

CLAUDE DU PASQUIER

ANCIEN PROFESSEUR AUX UNIVERSITÉS DE
NEUCHÂTEL ET DE GENÈVE

Introduction
à la théorie générale
et à la philosophie
du Droit

DELACHAUX & NIESTLÉ

DIJON 8800686

INTRODUCTION A LA THÉORIE GÉNÉRALE
ET A LA PHILOSOPHIE DU DROIT

16° F

5623

1000000000

INTRODUCTION A LA THEORIE GENERALE

DE LA MECHANIQUE QUANTIQUE

1805102

CLAUDE DU PASQUIER

34

ANCIEN PROFESSEUR AUX UNIVERSITÉS DE
NEUCHÂTEL ET DE GENÈVE

Introduction
à la théorie générale
et à la philosophie
du Droit

sixième édition



DELACHAUX ET NIESTLÉ, ÉDITEURS, NEUCHÂTEL - PARIS

ISBN : 2-603-00652-5

Cet ouvrage ne peut être reproduit, même partiellement ou sous quelque forme que ce soit (photocopie, décalque, microfilm, duplicateur ou tout autre procédé), sans une autorisation écrite de l'éditeur.

© Delachaux & Niestlé S.A., D. Perret, éditeur, Neuchâtel (Switzerland) — Paris, 1979, 1988

Tous droits d'adaptation, de reproduction, et de traduction réservés pour tous pays.

Note des éditeurs. — Les demandes réitérées que nous ont adressées des professeurs et des étudiants en droit nous ont décidés à faire paraître, sans modification, l'ouvrage du Professeur Claude Du Pasquier. En effet, il nous a paru que ce livre reste toujours valable et actuel, même si la jurisprudence a légèrement évolué dans un sens ou dans l'autre depuis la dernière mise à jour de l'auteur. Tel quel, nous sommes persuadés que cet ouvrage continuera à être apprécié par des juristes et des étudiants en droit.

Septembre 1979

AVERTISSEMENT DE LA PREMIÈRE ÉDITION

(Septembre 1937)

« Je ne puis songer sans inquiétude — écrit M. Paul Cuche — au désarroi d'une intelligence qui chercherait actuellement à s'initier sans guide à la philosophie du droit.¹ » Il faut reconnaître en effet que les idées générales dans le domaine du droit souffrent de confusion; les limites des notions essentielles restent contestées et incertaines; le vocabulaire est anarchique. Sans doute est-ce là ce qui éloigne de cette étude la masse des juristes.

Le livre que nous publions aujourd'hui n'a d'autre but que de servir de guide aux esprits désireux de creuser les problèmes généraux du droit; c'est une « introduction », au sens le plus exact du terme. Il s'agit d'orienter progressivement le lecteur en partant des réalités les plus simples pour l'amener ensuite jusqu'aux problèmes les plus abstraits. Aussi avons-nous renoncé délibérément à donner aux chapitres du début une rigueur scientifique. Nous avons également évité d'emblée les termes techniques, nous efforçant, dans le cours de l'ouvrage, de les expliquer et de les faire assimiler graduellement.

Peut-être cette entreprise paraîtra-t-elle présomptueuse après les Introductions à l'étude du droit de M. May et de M. Bonnecase, après les brillantes séries de conférences philosophiques publiées par M. Renard, après les lumineuses Leçons de philosophie du droit de M. Del Vecchio, après l'Einführung in die Rechtstheorie présentée sous forme de dialogue platonicien par M. von Hippel, après d'autres ouvrages encore écrits à l'intention des étudiants par des professeurs non moins éminents. Toutefois notre livre ne correspond à aucun de ces types. Il s'efforce de tracer les traits essentiels du droit et d'en

¹ Arch. Phil. Dt, 1931, p. 195.

serrer de près la terminologie ; là où apparaissent des divergences d'opinions, il embrasse méthodiquement l'ensemble des courants entre lesquels se partagent la théorie et la philosophie du droit de l'Europe continentale ; il vise à fournir succinctement des renseignements objectifs en éclairant les doctrines modernes, y compris les plus récentes, comme la doctrine nationale-socialiste ; mais il ne cherche pas à exposer une théorie personnelle — se réservant simplement de prendre position par un chapitre de conclusions. Nous ne connaissons pas d'ouvrage de langue française qui réalise actuellement ce dessein. Nous croyons qu'il y a là une lacune et nous avons voulu la combler.

* * *

Les pages qui vont suivre ne prétendent à aucune originalité de pensée. Si cependant on veut bien leur reconnaître une marque personnelle, c'est d'abord le plan général qu'il faut retenir. En effet, contrairement à la tradition, nous n'avons pas commencé par rechercher ce qu'est le droit ; cette question est au contraire la dernière que nous traitons, car c'est la plus haute et la plus complexe. Une première partie familiarise le lecteur avec les manifestations courantes du droit et avec ses sources. La seconde partie s'attache à la théorie générale du droit, c'est-à-dire à l'analyse des instruments logiques dont se sert le raisonnement juridique. Enfin la porte de la philosophie du droit est ouverte par la troisième partie : il s'agit de se reconnaître entre les multiples conceptions du droit qui s'affirment dans la doctrine.

Une autre particularité de ce livre consiste dans son recours fréquent à des illustrations fournies par des décisions judiciaires. Joignant la qualité de juge à celle de professeur, nous avons en effet la préoccupation constante de rester sur le terrain des réalités. Où trouver une image plus réelle de la vie du droit que dans les litiges ? C'est pourquoi plusieurs chapitres sont suivis d'un appendice qui reproduit textuellement des extraits d'arrêts. Ceux-ci ont été empruntés au Tribunal fédéral suisse. La plupart d'entre eux étant rédigés en allemand, il a fallu les

traduire; aussi ne faut-il pas s'étonner si l'on n'y trouve ni l'élégance ni la concision des arrêts français.

* * *

C'est tout d'abord aux étudiants qu'est destiné ce livre, fruit de quatorze ans d'enseignement à l'Université de Neuchâtel et de six semestres d'enseignement intérimaire à l'Université de Lausanne. S'il concerne en première ligne les étudiants suisses, nous croyons cependant qu'il pourra être utile aux étudiants d'autres pays et c'est pourquoi, autant que possible, nous avons choisi des exemples communs au droit suisse et au droit français.

Notre ambition va cependant plus loin. Nous serions heureux que les praticiens, trop souvent rebutés par l'abstraction des ouvrages de science pure, prissent occasion de ces pages pour s'intéresser aux idées générales qui dominent ou imprègnent le droit. Ils pourront s'abstenir des chapitres I et II, trop élémentaires pour eux; puis, lorsqu'ils rencontreront un sujet qui leur est familier, il leur suffira de parcourir le paragraphe qui lui est consacré; mais nous attirons spécialement leur attention sur les chapitres VI et suivants.

Si, d'autre part, en dehors des milieux adonnés au droit, des esprits curieux de philosophie juridique veulent se mettre au courant, ils trouveront dans la troisième partie un aperçu général.

* * *

La matière de cet ouvrage est immense. Il envisage des problèmes sur lesquels ont coulé des flots d'encre et dont les répercussions sont infinies. Dès lors, il ne peut qu'esquisser à grands traits. Il y a sans doute quelque témérité à vouloir aborder en un si bref exposé un tel monde d'idées. Nous nous résignons d'avance au reproche de superficialité, mais nous répétons que c'est une introduction qui, en traçant des avenues dans l'épaisseur de la forêt, doit simplement préparer à de nouvelles explorations et à d'autres lectures.

En outre, nous avons dû renoncer à établir des listes de bibliographie. Nous nous excusons auprès de tous les auteurs qu'il aurait fallu citer et que nous avons passés sous silence. Nous nous sommes borné à indiquer soit des ouvrages modernes devenus classiques, soit des publications récentes. C'est au sujet des auteurs suisses que nous avons estimé devoir nous montrer le moins incomplet¹.

Les littératures juridiques de langues française, allemande et italienne ont fourni notre documentation. Nous nous sommes ainsi souvenu de la mission qu'assume historiquement la Suisse, carrefour de plusieurs civilisations : mettre en contact les cultures française, germanique et italienne².

¹ La bibliographie des ouvrages que nous citons est indiquée en note, généralement lors de la première citation. La table des auteurs, à la fin du volume, porte en caractères gras les numéros des pages où figure la bibliographie complète d'un ouvrage. Lors donc qu'en consultant notre livre, on rencontre une référence dont on voudrait connaître la bibliographie (année, lieu, éditeur), il faut chercher le nom de l'auteur à la table spéciale, puis trouver la page (ou les pages) dont le chiffre est inscrit en caractères gras.

² C'est pour cette raison également que, conformément au vœu émis naguère par la Conférence des Facultés suisses de Droit, nous avons fréquemment indiqué entre parenthèses le mot allemand correspondant au terme technique français.

NOTICE SUR LA TROISIÈME ÉDITION

S'il est vrai que certains principes de la logique juridique sont liés aux lois mêmes de notre esprit et que la philosophie du droit plonge certaines de ses racines dans la philosophie perennis, les vues générales sur le droit dans la société humaine subissent cependant l'empreinte de l'époque. Aussi les dures secousses que la deuxième guerre mondiale a infligées à notre planète ont-elles rendu nécessaire la remise au point de notre ouvrage, dont la deuxième édition est épuisée. L'histoire diplomatique de ces dernières années et le jugement international de Nuremberg devaient provoquer la refonte complète de ce que nous avons écrit sur le droit international public et le droit international pénal. En outre, l'écrasement de l'Axe enlevait aux doctrines autoritaires de l'Italie et du troisième Reich leur actualité, ce qui nous a permis de réduire les pages que nous leur avons consacrées en 1941. En revanche, il nous a paru indiqué de fournir sur la doctrine soviétique de plus amples précisions : c'est l'objet d'un paragraphe nouveau (§ 49).

Nous avons d'ailleurs refait la toilette du livre entier, le mettant au courant des publications récentes ; pour nous en tenir aux ouvrages généraux, tels sont la Théorie générale du droit, de Dabin (1944), L'individualisme et le droit, de Waline, Exigences chrétiennes en politique, de l'abbé Journet (1945) ; Aspects juridiques du capitalisme moderne, de Ripert ; la Théorie générale du droit, de Roubier ; Les problèmes fondamentaux du droit, d'Alfred Coste-Floret (1946) ; l'Introduction générale à l'étude du droit, de Brethe de la Gressaye et Laborde-Lacoste ; l'Essai sur l'ordre politique national et international, de Delos et Mgr de Solages (1947), etc., et en langue allemande : Gerechtigkeit, d'Emile Brunner (1943) ; Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, de Rommen, trad. Marmy sous le titre : Le droit naturel ; Die Verfassung

als Grundordnung des Staates, de Kāgi (1945); Einführung in die Rechtswissenschaft, de Schönke (1946); Die obersten Grundsätze des Rechtes, de Coing (1947), etc. Nous avons maintenu, avec quelques modifications, le paragraphe sur la conception de l'Etat que nous avons ajouté en 1941. Quant aux exemples tirés de la jurisprudence du Tribunal fédéral, nous en avons rajeuni un certain nombre lorsque nous avons trouvé dans les arrêts récents des considérants au moins aussi typiques que nos citations antérieures.

En raison de ces diverses transformations, la numérotation des premières éditions n'a pas pu être conservée.

Juillet 1948.

C. DP.

ABRÉVIATIONS

Arch. Phil. Dt	Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique, Paris, Sirey.
Arch. f. Rechts- u. Soz. Phil.	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Berlin, Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte; dès le tome XXXII, Albert Limbach Verlag, Berlin.
A.T.F.	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, recueil officiel.
C.C.S.	Code civil suisse.
C.C.Fr.	Code civil français.
C.O.	Code fédéral des Obligations.
C.P.S.	Code pénal suisse.
J.T.	Journal des Tribunaux (Droit fédéral), Lausanne.
JT. DP.	Journal des Tribunaux (Droit pénal).
JT. LP.	Journal des Tribunaux (Poursuite pour dettes).
L.F.	Recueil officiel des lois fédérales.
L.P.	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.
Rec. Gény	Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Paris, Sirey, 1935.
Rev. int. Théorie du Dt	Revue internationale de la théorie du droit, Paris, Pedone.
Rev. sse jurispr.	Revue suisse de jurisprudence, Schweizerische Juristen-Zeitung, Zurich, Schulthess.
Zft Ak. f. D. Recht	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.
Zft f. schw. R.	Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bâle, Helbing et Lichtenhahn.

PREMIÈRE PARTIE

Aspect du Droit
dans la vie sociale

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT ET L'ORGANISATION SOCIALE

§ 1. *Les devoirs dans la vie sociale*

1. Les relations sociales. A chaque instant, l'homme se trouve en contact avec ses semblables. Il se développe d'abord dans le cadre de la famille; puis, à l'école, il obéit à des maîtres et joue avec des camarades. Plus tard, sa profession, son existence économique, ses sports, ses plaisirs, sa vie religieuse ou tout simplement son passage dans la rue engendrent une infinité de relations avec autrui, occasionnelles ou durables. Bref, il vit dans un *milieu social*.

2. La contrainte publique. De ces relations, beaucoup sont assujetties à des obligations : dans le jeu déjà, on est astreint à respecter certaines règles. Dans la vie courante on est lié par des convenances plus ou moins impérieuses suivant le milieu, rigides dans des cercles attentifs à « l'étiquette ». En présence d'un ami tombé dans le malheur, on se sent appelé à lui témoigner de la sympathie ou, mieux, à lui porter secours. Toutefois les obligations qui apparaissent dans ces exemples ne sont imposées par aucune autorité constituée; à les enfreindre on encourt les reproches de sa conscience, le blâme ou le mépris d'autrui, peut-être l'abandon, mais jamais une citation en tribunal, ni l'intervention de la police.

D'autres obligations, en revanche, exercent une pression plus forte. Si je ne paie pas la facture de mon tailleur, celui-ci peut me poursuivre, faire saisir mes biens, voire même, si je

suis commerçant, me mettre en faillite. Si, roulant à bicyclette après la nuit tombée, je n'ai pas de lanterne allumée, une amende viendra me rappeler à l'observation des règles de police. Si, sur les produits que je fabrique, j'appose une marque qui imite celle de mon concurrent, celui-ci pourra, par une *action* en justice, m'en faire interdire l'emploi et me faire condamner à réparer le préjudice que je lui aurai causé. Les devoirs que j'ai ainsi violés — devoirs de payer mon tailleur, d'allumer ma lanterne, de respecter la marque de mon concurrent — procèdent de règles strictes derrière lesquelles se tient la force publique; les sanctions qui les appuient sont organisées par les pouvoirs établis; ils sont dictés par *le droit*.

3. L'ordre juridique. Nous avons ainsi projeté une première lueur qui différencie deux catégories de devoirs : ceux dont l'observation est laissée à notre libre arbitre, comme ceux que prescrivent la politesse, la loyauté, la charité — et ceux qui découlent de règles sanctionnées, imposées par le droit.

Ces derniers forment l'*ordre juridique*. Quant aux premiers, on les englobe parfois sous la dénomination d'*ordre moral*; mais on préfère souvent réserver exclusivement ces termes aux devoirs qui reposent sur la conscience morale et ranger les règles de bienséance sous le nom de « mœurs », à l'instar de la langue allemande qui distingue entre « *Sittlichkeit* » (moralité) et « *Sitte* » (usages sociaux).

Suivant les temps et les lieux, le même précepte peut appartenir à l'une ou à l'autre de ces trois catégories : droit, morale, mœurs. Ainsi le respect du dimanche peut être conçu soit comme un principe de morale religieuse, soit comme un usage établi par les mœurs; mais il peut aussi, sous certains de ses aspects particuliers, être incorporé à l'ordre juridique par une réglementation officielle qui ordonne la fermeture de certains magasins ou interdit certains divertissements le dimanche.

4. Ubiquité du droit. Le droit se glisse partout; il imprègne la vie sociale; à chaque pas, dans l'existence quotidienne,

nous le rencontrons, et non pas seulement sous forme de règles policières. Combien de rapports juridiques a-t-il fallu pour que vienne entre mes mains l'étoffe dont je me vêts, pour que se déroule devant moi le film que je suis allé voir au cinéma ! Que de rapports juridiques noués autour de l'appartement que j'habite, protégé contre l'incendie par le service du feu et par l'assurance, pourvu de téléphone et de radio ! Même le plus fluide des sentiments — l'amour — profile son ombre sur l'écran du droit : fiançailles, fidélité et infidélité conjugales, meurtre passionnel (C.P.S., art. 113).

5. Les confins de l'obligation juridique. A vrai dire, la distinction entre l'obligation de droit et l'obligation non juridique n'est pas si aisée qu'il semble au premier abord. Sans doute, sous leur aspect typique, ces deux notions s'opposent clairement ; mais à leurs confins, elles sont si proches qu'il est fort difficile de fixer une limite. Ainsi c'est bien le droit qui pose le principe de l'obéissance due par l'enfant à son père ; est-ce à dire que tout ordre donné par un père à son enfant engendre un devoir juridique ? Les conditions d'une compétition sportive ont-elles une valeur juridique ? Dans quelle mesure est-ce le droit qui nous lie à un rendez-vous ? Dans les affaires, comment distinguer entre la probité à laquelle nous convie la morale et le minimum de bonne foi qu'exige le droit ? Dans une polémique de presse, qu'est-ce qui sépare un procédé inélégant d'une atteinte illicite à l'honneur d'autrui ? — Ce sont là des problèmes d'assez vaste envergure qu'il est trop tôt pour aborder maintenant. Nous les retrouverons plus loin.

§ 2. *L'organisation sociale*

6. Anarchie et sécurité. Dès que plusieurs hommes vivent en commun, il est nécessaire que les caprices de chacun rencontrent une barrière qui protège les intérêts primordiaux des autres. Il faut que l'arbitraire individuel se subordonne aux besoins essentiels de l'ensemble : sans quoi ce serait la lutte perpétuelle et, partant, une insécurité préju-

diciable à tous. L'état d'une société sans frein est tragiquement illustré par les scènes de pillage qui se sont parfois produites après des tremblements de terre, alors que les prisons s'étaient ouvertes et que la police était décimée, ou durant la dernière guerre, dans les villes momentanément dépourvues d'autorités locales, alors qu'une armée s'en était retirée et que les vainqueurs ne s'y étaient pas encore établis.

7. Le pouvoir social. Aussi, dans les communautés les plus primitives, voit-on les relations sociales s'ordonner sous le signe de certaines idées qui, stabilisées par la tendance naturelle à l'imitation et par le sens de la tradition, prennent bientôt l'aspect de règles de vie collective : celles-ci déterminent, entre autres, les situations respectives des divers membres de la famille, certains droits de jouissance ou d'appropriation à l'égard de la terre ou du bétail, la succession des vivants aux biens des morts, les conséquences d'un acte illicite qui a porté préjudice à autrui. Contre la violation des règles les plus importantes s'organise une réaction : dans le cadre de la famille patriarcale, le père frappe d'une punition le coupable; dans les rapports interfamiliaux, la vengeance privée est considérée comme la suite normale d'une offense grave. Dans un stade de civilisation plus avancé, c'est le chef ou un conseil de notables, un tribunal ou une assemblée populaire qui met en action la contrainte. Plus tard encore, c'est l'Etat qui en assure le fonctionnement tout en s'en réservant le monopole.

Il n'est en effet pas de vie sociale sans un minimum de discipline; cette nécessité implique des règles stables et une autorité qui en assure le respect. Bref, tout groupement humain tend naturellement vers une organisation qui concentre la force dans les mains d'un pouvoir et instaure ainsi une différenciation entre gouvernants et gouvernés. Ainsi s'établit le droit dès le berceau des civilisations. *Ubi societas, ibi jus.*

8. L'autorité en matière internationale. Il est malaisé, à l'heure actuelle, de caractériser la règle de droit international comme reposant sur une *organisation* des rapports

entre Etats. Nous reviendrons plus loin sur sa nature (§ 9). Qu'il nous suffise, pour l'instant, de relater la conception classique suivant laquelle l'ensemble des nations forme une communauté internationale qui, expressément ou tacitement, déclare inséparable de la civilisation le respect de certains préceptes. A défaut d'une autorité établie capable de contraindre par la force les Etats récalcitrants à se soumettre aux règles juridiques, le point d'appui sur lequel repose la force impérative du droit international est l'opinion commune des nations prenant part à la vie diplomatique; la pression qu'elle exerce permet de reconnaître un caractère obligatoire aux règles internationales et de les élever au niveau du droit en les distinguant des simples conventions.

9. La question des origines. On s'est souvent posé la question de l'origine historique du droit : on en est réduit à des suppositions. Dans le passé, dès que l'histoire commence à lever le voile du mystère, les sociétés se soumettent déjà à des règles dont la force collective assure l'observation. Il est vrai que le droit est alors étroitement associé à la religion : à parcourir les Livres saints, on rencontre côte à côte des préceptes d'ordre religieux et des prescriptions de nature juridique. Dans le présent, les recherches de la sociologie et de l'ethnographie n'ont pas réussi à découvrir de peuplade qui ne soit pas régie par des règles sociales constitutives d'un droit pour le moins embryonnaire. Aussi bien l'élaboration du droit dans les sociétés primitives est-elle généralement lente et insensible; on ne saurait saisir, comme par un instantané, le moment où naît une règle; le processus est celui d'une cristallisation progressive des mœurs; on l'a comparé à celui de la formation du langage¹.

¹ KORKOUNOV, *Cours de théorie générale du droit*, trad. Tchernoff, Paris, Giard et Brière, 2^e éd. 1914, p. 177.

§ 3. Fonction du droit

10. Le droit pacificateur. Il ne s'agit pas ici de fixer le but assigné au droit (bien commun, réalisation de la justice, ordre, etc.). Nous nous bornons pour le moment à constater quelle est sa fonction naturelle dans une société.

Nous avons vu que le droit naît spontanément dès l'origine des sociétés comme remède nécessaire à l'anarchie, comme frein agissant sur les instincts égoïstes et violents. Le rôle du droit est donc d'assurer la coexistence paisible du groupe humain ou, comme l'on dit souvent, d'harmoniser l'activité des membres de la société. En un mot, il est l'assise de l'*ordre social*. Entre nations, le règne du droit s'oppose à celui de la force, donc à la guerre.

11. L'ordre social. « L'ordre social, dit Hauriou, est une organisation de la société sur certaines bases en vue d'assurer au mieux la subsistance du groupe, de faire l'entreprise d'une civilisation et aussi en vue d'obtenir, par des équilibres appropriés, le mouvement lent et uniforme de l'ensemble des situations et relations sociales. ¹ »

On peut souscrire à cette définition chargée de sens, mais complexe. Il faut en retenir et en préciser les éléments suivants :

a) L'ordre social comporte une *organisation* qui assure la cohésion de la société. Pour que cette organisation soit efficace, il faut qu'elle soit fermement maintenue par une autorité apte à refréner les forces de dissociation.

b) Il doit assurer « la *subsistance* du groupe », c'est-à-dire procurer à la collectivité la satisfaction de ses besoins essentiels; ceux-ci sont d'autant plus complexes que la civilisation est plus développée; ils comportent souvent des aspirations d'ordre spirituel.

c) Il se réalise par un *équilibre* entre les intérêts opposés, entre les tendances conservatrices et novatrices, entre l'autorité et la liberté, etc.

¹ *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd. 1929, p. 34.

d) L'ordre social ne doit pas être conçu comme un état d'immobilité, mais comme une continuelle et lente adaptation aux conditions changeantes de la vie; cette adaptation peut consister dans l'évolution des esprits (d'où l'importance qu'ont prise les services de la propagande dans la vie publique moderne) aussi bien que dans celle des institutions.

Si l'un de ces quatre caractères vient à disparaître, les divergences entre le droit et les aspirations ou les appétits populaires s'accroissent; dans l'édifice de la société se font entendre des craquements et, si le rétablissement ne s'opère pas, l'ordre social et le droit en vigueur peuvent sombrer dans la révolution.

§ 4. *Le mot « droit » et ses différents sens*

12. Etymologie. Le mot « droit », comme « diritto, Recht, right », vient du bas latin « directum ». On y trouve la même racine que dans « regere » (gouverner), « rex » (le roi), « regnum » (le règne), « regula » (la règle). Il est donc lié à l'idée d'autorité.

Les Romains désignaient le droit par le terme « jus » auquel était associée à l'origine l'idée de la volonté ou de la puissance divine¹. Cette racine se retrouve dans le verbe « jubere » (ordonner). Ici encore droit et autorité vont de pair.

Mais d'autres dérivés de « jus » conduisent à une conception morale : « justus » et « justitia ». D'ailleurs en allemand, la justice (Gerechtigkeit) est également greffée sur le droit (Recht). Ainsi se manifeste par le langage même l'aspect spirituel de l'idée du droit.

Du mot « droit » n'est formé aucun adjectif; cette lacune est comblée par le mot « juridique »; nous l'emploierons pour désigner tout ce qui appartient au droit. Règle de droit et règle juridique sont donc synonymes.

13. Sens objectif. Lorsqu'on dit « le droit », on entend

¹ MICHEL BRÉAL, *Nouvelle Revue historique du droit*, 1883, p. 606.

par là un ensemble de règles obligatoires : le droit civil, le droit de famille, le droit de change, le droit anglais. Tel est le sens objectif.

C'est dans la même acception qu'on parle du *droit positif* : il s'agit là des règles juridiques en vigueur dans un pays déterminé. On lui oppose souvent le *droit naturel* ou le *droit idéal*, ensemble de principes de justice qu'on considère comme l'inspirateur ou le complément du droit positif. Les notions de droit positif et de droit naturel constituent les problèmes les plus élevés de la philosophie du droit. Nous ne les aborderons qu'à la fin de ce livre.

14. Sens subjectif. Lorsqu'on dit « un droit de gage », « un droit d'auteur » ou « le droit de cité », on prend le mot « droit » dans son sens subjectif, c'est-à-dire qu'on se représente un droit rattaché à un sujet, à un titulaire. Il s'agit alors de la faculté ou prérogative reconnue à une personne ou, selon la formule célèbre d'Ihering, d'un « intérêt juridiquement protégé » : droit du citoyen suisse de s'établir dans un autre canton que le sien, droit du créancier envers son débiteur, droit du créancier-gagiste sur l'objet du gage, droit du monarque de dissoudre le parlement, droit du chef à l'obéissance de ses subordonnés.

Sans doute le sens objectif et le sens subjectif envisagent le phénomène juridique sous des angles différents ; mais il n'y a entre eux aucune différence de nature, car un droit (au sens subjectif) n'existe que si le droit (au sens objectif) le consacre. Si le droit objectif refuse la validité à un testament non signé, la personne instituée héritière par cet acte n'a aucun droit (subjectif) à la succession. Si le code de la route (droit objectif) n'autorise à piloter une voiture que celui à qui a été délivré un permis de conduire, seul le titulaire de ce permis a le droit (subjectif) de se mettre au volant.

Le droit objectif engendre des droits subjectifs en faveur de ceux dont il protège les intérêts. Ainsi l'art. 188 C.O. (1608 C.C.Fr.) dispose que les frais de délivrance de l'objet vendu sont à la charge du vendeur ; il accorde ainsi à l'acheteur, sauf convention contraire entre eux, le droit (subjectif)

de refuser le paiement de ces frais et, s'il les a avancés après avoir payé le prix de vente, d'en exiger le remboursement.

15. Sens fiscal. Le mot « droit » s'emploie parfois comme synonyme de taxe ou d'impôt. Exemples : les droits de mutation, le droit de timbre, les droits de douane¹.

16. Sens idéaliste. On emploie aussi le mot « droit » comme représentant l'idée de justice ; souvent alors on l'écrit avec une majuscule. On le détache ainsi des contingences réelles, de la réglementation effective et positive, pour le gonfler d'aspirations morales ; on l'oriente vers le droit naturel. C'est dans ce sens que les arrêts des tribunaux parlent parfois du sentiment du droit (Rechtsgefühl).

¹ La Constitution fédérale emploie le mot « droit » dans les divers sens que nous venons d'indiquer, par exemple :

Sens objectif : art. 112, ch. 2.

Sens subjectif : art. 5 et 8.

Sens fiscal, art. 24bis, al. 6 et 29, ch. 1.

A l'art. 113, le sens est objectif au ch. 2, subjectif au ch. 3.

Dans le C. P. S., art. 20, le sens est objectif dans le titre marginal, subjectif dans le texte.

CHAPITRE II

PANORAMA DU DROIT

17. Objet de ce chapitre. Nous allons entreprendre une tournée d'orientation : il s'agit de promener le lecteur comme en avion au-dessus du droit afin de lui donner une idée générale du terrain dont nous examinerons ensuite de plus près la structure. Nous nous bornerons à dénombrer les divisions généralement admises sans chercher aucunement à fixer les frontières contestées, ni à atteindre la précision scientifique.

§ 5. *Droit public et droit privé*

18. Distinction romaine. Le droit public et le droit privé sont les deux grandes provinces du droit. Les Romains, sans accorder à cette distinction un caractère fondamental, considéraient comme droit public ce qui concerne l'organisation de la chose publique (*quod ad statum rei romanae spectat*), comme droit privé ce qui concerne l'intérêt des particuliers (*ad singulorum utilitatem*).

19. Terminologie de Montesquieu. Montesquieu définit le droit public — qu'il appelle *droit politique* — comme « les lois dans le rapport qu'ont ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés », et le droit privé — qu'il appelle *droit civil* — comme « les lois dans le rapport que tous les citoyens ont entre eux »¹.

¹ De l'Esprit des lois, livre I, chap. III.

20. Matière du droit public. Notre époque rattache au droit public les règles relatives à l'organisation de l'Etat, à son fonctionnement, à ses services publics. Appartiennent à ce domaine toutes les relations dans lesquelles intervient en qualité officielle soit l'Etat, soit un de ses délégataires (commune, établissement administratif tel qu'une caisse d'assurances obligatoires, ministère ou « département » du pouvoir exécutif, fonctionnaire, agent de police, etc.). C'est le droit public qui institue les organes de l'Etat, détermine les droits et devoirs des fonctionnaires, c'est-à-dire leur statut, fixe leurs attributions, c'est-à-dire leurs compétences, arrête la situation des individus envers l'Etat. Au sens large, le droit public englobe aussi le droit pénal (§ 7).

Celui qui va voter, exerçant ses droits de citoyen, est régi par le droit public; il en est de même du contribuable à qui le fisc réclame l'impôt, du soldat à la caserne, du conducteur d'un véhicule sous l'empire d'une circulation réglementée.

21. Matière du droit privé. Le droit privé concerne les relations des particuliers entre deux, placés sur un pied d'égalité juridique, à l'abri de toute ingérence d'une autorité publique. Quand j'achète ou je vends, quand j'administre les biens de mes enfants, quand je m'assure sur la vie en leur faveur auprès d'une compagnie, quand je clôture mon fonds, quand je fais mon testament, je me meus dans le droit privé.

§ 6. *Subdivisions du droit public*

22. Le droit constitutionnel. Le droit public d'un pays repose tout d'abord sur le droit constitutionnel; celui-ci établit la charpente de l'Etat, c'est-à-dire les pouvoirs publics et les autorités qui les exercent, puis les principes fondamentaux qui déterminent les situations respectives de l'Etat et des individus. Même lorsqu'il n'est pas formulé par une constitution écrite et qu'il ne résulte que de règles traditionnelles, il forme une branche séparée.

La théorie classique reconnaît trois fonctions essentielles

de l'Etat, d'où généralement trois pouvoirs : législatif, exécutif, judiciaire. Mais les réalités constitutionnelles peuvent parfaitement être interprétées par une classification différente : c'est ainsi qu'Hauriou relègue l'activité du pouvoir judiciaire dans la fonction administrative et distingue trois pouvoirs suivant leurs « modes de volition » : le pouvoir exécutif, le pouvoir délibérant (assemblées parlementaires) et le pouvoir de suffrage (vote du peuple)¹.

23. Le droit administratif. La complexité de la vie moderne étend sans cesse les fonctions de l'Etat : c'est pourquoi celui-ci occupe une nombreuse administration dont l'activité est réglée par le droit administratif. Ainsi sont organisés les services publics tels que la police, l'instruction publique, les travaux publics, l'hygiène publique, etc.

Les ramifications du droit administratif sont si vastes que certaines de ses branches sont parfois considérées comme des unités distinctes. En voici quelques-unes :

a) la *législation financière*, qui englobe le *droit fiscal*; elle préside à l'organisation et à la gestion des finances publiques;

b) la *législation sociale* ou *droit ouvrier* ou *droit du travail* (*Arbeitsrecht*) qui assure la protection de l'ouvrier en réglant le travail industriel, les contrats collectifs de travail et les interventions conciliatrices des conflits;

c) les *assurances sociales*, appelées en France la *sécurité sociale*, qui organisent l'assurance de tout ou partie de la population contre les accidents du travail, la maladie, les conséquences économiques de l'âge, la perte du soutien de famille, etc.

d) le *droit ecclésiastique*, qui règle les rapports des Eglises et de l'Etat; il ne faut pas le confondre avec le *droit canon*, droit interne de l'Eglise catholique.

On pourrait citer encore le droit administratif militaire, scolaire, ferroviaire, etc.

24. Droit public fédéral et cantonal. En Suisse, comme dans tout Etat fédératif, se superposent deux Etats :

¹ *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., p. 351.

l'Etat central (la Confédération) et les Etats confédérés ou cantons. Par voie de conséquence, deux droits publics se superposent aussi : le droit public fédéral, auquel il incombe en particulier de fixer les attributions de la Confédération — et les droits publics cantonaux, qui ne concernent que les matières pour lesquelles les cantons sont compétents. C'est ainsi que la législation douanière est uniquement du ressort fédéral tandis que l'instruction publique et l'entretien des routes sont l'affaire des cantons.

A l'échelon fédéral et à l'échelon cantonal, on retrouve les deux branches indiquées ci-dessus. On a ainsi : le droit constitutionnel fédéral — le droit administratif fédéral — le droit constitutionnel genevois, vaudois, etc. — le droit administratif genevois, vaudois, etc.

En cas de contradiction entre le droit fédéral et le droit cantonal, c'est le premier qui l'emporte; le droit fédéral « déroge » au droit cantonal. Ce principe règne non seulement en droit public, mais aussi en droit pénal et privé : c'est ce qu'on appelle la *force dérogatoire du droit fédéral*.

§ 7. Le droit pénal

25. La défense de la société. Il est des actes de violence ou de ruse, parfois même de simples négligences, qui mettent en péril les intérêts de la collectivité ou qui lèsent les individus si gravement qu'il importe d'en protéger l'ensemble de la population. L'Etat, dont la mission essentielle est d'assurer la paix et la sécurité, en punit les auteurs. Les règles qui déterminent les conditions de cette répression constituent le *droit pénal*, appelé aussi *droit criminel*. On y trouve des principes généraux relatifs aux pénalités et à la responsabilité, puis l'énoncé des divers crimes, délits et contraventions pour chacun desquels est prévue une peine (emprisonnement, amende, etc.), la loi fixant généralement un maximum et un minimum entre lesquels décide le juge.

26. Fondement du droit pénal. Les raisons profondes sur lesquelles repose le droit pénal ont fait l'objet de multiples

controverses. L'idée la plus ancienne veut que le coupable *expie* sa faute. La théorie de l'*intimidation* met en lumière la crainte salutaire que doit faire naître la perspective du châ-timent chez celui qui serait tenté de commettre un délit. Plus utilitaires, d'autres insistent sur l'efficacité des peines privatives de liberté qui mettent pendant un certain temps le délinquant hors d'état de nuire. Enfin la doctrine moderne recommande de viser avant tout l'*amendement* du coupable, ce qui conduit à nuancer selon son individualité — à *individualiser* — la peine qu'on lui inflige.

27. Evolution de la conception du droit pénal. A l'origine des civilisations, on voit s'ébaucher le droit pénal sous deux aspects : dans le sein de la famille patriarcale, la réaction contre le crime est ordonnée par le chef-patriarce; entre familles différentes, à l'époque où aucune autorité supérieure à elles n'est encore établie, règne d'abord la vengeance privée, analogue à la *vendetta* corse; puis interviennent des transactions amiables qui substituent à la vengeance un dédom-magement (la « composition » des anciens Germains). Peu à peu l'Etat impose son autorité pour limiter, puis pour déter-miner et infliger lui-même la répression pénale. Mais la poursuite du crime est encore longtemps considérée comme un compte à régler entre l'auteur et la victime ou entre leurs proches; le droit pénal est mêlé de droit privé¹.

La notion moderne du droit pénal en fait une branche du droit public : en effet, c'est l'Etat lui-même, en sa qualité de protecteur de la société, qui poursuit la punition des criminels. Des organes spécialisés en sont chargés : leur ensemble est appelé « le Parquet ». Le *Ministère public* (Procureur général, avocat général, procureur de la République ou du Roi, Staatsanwalt), est réputé représenter « la société » et soutient l'accusation devant les tribunaux. Les enquêtes sont faites par des juges d'instruction.

28. Le droit pénal militaire. A côté du droit pénal applicable à tout délinquant quelconque — ou droit com-

¹ De ces stades successifs, on trouve un excellent tableau dans un petit ouvrage du prof. GARÇON, *Le droit pénal*, Paris, 1922, collection Payot.

mun — il faut mentionner le droit pénal militaire, plus rigoureux, qui s'applique aux délits commis par le personnel de l'armée ou par certains civils soumis à la juridiction militaire, ainsi que, en service actif, aux auteurs de certains délits contre l'armée.

29. Le droit disciplinaire. Le droit disciplinaire est un proche parent du droit pénal : il fixe les pénalités applicables, pour faute commise dans l'exercice de leurs fonctions, à des catégories particulières de personnes soumises à un statut déterminé : les fonctionnaires, les employés de chemin de fer, ainsi que les militaires lorsqu'il s'agit d'infractions trop légères pour être déférées au tribunal militaire. Généralement les sanctions sont prononcées par les supérieurs hiérarchiques du coupable et non par les tribunaux, car il s'agit d'une « mesure administrative interne » découlant, dit le Tribunal fédéral ¹, « du pouvoir de l'autorité à l'égard des fonctionnaires de ses services ». Une adjonction de 1915 à la Constitution fédérale institue une section du Tribunal fédéral comme instance suprême de recours pour les affaires disciplinaires concernant les fonctionnaires fédéraux.

Comme c'est ordinairement au personnel de l'administration que s'applique ce droit disciplinaire, on peut aussi l'inclure dans le droit administratif.

C'est d'ailleurs aussi au droit administratif que ressortit l'« amende d'ordre » comme celle qui sanctionne, selon art. 943 C.O., l'omission de requérir l'inscription au registre du commerce ².

30. La procédure pénale. La recherche des coupables et leur jugement sont assujettis à des règles de forme assez strictes qui constituent des garanties pour l'inculpé : une perquisition chez un particulier ne peut être opérée sans avoir été légalement ordonnée; les débats en cour d'assises doivent suivre un certain ordre qui n'est pas abandonné à l'arbitraire du président. C'est là l'objet de la procédure pénale; on l'appelle aussi *instruction pénale* ou *instruction*

¹ A. T. F. 63, I, p. 248; J. T. 1938, p. 124.

² A. T. F. 72, I, p. 252; J. T. 1947, p. 630.

criminelle, car l'instruction, au sens technique, c'est la recherche et l'administration des preuves relatives à un crime ou délit.

31. La clause pénale. (Remarque de terminologie.) On appelle « clause pénale » dans un contrat la clause par laquelle les contractants fixent, pour le cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite du contrat, une « peine », généralement une indemnité ou une amende, que la partie fautive devrait payer à l'autre (C.O. art. 160; C.C.Fr. art. 1226). Malgré ce nom, il ne s'agit pas là de droit pénal, mais bien de droit privé, puisque ce sont les contractants, non l'Etat, qui ont prévu la sanction et que celle-ci ne concerne que leurs rapports autonomes.

§ 8. *Subdivisions du droit privé*

32. Le droit civil. La branche principale du droit privé est le droit civil : celui-ci s'applique sans distinction à tous les individus que régit la législation d'un pays. Il détermine les conséquences essentielles des principaux faits et actes de la vie humaine (naissance, majorité, mariage, mort), et la situation juridique de l'être humain à l'égard de ses semblables (capacité civile, dettes et créances, etc.), ou à l'égard des choses (propriété, usufruit, etc.).

Il se décompose comme suit :

a) *Le droit des personnes* règle les conditions de la personnalité (physique ou morale¹) et la capacité juridique; il institue l'état civil et le domicile.

b) *Le droit de la famille* régleme le mariage et ses effets soit au point de vue des devoirs réciproques, soit à celui des biens des époux (régime matrimonial); il dénoue par le divorce et la séparation de corps les unions mal assorties. Puis il assigne aux enfants soit légitimes, soit illégitimes, soit adoptifs, leur situation à l'égard de leurs parents et vice versa. Enfin il organise la tutelle et la curatelle.

¹ N^{os} 104 et 105.

c) Les *droits réels* (« droits » est pris ici dans son sens subjectif), c'est-à-dire les droits sur les choses (du latin « res », chose) sont principalement la propriété, l'usufruit, les servitudes et charges foncières, le gage. La distinction entre les immeubles (terrains et bâtiments) et les meubles (objets non immeubles, donc susceptibles de déplacement) est essentielle.

d) Le *droit des obligations* est, si l'on veut, le droit des créances et des dettes, que celles-ci proviennent d'une convention (contrat de vente, de bail, d'assurance, etc.) ou d'un « acte illicite » ayant causé un dommage à autrui et obligeant son auteur à une réparation, généralement une indemnité (cas du piéton renversé par un cycliste, de la personne diffamée par une plume venimeuse).

e) Le *droit de succession* règle le sort des biens, des créances et des dettes dont le titulaire a terminé sa carrière terrestre. La transmission aux survivants peut être réglée à l'avance au moyen d'un testament ou d'un pacte successoral. Si un défunt n'a pas exprimé ses dernières volontés en une forme légale, sa succession, dite alors « ab intestat », profite à ses proches.

Les divisions qu'opère Burckhardt¹ dans le droit privé s'écartent du plan usuel, mais méritent de retenir l'attention. Il forme quatre classes :

1. le droit des personnes;
2. le droit patrimonial (Vermögensrecht) qui comprend le droit des obligations et les droits réels;
3. le droit de la famille, limité aux relations personnelles, abstraction faite des biens;
4. le droit des biens dans la famille (Familiensgüterrecht), savoir le régime matrimonial, les rapports économiques entre parents, enfants et autres membres de la famille, enfin le droit de succession.

33. Le droit commercial et le droit maritime. Au droit civil — branche générale du droit privé — s'oppose le droit

¹ *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1939, p. 126.

commercial, branche spéciale établissant des règles particulières aux commerçants ou aux actes de commerce. Il constitue d'abord la charte soit du commerçant individuel, soit des sociétés commerciales (sociétés en nom collectif, en commandite, anonyme, à responsabilité limitée, etc.); il réglemente ensuite les effets de change (lettre et billet de change) — c'est la matière du droit du change ou *de change* — et les autres papiers-valeurs (chèques, titres au porteur, etc.). On lui annexe souvent la faillite, bien que celle-ci ressortisse plutôt à la procédure.

Le droit maritime se rattache au droit commercial; il a pour objet les institutions spéciales aux navires de commerce (affrètement, engagement d'équipage, etc.). Une partie du droit de la mer appartient cependant au droit administratif (organisation des ports, etc.), une autre au droit international public et privé¹, dont nous traiterons au § 9.

Jusqu'en 1941, il n'y avait pas de droit maritime suisse... et pour cause ! Mais les difficultés causées au ravitaillement de la Suisse par le blocus au cours de la guerre ont amené le Conseil fédéral à prévoir la création d'une flotte suisse de commerce : de là l'arrêté du 9 avril 1941 concernant la navigation maritime sous pavillon suisse (L.F. 57, p. 365) et l'insertion au Recueil officiel des Lois des conventions internationales qui sont devenues parties intégrantes du droit maritime suisse (L.F. 57, p. 461).

34. Autres branches spéciales du droit privé. Les théoriciens du droit commercial considèrent volontiers comme droit civil tout le droit privé qui n'est pas droit commercial². Toutefois il y a des réglementations de droit privé qui, régissant certains milieux particuliers ou certaines relations d'une nature spéciale, s'inscrivent en dehors du droit civil proprement dit et sont souvent considérées comme des

¹ RIPERT, *Droit maritime*, Paris, Rousseau, 2^e éd., 1907, N^{os} 1, 26 et suiv.

² THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, N^o 5, Paris, Rousseau, 7^e éd. 1925; WAHL, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Paris, Sirey, 1922, N^o 1; WIELAND, *Handelsrecht*, 2 vol., Munich et Leipzig, Duncker et Humblot, 1921-1931, tome I, p. 4.

branches distinctes. Sans en épuiser la liste, nous pouvons citer les plus caractéristiques :

a) Le *droit rural* ou *agraire* ou agricole ou paysan (Bauernrecht) concerne les biens situés à la campagne et les rapports que fait naître l'exploitation agricole. La France possède un « code rural ». En Suisse, le C.C. contient quelques articles de droit agraire, par exemple les art. 620 à 623 qui ont été modifiés et complétés par une loi de 1940 sur le désendettement des domaines agricoles et par des arrêtés dits extraordinaires; toute cette matière est actuellement en révision.

b) La *propriété intellectuelle* est un droit de monopole sur une idée manifestée en une forme extérieure qui l'individualise. Tel est le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques et le droit de l'inventeur sur son invention brevetée. On parle souvent de la *propriété industrielle* pour les créations de l'esprit qui s'emploient dans l'industrie : marques de fabrique, dessins et modèles, brevets. Il faut remarquer que si les règles relatives à l'appropriation du droit sur une idée ressortissent bien au droit privé, celles qui organisent les bureaux officiels où les créateurs doivent déposer leurs inventions et leurs types pour en obtenir la protection, dépendent du droit administratif.

A l'heure actuelle, la tendance générale, en droit privé comme en droit administratif, s'oriente vers la spécialisation des règles juridiques. La cause en est la différenciation croissante des rapports sociaux, provoquée par le développement scientifique et économique.

35. La procédure civile. Les contestations entre particuliers se dénouent en justice selon certaines formes que doivent respecter ceux qui entendent faire valoir leurs droits; ces formes sont déterminées par la procédure civile. Il s'agit là de la manière d'introduire un procès, de proposer et d'administrer les preuves, de prononcer et d'exécuter un jugement.

A la procédure civile appartient aussi le domaine de l'*exécution forcée*, c'est-à-dire la poursuite pour dettes et la faillite. Il est vrai que celle-ci ne s'applique qu'aux commer-

çants et qu'à prendre les termes dans leur rigueur, il faudrait la qualifier de « procédure commerciale ». Le droit français, d'ailleurs, traite de la faillite dans le Code de commerce.

Par la matière qu'elle traite et les intérêts qu'elle assure, la procédure civile se rattache au droit privé; c'est sa classification courante et c'est le point de vue de la plupart des auteurs français. Mais par la nature même des règles qu'elle énonce, elle appartient au droit public, car elle détermine les conditions auxquelles l'Etat subordonne la protection accordée aux intérêts juridiques, elle ajuste le fonctionnement, au profit des intéressés, du service public qu'est l'administration de la justice civile et commerciale; c'est le point de vue généralement admis en Allemagne¹.

36. Remarques de terminologie sur le mot « civil ». — L'adjectif « civil » n'est pas toujours employé dans le sens que nous avons indiqué ici, qui est son sens technique moderne. A Rome, le « jus civile », était le droit applicable aux seuls citoyens romains, par opposition au « jus gentium » qui régissait les étrangers. En français, le terme « civil » a longtemps été employé comme synonyme de « privé », s'opposant alors à « public » ou « politique » (voir ci-dessus N° 19). C'est dans ce sens que l'emploi l'Organisation judiciaire fédérale de 1943, art. 41, où les mots « contestations de droit civil » embrassent aussi les causes commerciales.

Les *droits civils* (sens subjectif) sont ceux que reconnaît et protège le droit privé et en vertu desquels on peut devenir sujet de droits et d'obligations. Il ne faut pas les confondre avec les *droits civiques* (C.C.S., art. 384, ch. 2), droits attribués au citoyen par le droit public et appelés aussi *droits politiques* (Constitution fédérale, art. 43 et 66).

Dans un procès pénal, il y a souvent une *partie civile*. C'est de ce nom qu'on désigne la victime qui, lésée par un délit, est intervenue devant la justice pénale pour porter plainte et réclamer la réparation du préjudice qu'elle a subi : tel est le rôle de celui qui a été dépouillé par une escroquerie,

¹ Cette question est discutée par FRANÇOIS GUIGAN, *J.T. L.P.* 1932, p. 110-111. Le Tribunal fédéral l'a résolue dans le sens de l'attribution au droit public (*A.T.F.* 62 II, p. 351-352, *J.T.* 1937, p. 274).

de la famille dont le soutien a été assassiné. Si c'est le droit pénal qu'on applique alors à la punition du coupable, c'est néanmoins le droit civil qui préside à la réparation que réclame la partie civile.

Il arrive aussi que le mot « civil » désigne simplement ce qui n'est pas militaire (Const. féd. art. 12, 1^{er} al.) ou caractérise l'autorité laïque par opposition à l'autorité ecclésiastique (Const. féd. art. 27, 2^e al.).

§ 9. *Le droit international*

37. Notion. Par le coup d'œil circulaire que nous jetons sur le droit, nous n'avons envisagé jusqu'ici que la vie juridique à l'intérieur des Etats. Mais il est des relations qui chevauchent par-dessus les frontières politiques; le droit qui les régit est appelé droit international par opposition aux droits internes, dits aussi nationaux.

A. *Le droit international public*

38. Son objet. Le droit international public ou *droit des gens* gouverne les rapports des Etats entre eux. C'est pourquoi on a fait remarquer qu'il serait plus rationnel de l'appeler « droit interétatique »¹. Il est vrai que la nation est un symbole idéologique et sociologique, non pas juridique; mais ce n'est pas là un motif suffisant pour rejeter des termes adoptés par l'usage avec une netteté telle que toute équivoque est impossible.

Nous avons vu plus haut (N^o 8) que les relations de droit international ne sont pas dominées, comme celles du droit interne, par un pouvoir établi qui assure l'autorité des règles juridiques. On en a parfois tiré la conclusion que le droit international ne méritait pas le nom de « droit » parce qu'il n'établissait qu'une morale dont les Etats peuvent impunément violer les préceptes. Observons cependant que la conception courante reconnaît aux règles qui obligent les Etats un caractère juridique. Les arbitrages internationaux — dont

¹ G. SCELLE, *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, 1934, début de la préface.

les archives du droit des gens sont riches — aboutissent à des sentences que les juges ne motivent pas comme la décision d'un jury d'honneur, mais comme un jugement appliquant un droit positif. Ajoutons que toute la technique des traités présente avec celle des contrats une grande analogie et se place sur un terrain proprement juridique.

39. Sa matière. Le droit international public régleme les devoirs et les droits des Etats les uns à l'égard des autres et détermine par conséquent les limites de leurs souverainetés respectives : c'est donc à son ressort qu'appartient, par exemple, la question de la liberté des mers. Il établit le statut des organes par lesquels les Etats sont en relations mutuelles (agents diplomatiques, consuls) et des institutions internationales comme l'Union postale universelle. Il envisage en outre les conflits entre Etats, soit qu'il cherche à les acheminer vers une solution amiable ou arbitrale, soit qu'il prescrive des règles visant à humaniser la guerre.

L'ancienne classification du droit international le scindait en droit de la paix et droit de la guerre. On a proposé d'y substituer une distinction, calquée sur celle du droit public interne, en droit international constitutionnel (organisation de la communauté internationale) et droit international administratif (règles applicables aux secrétariats, commissions et bureaux internationaux)¹.

40. La croissance du droit international public. A l'époque classique, dès Grotius, au XVII^e siècle, le droit international a été conçu comme une morale rationnelle découlant de la nature de l'homme et appuyée sur la tradition. Son principe essentiel était le respect des traités : *pacta sunt servanda*. Il reposait sur l'idée d'une communauté des Etats civilisés (N^o 8). Le XIX^e et le premier tiers du XX^e siècle le virent se développer amplement à mesure que se multipliaient les points de contact — ou de frottement — entre nations : ce fut l'époque des grandes conférences et des grandes conventions comme celles de La Haye.

¹ G. SCELLE, *Précis du droit des gens. — Le droit constitutionnel international dans les « Mélanges Carré de Malberg »*, Paris, Sirey, 1933.

La création de la Société des Nations en 1919 donna au droit international public une impulsion nouvelle voisine de la fièvre : les pactes, les traités, les conventions foisonnèrent, surtout dans les domaines technique et humanitaire. C'est alors que certains théoriciens entendirent assurer la domination du droit international sur les droits nationaux (théorie moniste, N^{os} 317 et 324); ils voulurent abolir la règle classique qui limitait aux Etats (Saint-Siège compris) la qualité de *personnes du droit international public*, pour étendre la notion du droit des gens aux rapports entre un particulier et un Etat étranger (par exemple ressortissant d'un Etat A se réclamant d'un droit envers l'Etat B en vertu d'un traité conclu entre A et B) ¹.

Le malheur voulut que les faits — et particulièrement l'attitude des grandes puissances — ne fussent pas en harmonie avec cette efflorescence du droit international ou, si l'on veut, que la « jurification » des rapports internationaux s'élançât bien au delà de « la réalité sociale sous-jacente » ².

Le Pacte de la S.d.N. avait prévu des sanctions contre les Etats qui recourraient à la guerre sans avoir épuisé au préalable la procédure de conciliation (N^o 139). Plusieurs occasions d'appliquer ces mesures se sont présentées; l'Assemblée n'en utilisa qu'une : lors de l'affaire d'Abyssinie en 1935, elle décréta le blocus contre l'Italie. Dès lors, au lieu d'une application juridique du Pacte, cette décision prit l'allure d'une manœuvre politique. Elle échoua d'ailleurs.

Les quelques années qui ont précédé la guerre de 1939 ont vu se désagréger la Société des Nations : jaloux de leur entière souveraineté et confiants dans leur force, certains Etats s'en sont retirés, en particulier le Japon, l'Italie, l'Allemagne. C'étaient précisément des nations « réalistes » qui supportaient impatiemment leurs obligations de droit international.

41. Influence de la deuxième guerre mondiale. Dès avant

¹ N. POLITIS, *Les nouvelles tendances du droit international*, Paris, Hachette, 1927, chap. II; G. SCILLE, *Précis de droit des gens*, tome I, p. 42 et suiv.

² MAURICE BOURQUIN, *Quelques réflexions sur le respect du droit dans les rapports internationaux*. Recueil de travaux de la Faculté de droit de Genève, 1938, p. 104.

Achévé d'imprimer pour le compte des éditions
DELACHAUX & NIESTLÉ
Neuchâtel-Paris
sur les presses de l'imprimerie Darantière
à Dijon-Quetigny
1^{er} trimestre 1988

N° d'impression : 878-169
Imprimé en France

Participant d'une démarche de transmission de fictions ou de savoirs rendus difficiles d'accès par le temps, cette édition numérique redonne vie à une œuvre existant jusqu'alors uniquement sur un support imprimé, conformément à la loi n° 2012-287 du 1^{er} mars 2012 relative à l'exploitation des Livres Indisponibles du XX^e siècle.

Cette édition numérique a été réalisée à partir d'un support physique parfois ancien conservé au sein des collections de la Bibliothèque nationale de France, notamment au titre du dépôt légal. Elle peut donc reproduire, au-delà du texte lui-même, des éléments propres à l'exemplaire qui a servi à la numérisation.

Cette édition numérique a été fabriquée par la société FeniXX au format PDF.

La couverture reproduit celle du livre original conservé au sein des collections de la Bibliothèque nationale de France, notamment au titre du dépôt légal.

*

La société FeniXX diffuse cette édition numérique en accord avec l'éditeur du livre original, qui dispose d'une licence exclusive confiée par la Sofia – Société Française des Intérêts des Auteurs de l'Écrit – dans le cadre de la loi n° 2012-287 du 1^{er} mars 2012.

Avec le soutien du

