent donnée (51).

Mais, si cette prophétie est appelée à se réaliser, ce ne sera certainement pas dans le proche avenir. Car les membres actuels de la Cour Suprême des Etats-Unis restent aussi unanimement résolus que leurs prédécesseurs à maintenir leur conception du *stare decisis* sur une position beaucoup plus proche de celle du *stare decisis* anglais que de celle du *stare decisis* du droit civil. Les divergences de vues qui, en cette matière, surgissent de temps à autre entre des majorités de la Cour et des juges dissidents ne visent que des tempéraments que les membres de la minorité, ou le juge qui fait cavalier seul, estimeraient opportun d'apporter exceptionnellement au jeu du *law-making* judiciaire, et ne tendent aucunement à remettre en question l'ajustement habituel de ce jeu. Ceux-là même des *dissents*, préconisant l'abandon ou l'adoucissement de solutions judiciaires de « cas de loi » considérées comme survivant à leurs raisons d'être — qui avaient valu aux juges Holmes et Brandeis le prestige dont ils jouissaient dans les milieux trade-unionistes et dans la partie de l'opinion publique qui se préoccupait d'obtenir une défense contre les activités monopolisatrices des coalitions du capital — n'ont été dirigés que contre des *rulings*, émis par la Cour Suprême Fédérale dans des matières de législation ouvrière ou de législation économique. Or ce sont là matières qui rentrent au plus haut chef dans ce cercle des règles de « police publique », pour lequel nous avons constaté, dans le chapitre V du présent article, que la Chambre des Lords elle-même admettait, depuis 1894, la possibilité de dérogations à la perpétuité et à la rigidité de l'*authoritative precedent*. De sorte qu'il s'agit là d'une soupape de sûreté commune à l'espèce originaire anglaise de

(51) Je l'ai donnée dès 1903, dans ma *Fonction du droit civil comparé* où je notais aussi, aux pages 199-200, que le droit américain avait subi à cet égard une évolution en sens inverse de celle du droit écossais, qui est parti de la méthode continentale d'élaboration judiciaire du droit — encore exposée, au milieu du XVIII^e siècle, par Erskine : *Principles of the law of England* ; livre I, titre 1, p. 16-17 — pour évoluer depuis de plus en plus franchement vers la notion spécifiquement anglaise de l'autorité du cas.

droit judiciaire et à la variété qui en est dérivée par l'acclimatation sur le sol américain : la seconde ne se différenciant de la première que par une plus large utilisation de cet instrument d'adoucissement de la brutalité mécanique de leur fonctionnement commun.

Qu'on ne se trompe donc pas sur la signification du rapprochement que je viens de faire entre les vues, affirmations ou formules, émises à ce sujet, d'une part, par des universitaires et des écrivains, comme Pound et Wigmore, qui cherchent à orienter l'enseignement et la littérature juridiques dans des directions de science sociale et de science universaliste, et, d'autre part, par des membres de la Cour Suprême, tels que l'ont été les juges Holmes et Brandeis. Ces deux groupes de vues, affirmations et formules ne se meuvent pas dans la même sphère de la pensée juridique. Elles se rattachent à des degrés fort distants l'un de l'autre, de l'esprit d'indépendance et de la volonté de libre examen critique à l'égard de la doctrine anglaise de l'autorité du précédent judiciaire. Alors que Pound et Wigmore s'attaquent au principe même de cette doctrine, pour en faire ressortir l'impuissance à atteindre les buts visés par elle, Holmes et Brandeis lui restaient tout aussi attachés que leurs collègues, comme directive générale de leur comportement judiciaire, et n'étaient séparés d'eux que par la conviction, très justifiée, qu'ils travailleraient plus efficacement à en assurer la persistance, en éliminant certaines applications antérieures de cette doctrine que leur allure d'archaïsmes avait rendues trop opposées au sentiment de l'équité implanté dans la majeure partie de l'opinion publique.

Même si le *stare decisis* américain venait à se libérer du sillage du *stare decisis* anglais pour rejoindre celui de la *jurisprudence constante*, ce changement d'orientation ne réaliserait plus, en ce moment, les espoirs que je fondais sur lui en 1919. Sous le régime d'étroite autarcie juridique où la décision du cas *Erie Railroad* a placé chacun des 48 Etats de l'Union, il ne serait plus possible à la branche américaine du *common law* de profiter, pour sa marche de progression, des nouvelles facilités d'utilisation du travail collectif de l'ensemble des jurisprudences étrangères, que lui ouvrirait cet assouplissement de son *law making* judiciaire. Car l'aliment dont, sous les dénominations de « jurisprudence générale » et de « droit com-

mercial général », la Cour Suprême des Etats-Unis, depuis 1938, interdit aux Cours fédérales subordonnées, et s'interdit à elle-même l'emploi, n'est pas autre chose que le produit de ce travail collectif : la jurisprudence comparative.

Les espérances que j'avais exprimées dans mon étude de 1919 ne pourront renaître qu'avec une renaissance du *common law* fédéral ou national. Mais je suis fermement convaincu, que, sans être très proche, cette renaissance ne se fera pas indéfiniment attendre. J'exposerai les motifs de cette conviction dans la conclusion d'un second article, où je retracerai l'histoire de la première existence de la doctrine de *Swift v. Tyson*, et dresserai l'inventaire des forces de cohésion nationale sous l'action desquelles je crois que cette doctrine est nécessairement appelée à renaître sous une forme et avec une vitalité rajeunies.

Edouard LAMBERT.