

L'EGYPTE CONTEMPORAINE

(LIVÈME ANNÉE, AVRIL 1963, No. 312)

S.O.P.-PRESS
(Société Orientale de Publicité)
LE CAIRE, 1963

Prix P.T. 40

MEMBRES DE LA SOCIETE

Les membres actifs de la Société sont de deux catégories; les membres titulaires payant une cotisation de P.T. 150 par an et les membres donateurs s'incrivant pour une cotisation de L.E. 10 au minimum. Ils sont nommés par le Conseil sur leur demande appuyée par au moins un membre de la Société et ont tous droit au service gratuit de la revue de la Société.

La Société compte actuellement environ 400 membres.

CONDITIONS D'ABONNEMENT

Le prix de l'abonnement à la revue est de P.T. 150 pour la R.A.U. et 40 shillings ou S 5.00 pour tous les pays faisant partie de l'Union Postale.

Les numéros non réclamés par Messieurs les Membres et Abonnés dans l'intervalle entre la parution de deux fascicules consécutifs ne leur seront livrés que contre paiement du prix.

Le prix du fascicule est de P.T. 40 pour la R.A.U. et 10 shillings ou \$ 1,25 pour l'étranger.

Les opinions émises par les collaborateurs de la revue n'engagent pas la responsabilité de la Société.

La reproduction et la traduction des articles publiés dans la présente revue sont interdites, sauf autorisation préalable de la Société.

Tout manuscrit soumis à "L'Egypte Contemporaine" devient la propriété de la Société.

Les demandes d'adhésion, d'abonnement ou d'information doivent être adressées au Secrétariat de la Société, Boîte Postale No. 732.

Siège: Le Caire, 16, Avenue Ramsès, Téléphone 52797.

SOMMAIRE

ARTICLES

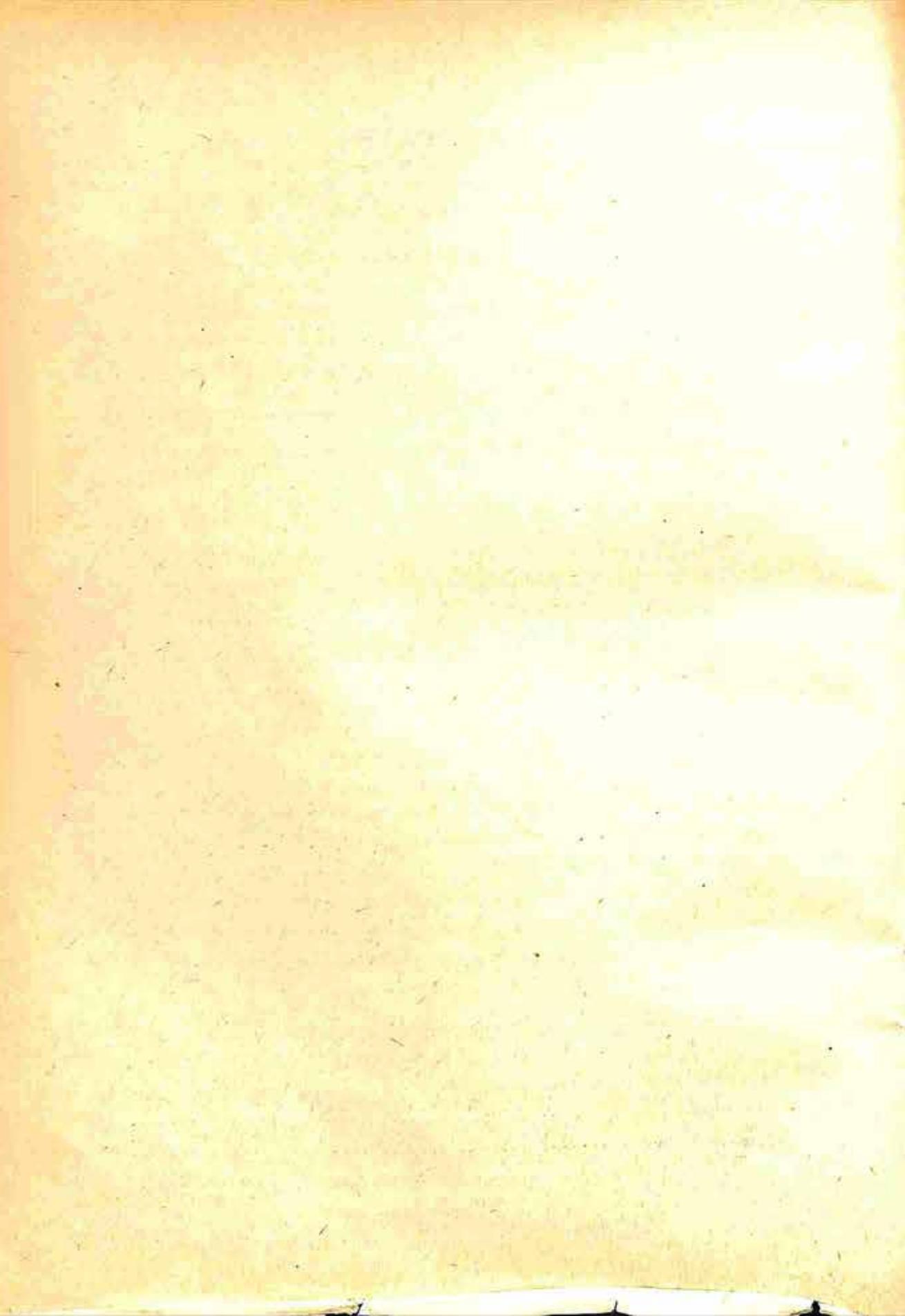
G.M. SAID, Large Customs Unions and their Impact on Developing Countries	5
K. RADWAN, Cost Behaviour in Conditions of Economic Change...	25
A.S. EL KOCHERI, Etudes sur la Notion de Contrat International (I)	53
M.Z. SHAFÉI, The Role of Foreign Investment in Economic Development (in arabic)	5
Z.A. NASR, Some Techniques of Monetary and Credit Planning (in arabic)	21
M.M. EL DARWISH, The International Situation before and after the last World War (in arabic)	43
A.R. KHAFAGUI, Conflit de Lois et Relation Contractuelle à élément étranger (en arabe)	55

REVUE DES LIVRES

Ch. Bettelheim, <i>L'Inde Indépendante</i>	72
R. Dumont, <i>L'Afrique Noire est mal partie</i>	73
F. Perroux, <i>L'Economie des Jeunes Nations</i>	77
K. Kurihara, <i>National Income and Economic Growth</i>	78
G. Tilford, <i>Technique of Treasury Debt Management</i>	82
Stone and Stone, <i>National Income and Expenditure</i>	86

INFORMATIONS BIBLIOGRAPHIQUES

Ouvrages reçus	133
Microfilms	135
Revue locales	136
Revue étrangères	146



LARGE CUSTOMS UNIONS AND THEIR IMPACT ON DEVELOPING COUNTRIES

By

Dr. GAMAL ELDIN MOHAMED SAID

*Professor of Public Finance, and Head of Economics Department
Faculty of Commerce, Ein Shams University*

1. — Introduction : "Early Customs Unions : Impact & Objectives"

The world, while slowly and painfully emerging from the great depression, was already preparing for the second world war. The war had come and gone, and the nations up to now are desperately seeking to build, on the rubble which it had left, the foundations of a stable international society. As part of this task — perhaps the most important — is the attempt to construct the framework of an orderly and enlightened system of commercial relations. Import controls and exchange restrictions were among the main obstacles.

The war interrupted and distorted most of the world's trade, and the need to make it flow again in the maximum possible volume create both new problems and new opportunities.

The fundamental objective — of course — should be the maximisation of consumption and the increase of the standard of living of the people. But the only course open to us, if we are to maintain and improve our standard of living is to achieve a high and steadily rising level of world economic activity. A high level is likely to be impossible to achieve unless trading nations — especially highly developed — pursue consistently expansionist economic policies, which in plain terms implies a high and stable level of employment.

International co-operation is highly needed. Prosperity, like peace, is indivisible. Nations can gain short-term advantages at the expense of others by aggressive or restrictive economic policies, but in the long run their actions have a boomerang effect. they suffer from the effect on international trade as a whole, not to mention the political repercussions. Specific and ad-valorem tariffs, quotas, export embargoes, export taxes, subsidies, exchange control,

import licences, discrimination against foreign shipping, and so many unnecessary complexities present some of the obstacles, but they do not exhaust the list of burdens that various countries have imposed upon international trade. This does not mean a return to absolute free trade. Many economists would, however, not object to some sort of restraints upon international trade, and would even support some restrictions to safeguard the interests of the national economies. Nevertheless, there may be good grounds for questioning the severity of the restrictions that are found in the real world. Some relaxation of restrictions could presumably not only benefit all countries but also each country separately, would there be any possibility of a real relaxation of these restrictions, especially when such restrictions were the result of pressures brought by private interests, or as aggressive or defensive weapons in international conflicts. Co-operation to remove these restrictions would benefit every country.

International agreements to reduce trade barriers are not by any means a novelty. Their history is a long one, with customs unions and trade agreements occupying the stage long before 1945.

The Zollverein, for example, which consisted in a customs union among the various small states which later became Germany, came into existence more than a century before that date.

However, many customs unions came into existence recently before the second world war or directly after; among which the most notable is the British Commonwealth and the system of imperial preferences. Britain's trading relationship with the Commonwealth is based on the Ottawa Agreement of 1932. Under the agreement, British goods receive preferential entry to Commonwealth markets and in return Commonwealth goods receive free entry to British market — with few exceptions. The result of the Ottawa Agreement is that Commonwealth home industry is protected against British goods, but British home industry is not protected against Commonwealth goods; yet British goods are at an advantage over other exports to Commonwealth countries. It should be noted that Commonwealth trade though prosperous in earlier years, has been steadily declining in the last fifteen years, though still extremely large and important despite withdrawal of South Africa. British exports to the Commonwealth amounted to about 30% (excluding S. Africa), in the late 1940; Commonwealth trade accounted for about half the total.

Such experiments of customs unions as that of the Zollverein or the Commonwealth system of imperial preferences, the French Union, etc... Can no longer be repeated in our present age. England, France, Germany, and other imperialist countries when seizing any territory took every measure to keep the market for themselves. Imperialism rests upon some sort of

discriminatory protectionism. Imperialism strived to fasten to the mother country the markets of each new territorial acquisition. Chamberlain said, "I should look for the solution in the direction of the principle of federations". Colonies were merely markets for growing manufactures, new outlets for investment of surplus capital, and for energies of adventurers and surplus population.

So, economic expansion — if it took place — was unhealthy, unbalanced and served the main objectives of imperialistic countries. J.A. Hobson in his book "Imperialism" said that "It seems sheer madness for Great Britain to weaken herself financially by any further process of expansions". This is equally true, because the growth of nationalism, the move towards socialism and powerful trade unionism are natural enemies of imperialism for they take away from the "Imperialist" classes the surplus incomes which form the economic stimulus at imperialism.

Customs unions were in fact non democratic organs, that hindered the economic development of colonies, and resulted in the exploitations of the native population, and only meant a confirmation of the rule of the privileged class.

People's wealth was looted to serve the interests of imperialist countries, with neither legal nor moral control. In many cases it only meant a widening of the gap of underdevelopment which separates the advanced countries from those trying to catch-up. Successive generations of the native people were taught that their countries were neither fit nor capable of industrialisation; they serve themselves best if they remained raw material producing countries. This means that they have to remain raw material appendages to the colonial powers.

2. — The Changing World Scene

The new International Economic order which replaced the postwar period of reconstruction and recovery has been marked by the emergence of new patterns in the international exchange of goods.

Multilateral, and non-discriminatory trade was the ultimate goal and a move towards it was badly felt to lessen the bad results of high preventive tariffs, exchange controls, quotas, shortage of certain currencies, fluctuating exchange rates, disequilibrium in balances of payments, and so on. The benefits of international co-operation in avoiding policies which render trade patterns unsatisfactory came to be apparant. Means for implementing the hopes for a considerable reduction in obstacles to trade, certain steps were taken, some agencies were set up, among which the most important

in this connection is the never lived I.T.O., the G.A.T.T., the general agreement for tariffs and trade, the I.M.F., I.B.R.D. There was just desire for a healthy world trade, a rather expanding and a more stable one. Under, the general agreement (G.A.T.T.) many of the provisions about tariffs and trade restrictions to be found in the draft charter for the "International Trade Organisation" were accepted by the member countries. However, the agreement was somewhat less inclusive than the I.T.O. Charter since it failed to cover some of the matters dealt with the Charter such as cartels, commodity agreements, and export subsidies.

The extent of the tariff reductions by the United States under the G.A.T.T. can be seen from the statement that; "If the G.A.T.T." were to be denounced; the American tariff would immediately rise, on the average by 40%. In short, the agreement sponsored multilateral trade negotiations, recommended broad trade policies, provided a forum for consultation regarding trade disputes. It contained "Escape Clauses" to help countries actively engaged in programs of economic development to follow nationalistic policies with freedom to adopt certain restrictions and preferences. Yet the G.A.T.T. does not look like a very good insurance risk, and it did not provide for the fulfilment of aspirations of developing countries. It is just one further step towards international co-operation.

A further and more important step towards international co-operation and easement of trade restrictions was thought in some sort of integration, such as new customs unions e.g. The Benelux or economic unions. Many countries realised that serious attempts should be made to safeguard the future of their countries by joining forces not only in the political but also in the economic field. The concept of "Integration" became increasingly popular, in a world characterized by concentration of political and economic power. The desire for regional co-operation was greatly felt everywhere.

3. — Economic Blocks : Comicon, European Common Market, Free Trade Area etc...

(a) *Comicon*

The most recent step in the creation of major economic blocks to be based on common interests, and achievement of maximum benefits of the "Council for Mutual Economic Aid" in 1949 generally referred to as the Comicon.

The Comicon embraces all countries of the "Communist Camp", and is believed to be a counter measure to the Marshall plan. The idea behind the

Comicon was the organisation of foreign trade, granting of credits, co-ordination of production programmes, collaboration in scientific and technical aid among member countries, the formulation and application of a common policy and common institutions. The council is supposed to integrate and co-ordinate economic plans, (Gosplan); e.g. Poland to specialise in coal, Eastern Germany in chemicals, heavy industries in Czechoslovakia, etc... Yet the obsolete un-yielding practice which influenced communist countries indirectly by long-term trade agreements and strengthened tendencies towards economic self-sufficiency (Encouraged by Stalin Dictum) prevented the council for the mutual economic aid from reaching the effectiveness, as an instrument of economic policy.

The single integrated communist market remains up to now in its infant stage. All members of the club, with the exception of Poland have now roughly completed the process of farm collectivisation. Agriculture is still the common problem of the communist economy. It sounds that communist agriculture has failed to keep pace with industrial growth. The symptoms of strain in the soviet block are those of an industrial revolution — a heavy rate of investment — with emphasis on producers goods, and by a rapid growth of the industrial labour force. Under Stalin, the extra purchasing power must be mopped up if the rate of investment is to be maintained. Stalin's heirs decided that some gradual transition towards increasing consumption goods is justified. In short, since 1956 efforts have been made towards an integration on the eastern style. Some progress has been made in the exchange of information and the training of personnel. Some spectacular projects have been undertaken in common, the building of a common pipeline and of a joint electrical grid. But the fact remains that co-operation if compared with western progress in economic integration is still very largely limited. But, once all resources are pooled, one should not under-estimate the results of such an integration.

(b) *The Common Market*

Early after the second world war, western european countries realised that they must unite economically if they are to keep pace with industrial giants as the United States and The Soviet Union. The first step towards real economic integration was taken by the Netherlands, Belgium and Luxembourg in 1948.

Their customs union, Benelux, has been a success despite the divergent economic policies and the wage-level disparities that existed at the beginning of their close association. The second step towards economic integration came in 1951, with the establishment of the european coal and steel community.

During the seven year period 1951-57, steel output of the member nations increased by 43% while their trade in steel products more than doubled. The third step was to extend the pattern it developed for coal and steel to all and other economic activities. By March 25, 1957, under the pressure of the Suez crisis, the framework of the Rome Treaty establishing the European economic community was not only hammered out, but also ratified. According to the treaty, the creation of the common market involves:

1. — An agreement between six European nations — France, West Germany, Italy, Belgium, Luxembourg and the Netherlands — to abolish all economic barriers between themselves by 1970. Trade within this area will then be as unrestricted as it is now in The British Isles or U.S.A.
2. — The establishment of a common customs tariff and trading policy towards non-member countries.
3. — The abolition of obstacles to the free movement of persons, services and capital.
4. — The treaty though deals largely with economic, social and commercial matters, but its inspiration is also, political. The treaty looks forward to some form, as yet unsettled, of political unity in Europe. "A United States of Europe."
5. — Working out common policies in respect to agriculture, transport, free movement of capital and workers.
6. — Taking measures and steps to ensure the full use and development of the resources of the member states.

The keystone of the common market structure is a common external tariff. This would make of the common market the largest customs union ever known. To this may be added, the possibility of the entry of Britain and other countries of the "Free Trade Area", after the unexpected rapid success of the first five years of the common market. The common market has become undoubtedly a big force in world economy. Its share of the world trade is about 20% by now. The following table gives us an idea about its weight in the world economy.

Countries	Population		Production		
	in million	Imports million	Exports million	of steel	of coal mill/tons
Belgium	9.2	1.417	1.352		
France	45.5	2.243	2.451		
Germany	53.4	3.608	4.077		
Italy	49.3	1.693	1.310		
Netherlands	11.5	1.618	1.438		
Com. Market.....	169.1	10.579	10.629	56	250
Unit. Kingdom	53.5	4.556	3.536		
Com. Mark.&Brit..	221.6	15.135	12.265		
U.S.A.	185.2	15.200	17.600	104	483
U.S.S.R.	216.4	5.100	5.400	48	305

The gross national product of the six common market countries has nearly doubled since 1950; investment in industrial equipment reflects modernisation and big expansion. Industrial production expanded at an annual rate of almost 10%.

What is more important and deserves mention is the common market as a world trader. The foreign trade of the common market countries is much larger in relation to their production of goods and is also more diversified. The ratio of their imports to their gross national product was nearly 16% against only 3% in U.S.A. Actually the common market countries absorbed (1953-1959) about 23% of the export of primary producing countries just equal to what is absorbed by the U.S.A. the stepping up of production and especially agricultural production among the common market countries and their overseas dependencies, mostly french "possessions in Africa" will certainly hurt the economies of many developing countries. The increase in the intra-European trade between the common market countries and their overseas dependencies might hit severely the efforts of some developing countries that used to depend previously on their export trade to common market countries. U.S., trade with common market countries show substantial increase as well.

(c) Free Trade Area:

Britain, together with other countries not members of the six tried to arrange for a European Free Trade Area-i.e. to eliminate trade restrictions

between the six and the non-six, but without co-ordinating internal policies or having a common external tariff. In 1959 seven countries, the U.K., Austria, Denmark, Norway, Portugal, Sweden, Switzerland set up the european free trade area (E.F.T.A.) aiming at a reduction of tariffs between one another but the maintenance of individual external tariffs. The following table gives the volume of trade of the free trade area compared with the six.

	<i>In Million Dollars</i>					
	1957			1960		
	<i>Imp.</i>	<i>Exp.</i>	<i>Int.trade</i>	<i>Imp.</i>	<i>Exp.</i>	<i>Int.trade</i>
Common Market						
(the 6)	24.816	22.440	7.154	29.559	29.721	10.243
Free trade area:						
(the 7).....	20.060	16.646	2.955	23.092	18.542	3.503

The U.K. Government decided in July, 1961, to apply for membership of the european economic community (E.E.C.) provided safeguards could be secured for:

1. U.K. Agriculture
2. Commonwealth
3. E.F.T.A. (European Free Trade Area) partners.

Negotiations between Britain and the six began in October and are now continuing in Brussels. Many factors seem to favour Britain's entry into E.E.C. Certainly the contrast between a visible trade deficit of L.E. 100m with the commonwealth and a surplus of L.E. 23m. with the common market in the first months of 1962 is an incentive to exporters to favor the joining of the common market.

Moreover, Britain's relative cost position has improved as european living standards have been raised. Thirdly, the United States is interested in Britain in europe rather than out of it, with the ultimate aim of establishment of a federal system of government or at least, a looser confederal type, being a looser form of union, unity has been essential. Industry in Britain will benefit more from an increase in its home market by 469 millions. Agriculture is to be protected by tariffs instead of being supported by subsidy. Consumers may benefit from this union as the price of manufactured goods would tend to go down, and from modern technology which has become the preserve of large economic units.

(d) *The Latin American Common Market*

Proposals for a common market for Latin America were set out in a report by ECLA. The report states that the concept has long been gradually taking shape, and that the establishment of the European common market has rendered the creation of a Latin American regional market a more pressing need. The ultimate aim is a common market, within which goods can be reached gradually, as formidable obstacles may stand in the way. These obstacles may be summarised as follows:

1. — The vast size of the region and its poor communications.
2. — The Latin American countries are intensely nationalistic and most of them are unwilling to surrender any part of their sovereignty. That is why they proposed an advisory organisation instead of an executive authority for the regional market.
3. — Nearly all the countries of Latin America, numbering twenty, export primary products and import manufactured goods, materials, and fuel. At present their trade with one another amounts to only 10% of their total foreign trade. They are all aiming towards a self-sufficiency economy. The chief wheat-importing and sugar-importing countries of the region are rapidly increasing their own production of those commodities. In short, there is little intra-regional trade, and it is thought that most countries in the region are not prepared to let their infant industries suffer from keen competition.

The ECLA proposals contained many "Escape Clauses" for the transition period (that may last indefinitely). Countries should have the right to restrict imports in order to protect their balance of payments, or must have the right to restrict imports of agricultural commodities, countries practising exchange control must be given an indefinite period to abolish it, less developed countries should be allowed to go more slowly in reducing import duties and restrictions to help their industrialisation movement, are but some of the loopholes that might make the common market something little more than a name. It should be noted that the six commodities (coffee, sugar, cotton, copper, bananas, and cacao) that formed recently more than half of total Latin America's exports went to the U.S.A. and to the six. There are fears that the European common market would give preferences to imports of coffee, bananas, cacao and sugar from their own territories in Africa. The Latin American group could hardly retaliate by special restrictions on imports from the six, unless they disregarded G.A.T.T. (of which eight of them are members). Some argue that a Latin American common market could almost prevent overseas investments by the six from going to their own territories. They claim that a Latin American common market would

offer a more attractive field for foreign investment. This is doubtful; the Rome Treaty provides for the establishment of an "Investment Bank" that will finance development programmes in their own African territories.

Moreover, a common market for the whole region seems unlikely. However, the five small central american republics — Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, and Nicaragua — have signed a multilateral free trade agreement and economic integration treaty by which some of their manufacturing industries will be co-ordinated. The treaty exempts from customs duties a long list of raw materials and manufactured products. In August 1958, Colombia and Ecuador, and Venezuela signed a declaration that they would work out plans to eliminate ruinous competition between them by establishing a common market. There are payment agreements between others such as that between Brazil and Chile. There are still tremendous efforts to be undertaken, if a Latin American common market is to become a reality.

(e) *The African Common Market:*

Mention should be made to the establishment of the African Common Market, among governments of Algeria, U.A.R., Republic of Ghana, Guineea, Mali, and the Kingdom of Morocco. Considering the resolutions of the economic committee of the African Charter of Casablanca, at its first meeting that was held in Conakry in July 1961, stressing the need for African economic cooperation to achieve economic development, full employment of human resources, economic and monetary stability, favourable conditions for promoting and regulating trade among them have agreed to establish amongst them an African common market open to all independent African States.

The main objectives of the common African market may be summarised as follows:

1. — To establish a customs union among them, liberalise trade for national commodities (*) within five years from the date of the coming into force of the treaty by abolishing all customs duties on its imports from other member countries.

The reduction of the tariff shall be gradual being 25% during the first year, the reduction during the other successive four years shall be determined by the economic committee of the charter. It is intended as well to coordinate import and export policies, unify customs regulations. The Treaty allows

(*) National commodities have been defined as products harvested or won from the soil of common market countries or manufactured in them, or a process of transformation undertaken amounting to at least 50% of its total cost.

member states to conclude provisional bilateral agreements, in order to safeguard their trade interests in respect to certain manufactured commodities. Any two or more members may conclude closer economic agreements than those prescribed in the Treaty. The member countries have agreed to grant each other the most favoured-nation clause as regards trade among them. Members shall give priority to import of goods from member countries. They also undertake to prohibit the re-export without processing of materials and products to non-member countries unless otherwise agreed upon by the country of origin.

2. — The free movement of establishment rights labour and employment for the practice of economic activities; and thus establish the various organs for the implementation of the Treaty and try to harmonize social legislation.

3. — Freedom of transport, transit and utilisation of all means of communication, ports and civil airports.

Any member country desiring to conclude an agreement with any economic bloc or customs union outside the Casablanca charter should consult the other contracting parties, and under no circumstances must an individual agreement prejudice the interests of the African common market.

A permanent body to be named "The Council of the African Common Market" is to be established and shall be entrusted with the implementation of the treaty, supervision of the work of its committee and subsidiary organs, recruitment of the personnel etc...

To help achieve the resolutions of the economic committee of the African Charter of Casablanca, some other institutions will be established such as the African development bank, an African payments union, a council for African economic unity, an African civil aviation organisation etc...

It is hoped that the coming into birth of all such institutions and the fulfilment of the African common market will be some sort of counterblast and safeguard against other economic blocs that may be used by the strong to destroy attempts made by developing or less developed nations towards economic and social progress.

4. — Appraisal: The Viewpoint of Developing Countries⁽¹⁾

The disparities in living standards between highly developed countries and developing countries are growing wider rather than narrowing in recent years.

(1) Is proposed here that the term "Developing Countries means those countries characterised by mass poverty which is chronic and not the result of some temporary misfortune and by obsolete methods of production and social organisation, and resolved to undertake certain plans towards ameliorating economic and social conditions of living standards of the general masses of its population".

Poverty, hunger, disease and lack of equal opportunity for self-development have been the lot of ordinary people in the developing countries for centuries past; a matter which has become a source of active political discontent. State policies in most of the developing countries are concerned to-day with the economic and social well-being of the citizens. There is a wave of national feeling that is sweeping the developing countries in order.. to attain a position of dignity and importance in the world community.

Developing nations and especially those suffering from population pressures in respect to their potential resources look to economic development and especially to industrialisation as the only way out of their perilous situation.

To industrialise large scale production is very important if they are to achieve economics of scale and to make use of the indivisibilities. How far indivisibility of modern industrial process render it necessary to develop manufacturing industries on a large scale similar to those established in developed countries or would it be possible to achieve the same ends through smaller sizes of plants as has been the case of china's development of the iron and steel industry ? Broadly speaking, the efforts to industrialise in developing countries have been usually hindered by the small size of the home markets. Each market is considered to be too small to provide a large enough home market for a type of factory which must be on a large scale in order to be efficient, but a broad trading area, one which includes some of the developing countries, may certainly offer the best combination of markets and resources, by which to meet the growing demands at the least cost.

What is the most convenient economic size of output for different manufacturing establishments, if they are to achieve efficient scales of operation. How do they compare with the demands encountered in developed countries.

There is a general belief that establishment of large customs unions or economic integration or even some form of political unity among developing countries may solve the problem of the smallness and narrowness of the market. Only then, it may be possible to adopt some modern technology or research programmes which has become the preserve of large scale economic units. Others stress that failure to join a common market will mean an economic disaster, as developing countries will generally face a contracting rather than an expanding market. Some advocates say "Unite or Perish".

The question is to what extent could customs unions among countries help in widening the market ?

It is not that simple and easy to offer a direct answer. A comprehensive study to differences in structures, in resources, organisations, economic systems, social institutions, etc.. should be undertaken. How far economies

could be integrated, and how far they are competitive, etc... A major point in this connection should be stated. We ought to differentiate between two major cases :

First: Customs unions between developed and less developed countries, such as the case of "common market of the six", which includes the six and the French and Belgian dependencies. Many objections could be made to such a type of a common market. The most important objections may be summarised in the following:

1. — It may be considered as a new form of colonialism designed to suppress the newly-won independence of the African nations. The old framework of relations between the highly developed industrial west and the less developed or developing countries is no longer workable. It was built on the pattern of dominance and inferiority now stigmatized as "Imperialism". The common market embracing the six and African countries is looked upon as a new form of imperialism.

2. — Such common markets are likely to produce unbalanced growth in the developing countries — if economic growth is to take place at all — in the name and under the illusion of benefits of specialisation, comparative advantages, external and internal economies. Such is the logic of the developed countries to keep the economies of the less developed tied to them as raw material producing countries.

This state of affairs serves the interests of highly developed countries. Such specialisation transforms underdeveloped and developing countries into large fields to produce raw materials to export to the highly industrialised countries, and remain still a good market for their manufactured produce.

The result is a greater disparity in income levels between the developed and the less developed. The rich is becoming richer and the poor is becoming poorer. This will check the expansion in the export earnings of the less developed countries as terms of trade are adverse to raw material producing countries. Moreover, the subsidization of the production or export of such primary or raw materials by the highly developed restricts the market opportunities of the developing countries and adds to their trouble.

The wool, the timber, the copper, and the nickel schemes in African dependencies are but few examples that demonstrates the unhealthy growth in the less developed countries, when they join in the same customs-unions with the highly developed. The zero tariff or duty free system of imports of raw materials would open the door for colonial systems of exploitation.

3. — It will certainly hinder industrialisation movements in developing countries, even if they may be given the privilege of maintaining import

duties against the six as well as against other exporting countries, or even if they are allowed some sort of discrimination. The idea is that investments and resources will be diverted towards artificially favoured channels rather than industrialisation.

4. — The comicon, the common market for example may be looked upon as state import monopolies or purchasing agencies. For many products exported by developing countries, the prices charged on resale by some state monopolies, whether in countries with centrally planned economies or others, involve an implicit heavy taxation of imports. If the members of a common market are highly dependent on imports and they enjoy some sort of semi monopoly in purchase of certain commodities, (gathering in their hands a high percentage) they may depress prices, a matter that hinders the efforts of developing nations.

5. — Some authorities maintain that the euromarket-an example — will lead to a diversion of trade with third countries to trade within the community. Thus the trade of third countries would suffer on account of the greater regional anarchy attained by the members of European community. Although this view — in our opinion — may be correct only in a very relative sense, yet it may be dangerous in some cases. Each individual member country will direct a large percentage of its trade towards the other member-nations and not only would this be consistent with tendencies existing already but, in fact, it would be in complete accordance with the purpose of the market. Such a shift in trade relations is likely to lead to a decline in actual volume of trade with third countries.

Perhaps this is one of the vital reasons why commonwealth community, (especially Canada, New Zealand, Australia and India) does not feel happy about Britain's declaration to join the common market, and they ask for assurance of comparable outlets "i.e. access to the community as good as present access to british markets.

Second: Customs unions between developing countries, as a sort of counterblast and safeguard against other economic blocs. Creating the habit of international co-operation and joint action on which our present friendships and understandings are based is something which cannot be denied. In a world where political and economic power is becoming highly concentrated, customs unions, or some sort of a larger unity among developing countries has become essential. It is not just a matter of big questions of promotion and expansion of trade, but we are dealing with fundamental human values, because they affect the future of millions of people. It is a tremendous challenge !

Developing nations understand the importance of the need to band together to fight their own battle against individual weakness in political, social and economic spheres. They are fully aware, of the fact that to prosper they have to keep pace with highly industrialised countries. Wider economic co-operation is essential to achieve higher living standards through economic integration to make better use of available resources and facilities; and a bigger market too, the latter in itself is an inducement for more investments and higher productivity.

International co-operation for the common prosperity of the people in developing countries is a natural continuation of the war against imperialism dominating influence and exploitation.

It is a logical continuation of the work for peace, in order to provide the ideal atmosphere for development.

Developing nations offer their hands to all people and nations working for international peace and human prosperity. We believe in unconditional international co-operation, we believe that prosperity is indivisible, and that peace cannot be stabilised in a world, where the standards of living of the people vary tremendously. Peace cannot be stable on the brink of the deep abyss, that separates the advanced nations from those upon which underdevelopment was imposed. International co-operation for the prosperity of mankind is the only hope for a peaceful development, which narrows the gap between the standards of living of nations and sows the seeds of love among them, instead of sowing seeds of hatred. International co-operation includes the call for facing international economic blocs, so that they might not be used by the strong to hinder efforts undertaken in the struggle for progress in developing nations; or undertaking development on imperialistic lines, under strong pressure, for this is bound to produce many adverse effects.

The main objectives of customs unions between developing countries may be summarised in the following.

1. — To achieve full use of integration.
2. — To maximise benefits of planning resources in common.
3. — Establishment of common institutions which are essential for efficient functioning of the whole system.
4. — Creating more trade through creation of a large home market and gradual abolition of all trade restrictions.
5. — The formulation and application of a "Common Policy" in a number of fields such as industrialisation, transport, agriculture, monetary stability.

TABLE I
EGYPT'S TRADE WITH WESTERN BLOCKS
(in thousand pounds)

	Exports including re-exports			Imports			Balance of Trade		
	1958	1959	1960	1958	1959	1960	1958	1959	1960
Common Market	18487	22632	23586	68248	51824	61105	49761	29192	37519
Free Trade Area.	15969	11992	11142	21856	25773	23312	5887	13781	12170

TABLE II
EGYPT'S MAIN EXPORTS TO COMMON MARKET AND FREE TRADE AREA
(in thousand pounds)

Exports	Common Market			Free Trade Area		
	1958	1959	1960	1958	1959	1960
	Raw cotton	7781	12865	14900	11033	6528
Rice	1371	45	782	548	—	116
Onions	1493	1800	1149	1222	1754	1356
Potatoes	439	276	519	52	578	396
Phosphates	30	17	6	—	(x)	—
Manganese	160	501	507	37	94	237
Cotton Fabrics	19	165	410	83	256	564
Cotton (Threads)	845	389	1547	463	417	810

(x) Less than L.E. 500.

EGYPT'S FOREIGN TRADE WITH COUNTRIES OF THE

(in thousand pounds)

Zones	Exports & Re-exports			
	1957	1958	1959	1960
<i>I.—Member Countries of the Common Market</i>				
France.....	3211	4612	3161	3746
West. Germany.....	5621	3416	7638	9280
Italy.....	6317	6802	7305	7239
Belgium & Luxem.	5531	1676	1435	1497
Holland	3735	1981	3093	1824
	24415	18487	22632	23586
<i>II.—Free Trade Area</i>				
Sweden	428	289	289	399
Norway.....	271	150	190	292
Denmark	243	189	416	281
Portugal.....	236	171	369	427
Switzerland	4763	3305	3794	2240
United Kingdom	119	8059	4215	4635
Austria	3806	3806	2719	2868
	99931	15169	11992	11142
<i>III.—Commonwealth</i>				
India	7470	4771	6831	13475
Australia.....	1	41	38	30
Newzealand	(x)	1	1	2
Other Countries	129673	124509	1127	143352
Grand Total	71552	163778	154259	191587

(x) Less than L.E. 500.

COMMON MARKET, FREE TRADE AREA, AND OTHERS

Imports				Balance of trade			
1957	1958	1919	1960	1957	1958	1959	1960
2060	4437	5770	8825	+ 1151	+ 175	- 2609	- 5079
18073	27162	27898	32130	- 12452	- 13746	- 20260	- 22850
13710	22735	10870	11192	- 7393	- 15933	- 3565	- 3953
5576	6949	3134	3162	- 45	- 5273	- 1699	- 1665
7081	6968	4152	5796	- 3346	- 4984	- 1059	- 3972
46506	68248	51824	61105	- 22085	- 49761	- 29192	- 37519
1776	1412	2138	1897	- 1348	- 1123	- 1849	- 1498
1118	1114	557	322	- 847	- 964	- 397	- 30
1384	1170	474	1054	- 1141	- 981	- 58	- 773
209	153	67	26	+ 27	+ 18	+ 302	+ 401
5093	4165	5202	4182	- 330	- 860	- 1408	- 1942
2738	10339	15470	13577	- 2619	- 2280	- 11255	- 8942
4390	3503	1865	2254	- 457	+ 303	- 854	- 614
16708	21856	25773	23312	- 6715	- 5887	- 13781	- 12120
8268	8962	5498	9945	- 798	- 4191	+ 1333	+ 3530
93	222	210	486	- 92	- 181	- 172	- 456
194	186	118	179	- 194	- 185	- 117	- 177
110799	138775	131001	130018	+ 18874	14266	- 18236	- 13334
182562	138249	214424	225045	- 11010	- 74471	- 60165	- 33458

6. — Reducing obstacles to exports and establishing specific programmes of action leading to progressive elimination of barriers to exports, and to improvement of market opportunities for exports.

5. — Concluding Words

Economic growth cannot be sustained in one nation unless it is a widely shared phenomenon.

The developing countries are determined to improve their economic, political and social conditions, but they are not prepared to accept any form of new imperialism, or to see that their development is blocked or designed for them.

They are conscious to the fact that customs unions or economic blocs may lead to any disguised new form of economic imperialism. They want to shape by their own hands the kind of world they do want to live in, and not the kind of world the developed countries desire, or want it to be. They want development but insist on true democracy.

The sovereignty of the people over their land allows them to set the conditions under which their development takes place. They detest exploitation, domination or imperialism in any form. They look forward for unconditional cooperation for the sake of prosperity of all the human race.

REFERENCES

1. — G. HABERLER : The theory of International Trade.
2. — J. VINER : Studies in the Theory of International Trade.
3. — THE SUNDAY TIMES : The Common Market; June 17, 1962.
4. — THE ECONOMIST : Integration, Eastern Style, June 16, 1962.
5. — ELLSWORTH : The International Economy.
6. — THE CHARTER : Presented by President Gamal Abdel Nasser to The National Congress of Popular Powers. May 21, 1962.
7. — ECONOMIC OPINION : A Special Number about the Common Market. Published by Netherlands Bank of South Africa Limited.
8. — Resolutions adopted by the General Assembly on the Report of the Second Committee (A/5056 and Corr. I, A/L.379).
9. — Traité Etablissant Le Marché Commun Africain.
10. — J.F. DENIAU: The Common Market, its Structure and Purpose.
11. — STUART DE LA MAHOTIÈRE : The Common Market.
12. — The European Common Market and its Meaning to the United States. Mc Graw-Hill Book Company, Inc. 1959.

COST BEHAVIOUR IN CONDITIONS OF ECONOMIC CHANGE

AN OUTLINE (*)

by

KAMAL RADWAN

FOREWORD

The aim of this inquiry is to trace the impact of economic change on the levels of production cost as well as the pattern of change in the producers' demand as a change in their expenditure channels.

In other words, it is an attempt to interpret the economic change through the cost behaviour as outlined in the cost schedule.

Some measures are suggested to forecast the change reflected in and derived from the cost schedule proposed for the analytical purposes.

(*) A revised research paper submitted to the Institute of Social Studies — The Hague
July 1962.

I

The Set-up.

I. — 1. *The course of economic change.*

Economic change in its broadest sense, is the attitudes that the economic phenomena or data take through time, whether it happens as an outcome of economic policy or by their autonomous reactions, with a final impact on the real national income level and income per capita.

So, the course of economic change is the main features earmarking the way from a certain stage of economic conditions, say, under-development (or stagnation) towards economic development or self-sustained growth. Economic development, as Meier and Baldwin indicate, is a process whereby an economy's real national income increases over a long period of time. And, if the rate of development is greater than the rate of population growth, then per capita real income will increase. "Process" implies the operation of certain forces; these forces operate over the long period and embody changes in certain variables. Details of the process vary under diverse conditions in space and time. But there are some basic common features. And the general result of process is growth in an economy's national product in itself a particular long run change.⁽¹⁾

Or, to quote from Charles Roger "Economic development refers, as a concept, to growth accompanied by structural changes affecting the composition of the active population, the contribution of the various sectors to the national product, the relationships with total capital and total production, the distribution of national income, etc."⁽²⁾

It is possible, therefore, to interpret economic development in terms of specific developments in factors supplies and product demand⁽³⁾. And at the same time, it is possible to consider it as a process aiming, in its roots, at resorting and maintaining a certain equilibrium between the active population and the available material resources. The equilibrium that could be reflected in a constant increase in (or at least stabilized) per capita real income.

Or rather it is in a certain way a cure of the early working of the law of diminishing returns on national scale, provided, it is a means of manoeuvring some instrumental specific factors controllable to some extent, mainly the components of national expenditure, the composition and level

(1) Meier, Baldwin, *Economic Development, Theory, History, Policy*, N.Y. 1951, p.2.

(2) Charles Roger, *Social and Cultural Factors in Economic Development*, c.p.a. N. 38, Spring, Summer, 1961.

(3) Meier, Baldwin, *Ibid*, p. 3.

of government outlay, money supply, wage-rate, and research for improving technology and productivity.

Now, as far as we assume that there exists a certain economic policy whether qualitative⁽⁴⁾ or quantitative⁽⁵⁾, we can expect mutual changes in the attitudes of economic variables whether they are controllable or not. Moreover, we should expect some of these changes to be favourable to the policy targets, and some others not. The net result always conforms to the boundary conditions or the space where the economy as a whole can breath. That means realizing a certain rate of growth through time, and possibly moving such limits to new levels which refers to successive increases in real national product and, consequently, more possibilities to realize continuous increases in per capita real income.

Then, if this concept is approved, economic change may occur in both directions, externally and internally with respect to an individual industry. And, in as much as we are concerned with analysis on the industry level, we can expect such change to occur in different degrees from one industry to another as actions and reactions.

By external change we mean changes in values of economic data working outside the industry, for instance government expenditure and revenues, national income volume and distribution, public policy achieving certain national targets, change in money value, change in demand of industrial requirements, price movements in different markets, etc.

And by internal change we mean those measures taken to adapt the industry to the external change and achieve both public and private targets. That implies the autonomous initiative movement of the industrial potentials as well.

I. — 2. *Why cost analysis.*

Now, we can imagine that mutual changes formerly mentioned would exert their effect duly on production conditions, i.e. on the inter-relationships between different factors controlling production growth in every individual economic activity in different ways. Generally speaking, cost structure in each industry expresses, at a certain period, the final form of these inter-relationships. So, cost level of production can be considered as a function of all these factors, as costs of production are, from a certain aspect, social costs too.

(4) Aiming at changing the economic structure.

(5) Aiming to bring about changes in its values of instruments, Prof. Dr. J. Tinbergen.

Again, the change in economic data will reflect its existence on cost schedules in different degrees, according to the nature of activities. Such changes may offset each other, or cause at last a lower level of production or cost per unit, or vice versa, and then reflecting new barriers against growth. The change in production cost exerts its effect on market relationships. This effect is liable to diffuse from one activity to another, according to the weight of the primary affected sector or industry.

Income as a value added to inputs or intermediate goods is distributed effectively through the production process. And, it is by itself a market phenomenon defined by the reacting forces of supply and demand. The change here is of a great significance. That is to say, the change in cost levels and produceres' demand can play both the role of a partial cause and total effect of economic change.

The time lag between cause and effect movements depends largely on such weight, proportionally, as well as the different stages between the primary and final shaping of commodities. Here, an accumulative effect is expected. This, in particular, reflects the major significance of cost analysis. The change may represent a new tributary of economic change initiated from inside one or a group of industries.

Mostly, the making of economic policy includes (or should include) some measures to forecast these changes and their impact on economic aggregates as estimated in the policy draft, i.e. the national income and its components flows in real terms as duly created within the production process. This picture needs a third dimension to make it clear enough. A micro-economic analysis on the sector level can provide us with reliable data for secular trends of growth in the leading sectors of the economy. Moreover, it can indicate the real obstacles hindering such targets in different terms, e.g. what is called in the economic literature "the bottle-necks". (6)

The field of cost building and analysis is by itself a common area connecting the various groups of technicians, reflecting their due efforts to realize a sound economic cost of production, with the changing conditions of the economy. In other words, the real task of different groups of technicians is to find and realize the best formulae of production in every individual industry or specific important plant. The cost analysis could be of some use in this issue as an approach finding some indicators of the economic trends

(6) Prof. Dr. Tinbergen points out that, usually a first outline is derived from "macro-economic" figures, this is refined in a second "micro-economic" programme. Prof. Dr. J. Tinbergen, *Design of Development*, p. 11.

throughout the economy.(7) This argument is indicated by what is called in economic analysis the social cost. Considering the individual cost schedule as a particular formula of production, it is supposed to give the best combination of resources, i.e. the less social cost. Through making the best use of scarce resources available and used in different activities, it is natural to realize at last a maximization of national product as a whole. This is supposed to be the main target of any rational economic policy.

Relative scarcity as an economic phenomenon plays always an essential role in our economic life. Its working presents itself mostly in the form of bottle-necks, i.e. the supply of one or more items of production requirements may not cope with its demand. The effect is higher cost, and this gradually lags the stable and due growth of production. Once the production cost changes in a major component of the economy, the change spreads out. Thus we can expect a wider change in the inter-relationships between the various productive factors. The same thing with the income groups influenced by change in cost (prices) or what is called cost inflation which we are going to discuss.

Change in cost exerts its effect also, and in a cumulative process, on the balance of payments through the change in both local demand on the country's products and goods imported. Moreover, unfavourable changes could drive out some marginal firms, especially under price control policy. And then there would be a shortage of such commodities needed anew. The same thing might happen with regard to activities attached partly or totally to world market as an outlet for their products. The country would lose some of its favourable position in this connection and vice versa.

If these are satisfactory indicators, we can consider the question of cost in developing countries as one of the most important problems facing economic development in general, and industrialization in particular, as industrial activities are more dependent on other activities.

I — 3. *The scope and method.*

The main task of this investigation is to set up a rough model of circumstances surrounding the growth of industry as a whole, and the manufacturing activities in particular, laying stress on the economic aspects of the problem. Or rather, it is an outline illustrating the role played by the different economic forces through the cost schedule, and consequently behind the

(7) See K. Radwan, *Cost Schedule as a Tool for Economic Analysis*, a Methodological Study. *L'Egypte Contemporaine*, July, 1962.

supply curve of the individual industry. That is to say, our function here is production cost and its components. Preliminarily, we assume that cost level and its components are dependent variables for a certain period. Later on this assumption is dropped to give way to the fact that the change in cost levels and producers' demand at large is by itself a new attribute of economic change.

Manufacturing activities are within the scope of this study in principle. And adopting Mr. C. Clark's definition, manufacture can be precisely defined as the continuous transformation, on a large scale; of raw materials into transportable products. The operative word *continuous* excludes such processes as hand tailoring, shoe repairing and the like: similarly the word *transportable* excludes all processes of building, construction and installation which are more conveniently classified with services industries⁽⁸⁾.

Such activities have been developed to a certain extent in a number of developing countries between the two world wars and after. Now, those activities participate in national incomes by quite important shares. Higher per capita income is realized here than what would be realized in other activities, provided, productivity is relatively higher, but not to a degree enabling to absorb more labour. Nevertheless they are considered as the breathing space of the increasing population attached to other activities.

The ability of manufacture to absorb more labour is bound to the general outstanding lagging behind the economy as a whole, and more to the rate of increase in production in particular. That is to say, the increase in the rate of employment upon time in manufacture is bound to improvement in production techniques and productivity. Industry has to struggle for such situation just beside the measures taken through the public policy in order to raise the productivity in the economy as a whole.

Our main thesis is that economic change, whatever its nature, will reflect itself on cost of production Schedules. Consequently, we try to trace the impact of change, both internal and external, throughout our modified cost schedule extracted from industry or firm annual expenditure as the case may be⁽⁹⁾. Hereafter, some measures are derived from this pattern where the whole magnitudes are broken down in groups and sub-groups.

I think it is needless to mention that this proposed pattern is a modest notification of my personal observation and experience as a research worker dealing with problems of industries in my country (U.A.R. Egypt). It is subject

(8) Colin Clark, *The Conditions of Economic Progress*, Macmillan, London, 1957, p. 326.

(9) In developing countries partly industrialized, we can remark that manufacturing activities are highly concentrated in a few numbers of firms. There avail in many cases a dual structure of industry i.e., different levels of production techniques modern and premodern are applied in the same activity. Egypt is a typical example of this.

to refinement and adaptation to whatever case in question. No problem of the sort with availability of data, as they are all derived from the ordinary data available in any firm at any level of organization standard.

Our proposed pattern of cost schedule consists of three columns, each divided into two areas, the seventh area is added to represent the sum total of column (V, VI) giving the total expenditure of industry or firm during a certain period for a certain volume of production.

THE PATTERN OF COST SCHEDULE

Units used q in Production	Prices p	Cost (expenditure channels) M
I	III	V
1 $\left\{ \begin{array}{l} U_{11} \\ \cdot \\ \cdot \end{array} \right.$	p_{11} \cdot \cdot	$\left. \begin{array}{l} T_{11} \\ \cdot \\ \cdot \end{array} \right\} T_{10}$
2 $\left\{ \begin{array}{l} U_{21} \\ \cdot \\ \cdot \end{array} \right.$	p_{21} \cdot \cdot	$\left. \begin{array}{l} T_{21} \\ \cdot \\ \cdot \end{array} \right\} T$
3 $\left\{ \begin{array}{l} U_{31} \\ \cdot \\ \cdot \end{array} \right.$	p_{31} \cdot \cdot	$\left. \begin{array}{l} T_{31} \end{array} \right\}$
II	IV	VI
A	w	W
L	r	R
K	f	F
		V Net value added
	Total expenditure	V_{II} $=$ X

In area I, given the physical units of intermediate goods and services absorbed in the production process, classified into three main sub-groups according to origin, regional, local other than regional, and foreign origin. This group includes physical depreciation. In area II we find factors of production units participating in production process: labour and capital.

The whole quantities in column I, II are liable to change absolutely according to change in volume of production, and relatively according to change in technology and productivity as well as the change in the infrastructure. This seems quite valid whether in industry under study or in the former activities supplying the requirements even not reflected in price change as the quality may change too.

In column III, IV, there are located the corresponding prices or rates of different resources used per unit in both areas I, and II.

Column V, VI, VII gives the corresponding channels of the producers' expenditure as successive products of multiplying quantities in column I, II by prices in column III, IV. Then we have the producers' expenditure according to destination, as productive demand on regional, other local, foreign resources, satisfied in a certain period for a certain volume of production.

The sum total expenditure in area VII reflects the relative weight of industry (or firm) in comparison with other industries or firms in the same branche of economic activities. At the same time, it gives us an opportunity to trace the change even if it is mere shifting from one channel to another. That is to say it may indicate the change in producers' demand not reflected in absolute change in unit price. This in turn would retro-affect directly or indirectly the former activities as change in demand on their products. (10)

We can imagine now that a change in the volume of any item in column V, VI, VII must be caused by a change in one or both of the corresponding multiplied factors in the same row. Then we can trace the change in column V, VI, VII; first in column III, IV and later in column I, II as it is slower in the latter than in the former to some extent.

Notations in column V, VI, VII:

The values sub-grouped in area V represent the second employment, the industry or firm creates in the location area, home land or abroad as mentioned. While the values sub-grouped in area VI indicate the direct employment for production factors. The notations in both areas are as follows:

(a) in area V

- T_{11} = the money value of regional intermediate goods and services.
 T_{21} = the money value of local intermediate goods and services other than T_{11} .
 T_{10} = the money value of domestic intermediate goods and services
 $= (T_{11} + T_{21})$.
 T_{20} = the money value of imported intermediate goods and services.
 T = the total money value of intermediate goods and services
 $= (T_{10} + T_{20})$.

(10) See K. Radwan, Cost Schedule as a Tool for Economic Analysis, Ibid.

(b) in area VI

- W = Wages and salaries (Labour share for A units).
 R = Interest paid on short term financing L at r rate
 F = Profits paid on invested capital (long term financing) K At f rate.
 V = Net value added ($W+R+F=X-T$)
 X = the total money value of production at factory gate, or the sum total of producers' expenditure during a certain period, for a certain volume of production P.

In all cases there is a certain functional relationship assumed to avail between each value in the column and the corresponding values in the same row in the other two columns:

- Assuming M = the monetary value of any item
 p = the price or rate
 q = the number of units
 then $M = q.p.$ in each row.

II**The Impact of External Change.**

In this chapter, we discuss the impact of change in external forces on the flows or magnitudes of the producers' expenditure (column V, VI, VII in our schedule). The change here implies changes in the producers' demand at the end of the spending channels. That is it to say, the demand for input requirements, as well as factors of production, labour and capital in different forms, is apt to change absolutely with the volume of production and, or, change in prices (column III, IV). Consequently it affects both the indirect employment (inputs values) and the direct employment (value added components) arising out of the specific industry or firm. This is a preliminary assumption through this chapter, we drop out in chapter III below to give way for changes in technical coefficients or ratios of inputs and factors of production.

II. — 1. Intermediate goods and services cost change,

Areas I, III and V in our schedule present the quantities of raw materials and auxiliaries, energy and power of outer resources, counterpart of depreciation, their prices or rates, and values respectively. This group of production requirements represents a major part of manufacture cost in deve-

loping countries. Raw materials items as such usually range between 50% and 72% of the total cost of production.⁽¹¹⁾

This group is widely diversified and is of different origins, national or foreign. And it needs always a special treatment as their prices are mostly sensitive and more responsive to change independently. Accordingly, they are apt to affect cost levels and prices of finished goods as well. Prof. Kalecki points out these specific characteristics and indicates the different major forces affecting the situation.⁽¹²⁾ He states "Generally speaking, changes in the prices of finished goods are "cost-determined" while changes in the prices of raw materials inclusive of primary foodstuffs are "demand-determined". The prices of finished goods are affected of course, by any "demand-determined" changes in the prices of raw materials but it is through the channel of costs that this influence is transmitted."

"It is clear that these two types of prices formation arises out of different conditions of supply. The production of finished goods is elastic as a result of existing reserves of productive capacity. When demand increases it is met by an increase in the volume of production, while prices tend to remain stable. *The price changes which do occur result mainly from changes in costs of production.*"

So, intermediate goods and services costs as internal flows inside the productive system, are apt to change widely and more freely with respect to the individual industry or firm. Mostly, there exist several reasons underlying the change. Some of them are symptoms of change in the economy as a whole, and some others are initiating from one specific group of activities, according to their nature. The greater the degree of change, the more it represents a tribute to general economic change.

II. — 1a. *The inflationary pressure.*

Inflation, insofar as it is reflected in a rapid rise of prices, ranks among those unsettling forces which, by altering the pattern of demand and absolute and relative costs of resources, increase uncertainty, and therefore magnify the risks attendant upon an investment as specific and inflexible as one in a factory establishment.⁽¹³⁾

As an initiating force, inflation is mostly a by-product of undue public and monetary policies. Besides, there exist always gaps between producers' expenditure investment from one side and the full realization of the results

(11) Process and Problems of Industrialization in under-developed Countries. U.N., N.Y. 1955, p. 46. The highest ratio is found in the Egyptian industry.

(12) Prof. M. Kalecki, Theory of Economic Dynamics, London, 1952, p. 11.

(13) Process and Problems of Industrialization, Ibid, p. 54.

of this expenditure in the form of an increase in supply and less scarcity of the line on the other side.

Inflationary pressure disturbs both consumers' goods and producers' goods markets mutually. Once it is initiated, it is induced and stimulated by its own effects, representing one of the most significant problems of development.

Generally, it is approved in theory and practice, that demand on producers' goods is derived from the demand on their final products as consumers goods and services. Inflation could hit cost from two sides and defuse from one activity to another. For instance, industries depending on manufacturing an agricultural product may face a rise in crop prices owing to higher cost of production, lower quality or change in allocation of resources caused by change in relative profitability. In some cases the government is compelled to stabilize the money income of major part of the producers of raw materials or consumers as a means to relieve them of the inflation evils⁽¹⁴⁾. Manufacture may depend on a local raw material rather expensive, while is not allowed traditionally to substitute it by imports at better price⁽¹⁵⁾.

II. — 1b. *Change in import costs:*

Manufacturing activities in partly industrialized countries are liable to be affected not only by locally initiated inflation but also by imported inflationary hardships. The more the country faces uneasiness in finding outlets for its main products in world market, the greater are changes in cost of imports. And, the more the percentage of subgroup U31 in our schedule in comparison with the other requirements, the more its cost responds to rise as cost of imports rises. Consequently it may play a leading role in affecting the total cost level.

In our case, machinery and complicated equipments are imported. Then, the cost of obsolete replacement and spare parts, necessary to run even the existing capacity, rises by its turn. And consequently, requires more expenditure and provisions to meet any new rise. Wear and tear allowances items in cost schedule go high. In these circumstances, cost in industries depending on imported semi-finished and raw materials are liable to rise quickly too, as well as industries using intensive fixed capital in the form of machinery and equipments. Shifting from value added, namely profits, to the value of input group will haunt our cost schedule with every rise on cost of replacement realized or expected to be.

(14) In U.A.R., Egypt, the prices of sugar cane, the main raw material for sugar industry (65%) as well as the final products are fixed.

(15) The Egyptian textile is also a good example in this case.

The country has to export more to keep its production at a sound level. Then it faces a two-fold problem of development, to employ more resources in exporting activities, and at the same time succeeding in finding outlets for the excess production without undue lowering of prices. Lower prices of exports form a new burden on prices of imports. And, both are cuts of real national income.

On the long run, terms of trade between the developed countries on one side and the developing countries on the other, can affect the situation so considerably. An improvement in terms of trade (that is, an increase in the ratio of export prices to import prices) promotes the countries development by increasing its purchasing power in the international market. The change in terms of trade also affects the nature and extent of development as well as its course, and this in turn affects the terms of trade and vice-versa.

As development proceeds, there are likely to be changes in consumption patterns, technology, factor supply and prices, and the competitive and monopolistic elements in market structure. All of these factors will affect commodity prices, and hence the terms of trade⁽¹⁶⁾.

II. — 1c. *The bottle-necks;*

Generally speaking, undue increase in demand and utilization of resources relatively being more scarce, reflects itself in the form of more pay for less yields or less quality. Maybe, that it could be offset in the long run by developing such resources, some how, or by substituting the excess demand by new resources supplies. But in the short run, some items of cost go higher, affecting cost level to rise proportionally with the weight of these items in total cost. Changes in production demand on some items cause a new rise in prices, as supply does not cope with changes in demand.

Bottle-necks phenomenon may be originated by relative scarcity of necessary resources, or over capacity working in some activities Prof. Tinbergen relates this phenomenon to Prof. Kalecki's thesis. He indicates "Finally, if prices of manufactured products are primarily dependent on cost, their flexibility appears to be rather high, that is, these prices are only influenced to a small extent by the quantity demanded. Only if this quantity comes close to the capacity for producing this goods, its influence on prices becomes important, that is, in the bottle-necks stage."⁽¹⁷⁾

(16) Meier, Baldwin, *Ibid.*, p. 229.

(17) Prof. Dr. I. Tinbergen, *Economic Policy*, p. 31.

Foreign currency fund may be cited as a good example in this respect. Acute shortage of the country's resources to finance its imports widens the gap between supply and demand for the items required. Then their prices are liable to follow the upward trend. In some cases, industries depending on particular resources located regionally are exhausted when such resources do not comply with expanding production, especially if those items are of orienting nature.

II. — 1d. *Speculations:*

The change in the formerly mentioned factors creates an atmosphere of uncertainty and unreliability in economic calculations. Continuous, and sometimes sudden change in prices inevitably creates opportunities for speculations. Goods and commodities circulate from hand to another far beyond the productive operations, realizing higher and quicker profits. Producers in turn may find it more profitable to speculate in production requirements than to introduce them into a rather long process until realizing their working capital in cash again.

Speculations also reflect the miscalculations in the national policy draft. The greater the free part of the economic activities the more exist opportunities for speculations as an independent and unsettling factor in the producers markets delaying the te dueflow of final commodities and services to the Consumers' markets.

II. — 1e. *Cost change in suppliers activites:*

The movement formerly described is liable to defuse from one activity to another at different degrees. The inflationary pressure implying all these attributes hits the cost level in different directions. Industry or firm under study is faced by direct and indirect cost rise, under the same roof as well as the suppliers. The case is diagnosed by "cost inflation". This movement shows itself whether in the form of higher prices or lower quality of deliveries, and shortage of supply especially under prices-control policy.

II. — 3. *Change in factor cost:*

Value added by its turn is much affected by change in interrelative forces, whether in its aspect as a residual value between inputs and outputs values, or in its aspect as a market phenomenon. This change is by itself a keenly significant feature. It reflects the tendency of income value created in a certain sector or industry of the economy to react with the change. Moreover, relative or absolute components are of significance too, as they are affected in different degrees. The outcome is successive repercussions on other activities, especially for revenues representing first regional employment e.g. wages

and rents⁽¹⁸⁾. A relative increase in value added surpassing the relative increase in production means a new contribution to inflationary pressure directly proportional to the weight of industry or firm in the national economy.

II. — 3a. *Change in the inputs cost ;*

Change in intermediate goods and services cost expressed in the subtotal value of area V in our schedule duly surpasses and adjusts itself first on the account of the subtotal value expressed in area VI. Under price-control policy, likely enforced on finished goods markets, this movement is expected to bring down the value added. This phenomenon represents one of the most important problems of industrial growth. The problem is more acute with regard to industries largely depending on imports for raw materials or replacements and spare parts. In the latter case these would exist always an enlarging difference between their book and replacement values growing more and more with price movement.

Then, industry is haunted by different pressures. High cost of inputs does not allow either to pay the former incomes or to increase them *pari passu* with higher prices. And, at the same time, external pressure is exerted to drive up the payments to the factors of production relatively more scarce (or more organized). The principle of opportunity costs plays its role here actively. The real burden of economic change will be forced on that group of community with less ability to bargain successfully and change their position⁽¹⁹⁾.

Highly organized groups, such as technicians and skilled labour ask for more regardless of their productivity. New agreements are duly signed confirming higher rates, and perhaps with some precautions of an expected rise in prices. The necessity of enough inventories, to keep the working capacity at a proper level, are heavily financed by banking system and credit purchases against interest and excessive expenditure.

II. — 3b. *The inflationary pressure :*

From a national point of view, this movement pushes the prices higher and higher with cumulative effect. The vicious spiral of initiated and self-induced inflation works earlier or latter on. The public policy with its instruments can do a lot, however, with hard limits unless another change comes out from the industry itself in self defence.

(18) Rent, as an item of cost in industry, is of a slight importance in practice and could be neglected here and added to services item.

(19) See, K. Radwan, Cost Schedule as a Tool for Eco. Analysis, Ibid.

The excess of purchasing power pours in the markets seeking more supply of consumers' goods not ready at the moment. Again, it causes a change in the pattern of consumption and unfounded income redistribution with regard to productivity. This situation hits again, in its turn, the balance of payments. Consequently, there exists a new element of disturbance squeezing the imports necessary for development plans.

III

Internal Change v/s External Change.

In Chapter II, there has been discussed the impact of change in external factors on the producers expenditure channels (cost items in column V, VI, VII in our schedule) for a certain volume of production (P). There has been assumed implicitly that the probable change is caused only by change in prices located in column III, IV.

This assumption is now eliminated to give way to relative and absolute changes in values expressed in column I, II coinciding the probable change in prices. Then we investigate the other forces or working of economic laws supposed to be oriented to play a certain role in maximizing production or minimizing unit cost in order to prevent the full realization of the gloomy picture that chapter II shows. To this change we propose the title of "Internal Change".

III. — 1. *The nature of internal change:*

The concept of internal change as explained here, is the outcome of improvements in production techniques, productivity of factors engaged in production process, and management methods applied to combine such factors, as forces affecting the target supposed to be realized. In this sense, it represents the strategy of individual activity to adapt itself to unfavourable changes in external factors or data attitudes lagging behind its envisaged or planned rate of growth.

The same idea is valid with respect to the economy as a whole, as it is at last a group of activities. The working of economic laws as lagging forces can be reversed to some extent by means of manoeuvring what is controllable of such forces. In other words, we are not always invalid towards these condition⁽²⁰⁾.

On both levels, industry and economy, there exists always a room for these offsetting forces to militate obstacles hindering the process. Moreover, internal change represents in some respects, the responsiveness of the indus-

(20) See O. Lange, *Economic Laws*, International Economic Papers, No. 4, Macmillan London, 1954.

trial bodies to the public policy from one side, and the tight collaboration between the top management and different groups attached to production activities.

The due reactions between the favourable and unfavourable changes are by themselves the essence of economic change. The net result realized and the net increase in population define *pari passu* the net rate of economic growth over a certain period.

And returning to the industry level, it is well known that items shown in column I, II in our schedule represent by themselves social burdens, provided, they are units drawn out of the disposable or exploitable national resources. In this sense, each item is in its turn a social cost. That is to say, using resources partially or totally in certain sort of production deprives others at the same time.

Change in relative scarcity introduces itself in our schedule in the form of change in prices i.e. values in column III, IV. Price mechanism has always something to do even under planning conditions. And then more or less expenditure for the same units of requirements, exposed in relative change of values in column V, VI, VII in consequence. The more elastic is cost in a particular industry or firm, the greater is its ability to draw out of resources and deprive other activities by offering higher payments, for instance, if they represent only small items in its cost schedule.

Then it is safe to say that internal change is meant and expected to minimize cost of unit or maximize production without undue rising in unit cost as well as minimizing social cost. In other words, its aim is, or should be, to maximize social returns drived out of the existing human and material resources.

Social cost could be minimized by manoeuvring relative scarcity as an economic phenomenon by shifting whenever possible from using the more scarce resources to using less scarce ones, provided, to attempt to interfere in the internal technical relationships between the different factors of production in large measure to cope with the national aims⁽²¹⁾.

In this chapter, an imaginary line of demarcation is drawn between the two groups of internal changes, namely technical change and improvements

(21) To Prof. Schumpeter, the single cause he concentrates on and which he explicitly defines is technical advance. He defines an innovation as an economic, not a physical fact, the introduction into economic use of an invention, and his definition is sufficiently wide to include new methods of producing old goods, new goods, new materials and new skills and techniques, including techniques of organization, administration, exchange and financing. See also B.S. Keirstead, *The Theory of Economic Change*, Macmillan, Toronto, 1948. p. 96.

in productivity. As they even are rather different in scope they work together in the same direction. Both are the tools of management on the industry or firm level to develop production figures at a sound economic sphere.

III.—1a. *Technological change* :

Items shown in area I in our schedule express the physical quantities or units drawn out of national resources as inputs to produce a certain volume of output (P) in collaboration with factors defined in area II. The counterpart value of this item, inputs, represents the complementary part to the value added as a counterpart for amounts of factors defined in area II. Both together add up two identities:

- 1) the total expenditure, and
- 2) the cost price at factory gate.

This is the simple idea behind the preliminary breaking down of the whole expenditure into two components as they are of different nature and should be treated separately.

Technical change is meant to improve the way the input items are used in. That is to say, its task is to exert a continuous modification in its ratios, quantities and qualities. And moreover to find a way for the working of the substitutive principle. Some resources grow more scarce while others are still relatively less scarce. That is to face the unfavourable external change on one side, and to improve the situation on the other. And as what has been mentioned before, the value of this group forms a high percentage in the total cost. So, any improvement, whether under the same roof or under the suppliers', will be of much significance from the industry or national point of view (22).

The same is true concerning an improvement of the output quality, as it adds up to the durability or reduces cost of production at later stage, if the commodity is not finished under the same roof. This situation favours the exporting industries in particular and enables the national economy to breath wider in world market through stressing on the most successful activities. All are in our incomparable indicators of industrialization.

Prof. Kindleberger states that in the long run, but not in the short, it is appropriate to consider technical change as bringing about an increase

(22) In Abo-Karkas sugar plant (U.A.R. Egypt), it was possible to reduce cost of producing raw sugar by 10% through eliminating the time of material rotation and procession, raising the percentage of sugar extracted.

Some results are achieved too in textile industry, the main industrial activities in the country, to reduce the waste percentage of raw cotton.

in income per head through reducing the inputs required for a given output, or giving more for a given input⁽²³⁾.

This idea is also valid in our case. Technical progress in the developed countries can satisfy the technical needs of developing countries where machinery and equipment are mostly imported. The structure of trade between both groups is considerably changing as the industrialization movement finds a place in such countries. The producers' needs are much different, so any progress realized in this concern will benefit both sides. But the range of applicability of new techniques will be limited by the range of constructing new plants as well as replacing the existing ones. The movement, which is by itself of a long run nature rather than of a short run.

Another partial function of technological change is affecting the structure of income distribution through the production process. Interlating change in input/output ratio changes the factor cost consequently as we assume that the input concept implies depreciation and maintenance cost items. The smaller the ratio, the greater the value added and vice versa.

On the other hand, there can be a change in the capital/output ratio by means of more use of the existing fixed capital through curing production bottle-necks whenever discovered under the same roof. Small amounts of investment in certain points, can give results far beyond what is expected in others by means of reducing the process and time of production for instance. That means more production through changing the volume of working capital and labour units only. Then production costs do not depend in an immediately way on the rate of production⁽²⁴⁾.

So, as Prof. Kindleberger points out, technological change is a prime mover in the course of economic development. Historically, invention and innovation have let the progress of growth in advanced countries. Imitation by less advanced countries, he suggests, affords them a short-cut to higher levels of living⁽²⁵⁾.

III. — 1b. *Improvements in productivity :*

In area II in our schedule there located the units of labour and capital of different forms, as factors engaged in the production process within the period under study. There exist always certain relationships and inter-relation-

(23) Prof. Ch. P. Kindleberger, *Economic Development*, N.Y. 1958. p. 78. See also, B.S. Keirstead, *Ibid.* There he considers scientific progress from among the other "causes" of economic change as within the order of economic causation. p. 37.

(24) Prof. Dr. J. Tinbergen, *Econometrics*, p. 117.

(25) Prof. Ch. P. Kindleberger, *Ibid.* p. 91.

ships relating these factors to each other on one side, and to the volume of production (P) and total expenditure (X) on the other. They can be summed up as:

1. Interrelationships between the volume of labour and the volume of capital defined by:
 - (a) The nature of industry.
 - (b) The state of technology.
 - (c) The relative scarcity of each factor.
 - (d) The range of substitutability between the two factors.
 - (e) The optimum volume of production (market considerations).
2. Relationships between the volumes of labour and capital from one side and
 - (a) The money value of production (X)
 - (b) The money value added to inputs (V) from another, *through prices and rates*.
3. Relationships between the volume of labour and capital, each from one side and the volume of production (P) from another, *through productivity of each factor*.

Interrelationships under category(1) are assumed to be settled initially, provided, changes in these interrelationships would create *further changes* in relationships under categories 2 and 3.

Relationships under category (2) have been discussed under par. II. 3 above. Nevertheless, they are mentioned below whenever necessary.

And now we discuss the relationships under category (3) vis, productivity as a functional link between factors and product as a whole, between labour and products in particular, as the latter is much stressed on in most of the cases.

Productivity as a concept.

Productivity as a concept indicates in general the relationship between a given volume of production and the total volume of factors combined in production process through a certain period. Improvement in such relationship means more production out of the same amount of resources, or greater increase in production than the increase in resources utilized. So, such improvement in collaboration with technical change can release a part of the resources, if not needed in the same activities to be utilized elsewhere.

As a matter of fact, if the working of internal change surpasses the unfavourable external change, more income per head is arrived at, with the same social effort.

And hence the indirect result is a relief of a part of the social cost. So, as Dr. Rostas states, productivity is one of the determinant of the national product. In the broadest sense it is an indicator of the utilization of resources, measured in some sort of physical terms (26).

Productivity in the short run together with technological change in the long run can do much to face the problem of acute relative scarcity of specific resources, in our case, skilled labour and capital.

Productivity of Labour.

The concept of productivity, formerly mentioned, is more general than what is applicable in our field. The only reasoning behind it is that capital by itself is nothing but work carried in the pest, the product of which was not consumed (27). But some authors call for stressing on productivity of labour in the narrow sense. Dr. Rostas indicates that the most usual and in many ways the most important meaning of productivity is that productivity of labour. And he considers it an important indicator of standard of living (28).

The net result of reactions between external change and internal change, if it is on the proper path, will show itself in our schedule in different ways, vis:

- (a) The value of X and P are on the same path, i.e. they are identical in the early phases, which means constant cost price per unit. Moreover, the industry under study does not participate in the explosion of prices and still on neutral position towards the inflationary pressure.
- (b) The increase in value of P surpasses the increase in value of X, which means improved cost per unit. At this stage the industry under study is favouring the resistance of flying cost movement in the other sectors of the economy.

(26) Dr. L. Roostas, *Alternative Productivity Concepts, Productivity Measurement* E.P.R.O. V. I. N. 235.

(27) C. Furtado, *Capital Formation and Economic Development*. Inter. Econ. Papers, No. 4, Macmillan, London, 1954.

(28) Dr. L. Rostas, *Ibid.*

See also Dr. G. Fürst, *The Rate of Official Statistics in Measuring Productivity* (the same volume), and W.G. Hoffman, *On Forecasting Productivity Changes in an Expanding Economy*. Inter. Econ. Papers No. 9, Macmillan, London 1959 and B.S. Keirstead, *The Theory of Economic Change*, *Ibid.* p. 301.

- (c) A decrease in the input/output ratio which means more income per head within the specific industry, a rather more productivity in monetary terms and hence a release of a part of the national resources.
- (d) An increase in output/labour ratio (production per man hour) which indicates an improvement in productivity in physical terms, alternatively in value added/labour ratio which means an improvement in labour productivity in money terms.

The change in (a) and (b) has a direct impact on the economy as a whole, and the latter activities in particular, as improvements in quality and price of deliveries⁽²⁹⁾.

And at the same time change under items (c) and (d) favours the economy indirectly and perhaps more effectively as it adds up to the national income a higher share. This effect is two-fold: it favours the enlargement of market as the new real increase in income will open an outlet for a new employment and in the same time more possibilities for an increase in capital formation with the successive increases in real national income⁽³⁰⁾.

IV

Measuring Change.

So far, our cost schedule is an attempt to frame up the dependent variables influenced by the change in external independent factors described before, in as much as they react upon each other throughout the production process. A stress has been laid on the monetary aspects, as they reflect in a way or another the ultimate resultant of change in each value of factor in each individual function. We have been much interested in cost level and producers' expenditure channels shifts. They have been considered as indicators of net change.

In this chapter we deal with the problem of measuring the change, provided, more elaboration is attempted to materialize the main ideas incorporated throughout our analysis. Further stress is laid on the relative change in total expenditure, the volume of production and the relative change in the intra-components affecting the former magnitudes.

We should refer in this respect to the general case as a target for the growth of industry in question, assuming it to be defined in advance. This

(29) In some cases the situation favours the former activities too. Improvement in productivity in manufacture can make it possible to pay better prices for the inputs of higher quality.

(30) Furtado, *Ibid.*

target may be summed up as : *increasing the volume of production subject to the following conditions:*

- (a) decreasing cost per unit
- (b) increasing value added
- (c) increasing employment
- (d) less depending on imports
- (e) developing regional resources.

It goes without saying that the degree of satisfying these conditions, defines by itself to what extent the industry is healthy and promising to realize the desired target. Hence our task is of an analytical nature rather than to set up a plan for developing our industry (or firm). Again we are supposed to trace and measure the change, rather than to manipulate any instrument to satisfy a plan of the kind. *Only the supposed change to be measured and its form to be defined.*

For this specific purpose we introduce a simple model for analysis in the short run, derived out of our cost schedule as defined before. The model is consisted of seventeen equations, the same number of variables assumed to be endogenous in our system. All prices and rates including selling price are assumed to be exogenous variables, as they illustrate the direct impact of external changes. *Symbles refer to the relative change in the initial known values.*

Our model runs as follows: (*)

- 1) $\dot{X} = \eta_1 \dot{V} + \eta_2 \dot{T}$
- 2) $\dot{V} = \phi_1 \dot{W} + \phi_2 \dot{R} + \phi_3 \dot{F}$
- 3) $\dot{T} = \delta_{11} \dot{T} + \delta_{11} \dot{T}_{21} + \delta_{31} \dot{T}_{31}$
- 4) $\dot{W} = \dot{w} + \dot{A}$
- 5) $\dot{R} = \dot{r} + \dot{L}$
- 6) $\dot{F} = \dot{f} + \dot{K}$
- 7) $\dot{T}_{11} = \dot{p}_{11} + \dot{U}_{11}$

(*) *Special notes on the model:*

1. — In equation (1) η_1 and η_2 represent the average weights V/X and T/X suce.
2. — In equation (2) η_1 , η_2 and η_3 stand for the average weights W/V , R/V and F/V suce. =

$$\begin{aligned}
 8) \quad \dot{T}_{21} &= \dot{p}_{21} + \dot{U}_{21} \\
 9) \quad \dot{T}_{31} &= \dot{p}_{31} + \dot{U}_{31} \\
 10) \quad \dot{P} &= \dot{X} - \dot{p} \\
 11) \quad \dot{A} &= \dot{\lambda} + \dot{P} \\
 12) \quad \dot{L} &= \dot{\alpha} + (\dot{P} + \dot{p}) \\
 13) \quad \dot{K} &= \dot{k} + \dot{P} \\
 14) \quad \dot{U}_{11} &= \dot{\beta}_{11} + \dot{P} \\
 15) \quad \dot{U}_{21} &= \dot{\beta}_{21} + \dot{P} \\
 16) \quad \dot{U}_{31} &= \dot{\beta}_{31} + \dot{P} \\
 17) \quad \dot{p} &= \pi_{11} \dot{P}_{11} + \pi_{21} \dot{P}_{21} + \pi_{31} \dot{P}_{31} + \pi_{41} \dot{w} + \pi_{51} \dot{r} + \pi_{61} \dot{f}
 \end{aligned}$$

3. — In equation (3) δ_{11} , δ_{21} and δ_{31} denote to the average weights T_{11}/T , T_{21}/T and T_{31}/T suce.
4. — In equation (10) \dot{P} stands for the relative change in the physical volume of production.
5. — In equation (11) $\dot{\lambda}$ equals the relative change in labour/output ratio. The reciprocal equals the relative change in physical productivity of labour.
6. — In equation (12) $\dot{\alpha}$ equals the relative change in the working capital/output ratio.
7. — In equation (13) \dot{k} equals the relative change in the capital/output ratio, the reciprocal represents the relative change in productivity of capital.
8. — In equations (14), (15) and (16) $\dot{\beta}_{11}$, $\dot{\beta}_{21}$ and $\dot{\beta}_{31}$ represent the relative change in the technical relationships between the different sub-groups of inputs and the volume of production.
9. — In equation (17)
- \dot{p} = the relative change in cost price per unit
 - $\pi_{i1} = \gamma_{i1} \frac{p_{i1}}{p_t}$
 - $\gamma_{11} \dots \gamma_{61}$ stand for the average weights T_{11}/X , T_{21}/X , T_{31}/X , W/X , R/X and F/X
 - $i = 1, 2 \dots 6$
10. — In all cases values in the weights are the initial absolute values.

Tools for measuring change

Our target as defined with its conditions can be denoted as follows:

$\dot{P} > 0$ subject to the following conditions:

$$(a) \dot{p} < 0$$

$$(b) \dot{V} > 0$$

$$(c) \dot{A} > 0$$

$$(d) \dot{T}_{11} < \dot{T}_{21} < \dot{T}_{31} < 0$$

And now we propose the following measures:

A-1) *The elasticity of inputs:*

From equations (10), (14), (15) and (16) we can deduce the following measures:

$$1) \dot{U}_{11} / \dot{P} = 1 + \frac{\dot{\beta}_{11}}{\dot{P}} = E_1$$

$$2) \dot{U}_{21} / \dot{P} = 1 + \frac{\dot{\beta}_{21}}{\dot{P}} = E_2$$

$$3) \dot{U}_{31} / \dot{P} = 1 + \frac{\dot{\beta}_{31}}{\dot{P}} = E_3$$

It is clear that the interrelationships expressed in the former three elasticities are together, subject to three streams of reactions, namely:

- (a) the relative change in the volume of production represented by \dot{P} .
- (b) the change in technology in the short run, for instance, modifying the flow of raw materials and auxiliaries, reducing waste of raw materials and energy, etc. the changes expressed partly by the relative change in the coefficients β_{11} , β_{21} and β_{31} .
- (c) the relative change in prices of each subgroup (including change in quality also) as expressed partly by the relative change in the coefficients β_{11} , β_{21} and β_{31} .

The resultant of change can be exposed in the form of shifting from one origin to another (modifying the coefficients as percentages adding up to 1) to satisfy the conditions subjecting our target. The following relationships may express to what extent they are satisfied:

$$\text{Then: } E_3 < E_2 < E_1 < 1 \quad \dot{\beta}_{31} / \dot{P} < \dot{\beta}_{21} / \dot{P} < \dot{\beta}_{11} / \dot{P} < 0$$

A.2) *The elasticities of production factors:*

From equations (10), (11), (12) and (13) the following measures can be derived:

$$4) \dot{A}/\dot{P} = 1 + \frac{\dot{\lambda}}{\dot{P}} = E_4 < 1$$

$$5) \dot{L}/\dot{P} = 1 + \frac{\dot{\alpha}}{\dot{P} + \dot{p}} = E_5 < 1$$

$$6) \dot{K}/\dot{P} = 1 + \frac{\dot{k}}{\dot{P}} = E_6 < 1$$

The three fractions in the ratios should prove to be < 0 as:

- (a) the relative change in $\dot{\lambda}$ should bear the sign — which reflects the improvements in labour productivity (the reciprocal of $\dot{\lambda}$ as it refers to labour/output ratio)
- (b) the relative change in $\dot{\alpha}$ should bear the sign — as it expresses the degree of improvements in efficiency of management to regulate the necessity for short term financing (optimum stocks, more speed for production turnover, etc.) The relative change in cost price (\dot{p}) located in the denominator can play an important role far beyond the effect of the relative increase in production volume as it may necessitate more financing as expenditure increases with higher cost. The value of fraction then tends to equal 0 or to be positive as the sign of $\dot{\alpha}$ is reversed with the lack of heavy financing, i.e. higher working capital/output ratio.
- (c) the relative change in \dot{k} should bear the sign — which means favourable change in capital/output ratio, i.e. more production out of the same, or with less relative increase in the volume of capital. This situation can be achieved in the short run to some extent defined by the existence of idle capacity, which is one of the main characteristics of industry problems in partly industrialized countries. Capital can be increased proportionally less than production. The same holds true when there are bottle-necks duly discovered and necessitate proportionalization of all processes. The sort of investment which proves to be much cheaper in our case.

As a corollary of our argument capital intensity as a proportion between capital and labour is liable to change too, if the former changes are realized favourable. The change can also be defined as : $\dot{K}/\dot{A} < 1$

B) *The elasticities of expenditure magnitudes:*

The internal reactions of the formerly described changes with the change in prices and rates from one side, and the change in the volume of production from another, expose themselves in the expenditure channels shifts and increases. The final result of these reactions defines to what extent our target with its conditions is achieved.

B.1) *The value of inputs*

The relative change in the value of inputs and its components, with respect to the relative change in total expenditure can be measured from equations : (1), (8), (9) and (10). Then we derive:

$$7) \dot{T}_{11} / \dot{X} = \frac{\dot{p}_{11} + \dot{U}_{11}}{\dot{p} + \dot{P}} = E_7$$

$$8) \dot{T}_{21} / \dot{X} = \frac{\dot{p}_{21} + \dot{U}_{21}}{\dot{p} + \dot{P}} = E_8$$

$$9) \dot{T}_{31} / \dot{X} = \frac{\dot{p}_{21} + \dot{U}_{21}}{\dot{p} + \dot{P}} = E_9$$

The fulfilment of our target with its conditions dictates the following relationship: $E_9 < E_8 < E_7 < 1$.

The three elasticities together define the relative change \dot{T} as a function of them all. Then the elasticity of value of inputs can be defined as:

$$10) \dot{T} / \dot{X} = E_{10}$$

and it should be a favourable position if the ratio proves to be < 1 .

B.2) *The value added:*

From equation (4), (5), (6) and (10) we can derive the following relationships:

$$11) \dot{W} / \dot{X} = \frac{\dot{w} + \dot{A}}{\dot{p} + \dot{P}} = E_{11}$$

$$12) \dot{R} / \dot{X} = \frac{\dot{r} + \dot{L}}{\dot{p} + \dot{P}} = E_{12}$$

$$13) \dot{F} / \dot{X} = \frac{\dot{f} + \dot{K}}{\dot{p} + \dot{P}} = E_{13}$$

$$14) \dot{V} / \dot{X} = \dots \dots \dots E_{14}$$

The favourable position can be expressed as :

$$E_{13} < E_{14} < E_{11} > 1 > E_{12}$$

APPENDIX

The reduced form:

$$1) \dot{X} = \varphi_1 \dot{V} + \varphi_2 \dot{T}$$

$$2) \dot{V} = \dot{X} - \dot{p} + \varphi_1 (\dot{w} + \varphi) \gamma_2 (\dot{r} + \alpha) + \varphi_3 (\dot{f} + \dot{k})$$

$$3) \dot{T} = \dot{P} (\delta_{11} + \delta_{21} + \delta_{31}) + \sum_{i=1}^3 \delta_{i1} \dot{p}_{i1} + \sum_{i=1}^3 \delta_{i1} \dot{\beta}_{i1}$$

$$4) \dot{p} = \pi_{11} \dot{P}_{11} + \pi_{21} \dot{P}_{21} + \pi_{31} \dot{P}_{31} + \pi_{41} \dot{w} + \pi_{51} \dot{r} + \pi_{61} \dot{f}$$

BIBLIOGRAPHY

1. — Meier, Baldwin, *Economic Development, Theory, History, Policy*, N.Y. 1957.
2. — C. Roger, *Social and Cultural Factors in Economic Development*. c.p.a. No. 38, Spring-Summer 1961.
3. — J. Tinbergen :
 - a) *Economic Policy*
 - b) *Design of Development*
 - c) *Econometrics*
4. — C. Clark, *The Conditions of Economic Progress*, Macmillan, London 1957.
5. — *Process and Problems of Industrialization in Underdeveloped Countries U.N.* N.Y. 1955.
6. — M. Kalecki, *Theory of Economic Dynamics*, London, 1952.
7. — K. Radwan, *Cost Schedule as a Tool for Economic Analysis, a Methodological Study*, L'Egypte Contemporaine, July 1962.
8. — O. Lange, *Economic Laws, International Economic Papers No. 4*, Macmillan, London 1954.
9. — B.S. Keirstead, *The Theory of Economic Change*, Macmillan, Toronto, 1948.
10. — C.P. Kindleberger, *Economic Development*, N.Y. 1958.
11. — L. Rostas, *Alternative Productivity Concepts, Productivity Measurement*, E.P.R.O., V.I.
12. — C. Furtado, *Capital Formation and Economic Development, Inter. Economic Papers No. 4*, Macmillan, London, 1954.
13. — G. Furst, *The Role of Official Statistics in Measuring Productivity* (the same volume).
14. — W.G. Hoffmann, *On forecasting Productivity Changes in an Expanding Economy*, Inter. Economic Papers No. 9, Macmillan, London, 1959.



ETUDES SUR LA NOTION DE CONTRAT INTERNATIONAL (I)

Dr. AHMED SADEK EL-KOCHERI

Chargé de cours à la Faculté de Droit - Université Ein Chams

*"Gru, teurer Freund, ist alle Theorie, und grün des Lebens goldner Baum"
Goethe - Faust.*

INTRODUCTION

1 — **Le Problème du Contrat International:** Si la théorie générale du *contrat international* n'a pas été élaborée jusqu'à ce jour, c'est que le problème envisagé semble avoir été mal posé.

Les auteurs qui traitent de cette branche du droit ont été, depuis longtemps, sous l'influence d'un double préjugé qui les a empêchés de saisir la réalité de la vie du droit. Généralement, ils partent du postulat que les règles des droits internes s'appliquent purement et simplement en matière de commerce international, pour affirmer que leur activité légitime doit s'arrêter au rattachement de la relation juridique en question à une loi étatique déterminée. L'organisation interne étant le modèle, les juristes classiques envisagent le droit international privé comme une "projection du Droit Civil interne sur le plan international", moyennant un procédé "mécanique" pour la répartition de la compétence entre les différentes lois étatiques en présence. Ainsi, la recherche au-delà du droit interne en utilisant d'autres moyens que "les règles de conflits" dépasse, selon la doctrine traditionnelle, le cadre réservé au droit international privé qui, par conséquent, doit rester dans un état d'infériorité à l'égard des autres branches du Droit en contact direct avec la vie juridique.

Ce manque de réalisme de la part des auteurs du droit international privé, n'est, en effet, qu'un aspect particulier de la crise plus générale de la science juridique, qui doit renouveler ces méthodes (1). En ce qui nous concerne ici, si les spécialistes de notre branche ne s'en étaient pas tenus à leur

(1) A ce propos, M. AGO écrit: "Si l'on aspire à atteindre réellement une connaissance scientifique d'un phénomène pareil (lire: juridique), si l'on ne veut pas condamner la science juridique à être la science d'une partie seulement du droit existant dans chaque système en vigueur, il faut que cette dernière se libère préalablement et définitivement de certains préjugés, de certains dogmes introduits et puis laissés en héritage par le positivisme juridique". Cf. *Science juridique et droit international*, dans *Recueil des cours de l'Académie du Droit International*, vol. 90, 1956, p. 940.

dogmatisme classique, le contrat international leur serait apparu avec toute son *originalité* et son *autonomie* et ils n'en auraient pas entravé l'expansion dans le sens que son génie propre appelait.

Essayer de construire une théorie générale du contrat international serait, en effet, une entreprise périlleuse, si l'on ne commençait par un déblaiement du terrain en précisant la méthode scientifique à suivre, et le rôle qui doit être attribué au droit international privé dans l'ensemble de l'ordre juridique mondial.

2 — **Méthode à suivre** : Personne ne peut douter aujourd'hui que la question de méthode est à la base de toute recherche efficace. "Le XXème siècle, écrit M. DUVERGER, n'est pas seulement le siècle de l'atome; il est aussi le siècle des sciences sociales" (2). Ceci s'explique par le fait que notre siècle a vu non seulement la naissance de nouvelles branches d'études sociales et l'essor de branches déjà existantes mais aussi et surtout, ce qu'on peut appeler "une révolution dans les méthodes" (3).

Mais, cette révolution a gagné le monde juridique avec un retard considérable (4). Fidèles à certaines traditions, les juristes hésitèrent de longues années durant à suivre le chemin que les autres sciences sociales avaient emprunté; et une partie de la doctrine moderne garde toujours une certaine nostalgie d'anciens dogmes qui inspirent son oeuvre d'une manière plutôt inconsciente (5).

Pourtant, en dénonçant le dogmatisme des uns, il ne faut pas retomber dans l'empirisme des autres. Selon l'image kantienne, "la science purement empirique du droit est (comme la tête des fables de PHEDRE) une tête qui peut être belle; il n'y a qu'un mal, elle est sans cervelle". "Pas de faits sans

(2) cf. M. DUVERGER, *Méthodes de la Science Politique*, PARIS, 1959, Préface, p. VII.

(3) Voir surtout: Max WEBER. *The methodology of the social sciences*, traduit de l'allemand par E. SHIL et H.A. Finch, Glencoe, 1949; KAUFMAN (F.), *Methodology of the social sciences*, New-York, 1944. En langue française, la traduction de l'ouvrage de FESTINGER et KATZ, sous le titre: *Les méthodes de recherches et les sciences sociales* (2 vol. 1959), et l'ouvrage récent de M. DUVERGER sur les *Méthodes des sciences sociales*, ont inauguré, pour la science sociale, une ère nouvelle que nous espérons aussi prospère qu'aux Etats-Unis.

(4) Ce phénomène n'est pas nouveau. Déjà, à l'époque de la Renaissance, ZASIUS écrivait en 1520: "All sciences have put off their dirty clothes; only jurisprudence remains in her rags"; cité par STINTZING dans son ouvrage: *Ulrich ZASIUS*, London, 1957, p. 107.

(5) Il semble que les grands maîtres contemporains de notre discipline ne se soient pas tout à fait soustraits à cette nostalgie. Au cours de ce travail, nous aurons maintes occasions de voir comment les idées a priori ont pu les amener à certaines constatations en marge de la vérité.

idées, pas d'idées sans faits": ce principe de François SIMIAND exprime admirablement le caractère de toute recherche scientifique (6). Sans une réflexion pénétrante un effort de classification synthétique, il n'y aurait pas de science juridique (7).

Le "chemin moyen" (middle way), entre "l'hypersystématisation" et "l'hyperfactualisme", nous le retrouvons dans les écrits de HECK et ses disciples qui ont illustré la tendance doctrinale connue sous le nom d'*Interessenjurisprudenz*. En rectifiant les erreurs méthodologiques de l'école de la *Begriffsjurisprudenz*, ces pionniers ont ouvert la porte devant une nouvelle école allemande de droit international privé qui compte parmi ces adeptes les grands noms de KEGEL, NEUNER, STEINDORFF, WENGLER et ZWEIGERT. En condamnant toute idée à priori, l'*Interessenjurisprudenz* rend au droit un service inestimable (8).

En effet, le dogmatisme fondé sur des idées préconçues est la négation même de la recherche scientifique. Celle-ci, en revanche, doit partir de la Vie, pour opérer ce qu'on peut appeler une "collecte de faits" (fact-gathering) (9). Cette opération n'aboutit pas, sans doute, à révéler l'existence d'un ensemble harmonieux et continu parfaitement intégré; mais elle ne prouve pas, non plus, qu'il y ait un enchevêtrement d'événements juxtaposés et désordonnés. Selon M. BASTIDE, "il y a, à la fois, de la cohérence et du chaos, du qualitatif et du quantitatif, du continu et du discontinu et des combinaisons, des blocs d'intelligibilité et des contingences irréductibles" (10).

(6) Cf. DUVERGER, *Méthode des sciences sociales*, PARIS, 1961, p. 320.

(7) Un auteur américain a écrit récemment: "Between the shifting rootlessness of bare pragmatism and the sterility of pure principle, there is a middle way. It is this middle way that must be taken if international law is to make its contribution to solution of problems, and if it is not to be viewed as an anachronistic survival of a past age or the sport of erudite but irrelevant scholars". cf. Seymour J. Rubin, *Private foreign investment, legal and economic realities*: Baltimore, 1956, p. 4.

(8) Voir sur cette doctrine, en anglais, W. Friedman, *Legal Theory*, 4ed., London, 1961, P. 164 ss; Denis Lloyd, *On Jurisprudence*, London, 1960, p. 187 ss; Roscoe Pound *Jurisprudence*, t. I, New-Haven, 1960, p. 243 ss; et le volume consacré à ce mouvement dans la collection: *20th Century Legal Philosophy Series*, vol. II, Cambridge, Mass., 1948. En allemand, la littérature est immense, et il suffit de consulter les deux ouvrages essentiels de Philip HECK, *Begriffs bildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932; idem, *Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner*, Berlin, 1936.

En ce qui concerne l'application de cette méthode en droit international privé, consulter l'étude magistrale de K. ZWEIGERT, *Die dritte Schule in internationalen Privatrecht*, dans *Festschrift Leo Rappe*, Hambourg, 1948, pp. 35-52.

(9) Nous devons cette expression, traduite et reprise par M. DUVERGER, à Reinhard Bendix qui écrit en 1951: "When the concern with methodological rigor predominate, it is frequently found that scientific inquiry is identified with fact-gathering" (*Social science and the district of reason*, University of California publication in sociology and social institutions, vol. I, no. 1, 28 ss.).

(10) Roger BASTIDE, *Déterminismes sociaux et liberté humaine*, dans *Cahiers internationaux de Sociologie*, vol. XVIII, 1955, p. 164

Pour emprunter l'expression sartrienne, il y a derrière ces "totalités détotalisées" un certain ordre qu'on doit analyser, classifier, systématiser et conceptualiser; et l'accomplissement de ce travail implique l'obéissance à certaines exigences méthodologiques assurant au réel une présentation intégrale et une interprétation objective (11).

Précisément, il faut dans une telle entreprise se méfier des formules simplistes et des études partiales ou partielles qui trahissent la riche complexité du réel.

C'est ainsi qu'on doit tenir compte de deux questions fondamentales: l'unité du phénomène juridique et sa nature hybride.

3 — **L'unité du Phénomène Juridique:** "La science, écrit KARL JASPERS, a nécessairement trois caractères, elle est une connaissance méthodique; elle possède des certitudes apodictiques; elle a une valeur universelle" (12). Cette vérité primordiale déjà formulée par le Doyen ROSCOE POUND il y a une trentaine d'années (13) a trouvé grâce à M. LEVY-BRUHL sa place dans la littérature juridique française. Celui-ci démontre clairement que la tâche de tout juriste consiste à "observer les phénomènes juridiques partout où ils se trouvent dans le temps comme dans l'espace"(14). "Ainsi, l'investigation de "juristicien", selon l'expression du maître ethnologue, ne connaît pas de limite dans le temps ni dans l'espace: aucun fait juridique ne lui est étranger. Les sociétés anciennes ou archaïques sont de sa compétence tout autant que les sociétés contemporaines; il ne connaît aucun privilège, aucune priorité pour les faits actuels ni pour les faits nationaux" (15).

L'importance de cette directive est capitale, non seulement parce qu'elle incite le juriste à devenir "historien" et "comparatiste" aussi bien que "moderne", mais encore parce qu'elle ouvre devant la science juridique des horizons qui étaient jusqu'à maintenant virtuellement inaccessibles.

(11) Cf. J-P. SARTRE, *L'Être et le Néant*, Paris, 1953, p. 229 ss. La même idée est reprise et hautement développée par le grand penseur français dans son dernier ouvrage: *Critique de la raison dialectique*, t. I, où il explique ce qu'il appelle la "détotalisation perpétuelle engendrée par le mouvement totalisant" (pp. 562-631), et la "totalisation retotalisée" (p. 632 ss); deux idées maîtresses qui restent pourtant inexploitées par les juristes ou précisément par les juristes sociologues.

(12) K. JASPERS, *Origine et sens de l'histoire*, Paris, 1954, p. 105, traduit de l'allemand par Hélène NAEF.

(13) En 1930, il écrivait, en effet "If we are to proceed wisely in creative juristic activity in the complex society of today we must study scientifically the legal materials of the whole world" cf. *Tulane Law Review*, vol. 5, 1930, p. 15.

(14) H. LEVY-BRUHL, *La méthode sociologique dans les études d'histoire du droit*, dans *Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg-Méthode sociologique et Droit*, t. V, 1958, p. 133.

(15) *Ibid.*, p. 125.

Selon les traditions de l'école parisienne du droit comparé, celui-ci s'occupe essentiellement de la démonstration des différences qui séparent les systèmes juridiques en vigueur, sans attacher autant d'importance à l'étude des points communs (16). Pourtant, "la méthode comparative, selon M. Erik ROTHACKER, n'acquiert toute sa signification de principe que lorsqu'elle cherche à mettre en lumière par comparaison non plus les différences mais les points communs, car nous nous trouvons alors en présence d'une méthode de recherche générale de l'essence" (17).

Une telle analyse comparative qui élève le chercheur au dessus des droits nationaux, a permis dans plusieurs cas de constater que les différences apparentes masquent des solutions finalement concordantes ou très voisines,

(16) L'ensemble du travail de M. DAVID nous paraît comme un exemple type qui confirme cette remarque. Cette tendance "centrifuge" de M. DAVID va à l'encontre de la tradition millénaire du droit comparé. La conception "centripète" du Doyen LAMBERT trouve partout l'approbation des éminents juristes. Cf. Adolf F. SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*, 1ère éd., 1945; et 2 éd. en deux volumes, BASEL, 1961.

L'attitude générale de M. DAVID se reflète, d'une façon très nette, sur le plan contractuel. Pour lui, le contrat est un phénomène particulier à la civilisation romano-européenne, qui diffère, d'ailleurs, d'un système à l'autre. Ainsi, dans un cours professé en 1961 à la Faculté Internationale pour l'Enseignement du Droit Comparé, il présente le contrat comme une création tardive du droit romain, qui réapparut au XIIème siècle après une éclipse de plusieurs siècles. "L'observation des sociétés primitives, écrit-il, l'histoire du droit romain, l'exemple de l'Inde, nous révèlent que le contrat suppose un état relativement avancé de la civilisation" (p. 2). Ensuite, il enseigne que "dans le haut moyen-âge les contrats qui avaient existé dans la civilisation romaine ont disparu avec le commerce, les routes et la sécurité" (p. 2). "L'histoire du droit des contrats, conclut-il, commence (ou recommence) vraiment dans l'Europe continentale au XIIe et XIIIe siècles avec l'établissement d'une société moderne et la renaissance des études de droit romain" (p. 3). Nous aurons l'occasion de démontrer ultérieurement à la lumière de la réalité anthropologique et historique, dans quelles mesures ces trois affirmations sont justifiées. Pour le moment nous attirons seulement l'attention sur certaines phrases qui expriment bien l'état d'esprit de M. DAVID. "Nous allons voir, précise-t-il, comment une évolution toute différente s'est produite à ce sujet sur le continent européen et en Angleterre" (p. 2). Quelques pages plus loin, il écrit: "Nous avons de fait jugé nécessaire de décrire, dans ses grandes lignes, l'histoire du droit des contrats sur le continent, à seule fin de faire ressortir combien cette histoire s'opposait à celle du droit des contrats en Angleterre" (p. 7). "Nous allons voir à présent, poursuit-il, qu'une évolution toute différente tenant à la nécessité de résoudre des problèmes tous différents, caractérise l'histoire du droit anglais" (p. 7). Enfin, après avoir insisté sur les différences actuelles entre le contrat anglais et le contrat continental, que "l'évolution a été différente" (p. 16), l'auteur s'est tourné vers les droits socialistes pour relever d'autres différences. "Après avoir noté les différences importantes, provenant d'une évolution historique différente, que l'on observe entre droit continental et droit anglais, nous devons à présent marquer en parlant du système soviétique, comment une structure économique différente, et des manières de concevoir l'ordre social différentes, ont fait du contrat, dans ce système, autre chose que ce qu'il est dans la description parfois un peu attardée qu'on en fait encore en Occident" (p. 18). Il en arrive à la conclusion suivante: "Le contrat de l'économie soviétique est donc... quelque chose de très différent du contrat d'une économie non socialiste" (p. 22). En somme, le vocabulaire de M. DAVID ne connaît, dans ce domaine, que les mots "différent" et "différence", à l'exclusion de "semblable" ou de "solution convergente".

(17) Erik ROTHACKER, *Logik und Systematik der Geisteswissenschaften*, p. 102, cité par ZWEIGERT, *Méthodologie du droit comparé*, dans *Mélanges Maury*, t. I, p. 580.

phénomène qu'on peut appeler avec ESSER, "coïncidence des solutions avec des moyens structurellement différents" (18).

4 — La Notion du Droit Naturel "Instrumental" : Ce phénomène nous amène à nous demander si une telle concordance de solutions n'est pas une manifestation d'une unité plus profonde : celle de la nature juridique ; et si cette nature juridique que le droit comparé nous a révélée peut servir comme base d'un nouveau droit naturel.

Certes, nous ne parlons pas ici du droit naturel rationnel déduit de certains principes métaphysiques et moraux que les juristes du monde occidental, continuateur de la tradition gréco-romaine, professèrent pendant plusieurs siècles. Mais nous envisageons le droit naturel dans un sens bien différent, celui qu'Aristote a formulé, s'appuyant sur une tradition orientale encore plus ancienne.

Dernièrement, la conception aristotélécienne du droit naturel a gagné l'approbation d'un nombre de plus en plus croissant d'auteurs (19). Au contraire, il paraît que les auteurs français n'ont jamais essayé de remonter aux sources pré-helléniques, pour découvrir l'équivalent de cette conception, connue sous le nom de droit naturel, dans les civilisations non-occidentales. Ainsi, on oublie souvent que les maîtres de l'école confucienne développèrent, depuis longtemps, la théorie de la nature humaine comme base du droit naturel qu'ils appelaient "Li" (20). De même, la notion d'un droit naturel con-

(18) Josef ESSER, *Grundstaz und Norm in des richterlichen Fortbildung der Privatrechts*, Tübingen, 1956, p. 354.

(19) Cf. Michel VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1957; *idem*, *Une définition du droit*, dans *Archives de la philosophie du droit*, 1959; *idem*, *La question du droit naturel*, dans *Encyclopédie WINKLER*, 1961; *idem*, *Leçons d'histoire de philosophie du droit*, nouvelle édition, 1962 (moins complète que la première); L. STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, Paris, 1953; Flückiger, *Geschichte der Naturrecht*, t. I, Zurich, 1954; P.A. Verpalin, *Der Begriff des Gemeinwohls bei Thomas von Aquin*, dans *Sammlung Politia*, t. VI, Heidelberg, 1954 (consacré essentiellement à préciser la valeur du legs transmis par ARISTOTE à Saint-Thomas); Ambord, *Du droit naturel au droit positif*, thèse, Fribourg/Suisse, 1955; Erik WOLF, *Das Probleme der Naturrechtslehre Versucheiner Orientierung*, Karlsruhe, 1955; L. LACHANCE, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, 1959; et R.F. BEGIN, *Natural law and positive law*, thèse, Catholic University of America, 1959. Ce dernier auteur nous donne une définition du droit naturel, qui paraît parfaitement satisfaisante. Il écrit : «The Natural law can be defined as a body of rational dictates resulting from man's grasp of the necessary order implied in the relation of his faculties on appetites to their natural ends, and in the coordinate or subordinate relation of these ends to the integration of the whole self" (p. 164).

(20) Cf. Joseph NEEDHAM, *Science and civilisation in China*, vol. II, Cambridge, 1956, où l'auteur explique la différence entre le FA et le LI et la controverse entre les "légistes" (FACHIA) d'une part et les confuciens (JUCHIA) et tacistes (TAO CHIA), d'autre part (pp. 16 ss et 204ss). L'auteur explique comment les idées confuciennes s'implantèrent progressivement, et comment leur triomphe final fut le résultat d'une lente évolution qui dura deux siècles. Le "légalisme" (FA) céda la place au LI pris dans le sens d'un "droit naturel coutumier" (*ibid.*, p. 214). Voir aussi, SIU TCHONN-PAO, *Le Droit des Gens et la Chine Antique*, thèse, Paris, 1926; Jean ESCARRA, *Le Droit Chinois, Pékin/Paris*, 1936, pp. 8ss; et CHAN UAY CHON, *la doctrine du droit international chez CONFUCIUS*, thèse, Paris, 1940.

forme à la "réalité" des choses ne semble pas étrangère à l'Egypte pharaonique (21) ; aux civilisations indienne, babylonienne, juive et musulmane (22), et même aux sociétés dites "primitives" (32).

C'est la recherche de points communs à toute l'humanité, et l'utilisation de la méthode comparative, qui caractérisent cette école de pensée dont nous verrons la fécondité au cours de ce travail (24). D'après cette conception le droit naturel et la méthode comparative n'ont qu'un seul but: celui de découvrir les "solutions qui découlent de la nature de choses", ou les solutions "inscrites dans les choses" selon l'expression de SARTRE (25).

L'illustration de cette relation intime entre le droit naturel et la méthode comparative fut l'oeuvre essentielle de KOSCHAKER qui a prouvé que les systèmes de droit naturel des rationalistes, systèmes prétendus à priori, n'étaient en fait dans une large mesure que des produits d'un *droit comparé qui s'ignore* (26). Faire épouser la tradition du droit naturel par la méthode

(21) Cf. E. SEIDL, *Aegyptische Rechtsgeschichte*, Munich, 1956, p. 42 ss.

(22) Cf. F.S.C. Northrop, *Criterium of universal ethical and legal norms*, chap. VII. dans *Moral Principles of Action*, New-York, 1952, p. 126 ss; G. HAROWITZ, *The Spirit of Jewish Law*, New-York, 1953, p. 233 ss, concernant la notion de la "loi Noachide", la loi de toute l'humanité; Ruth Nanda Anshen, *West emerging from East*, dans *Science of Culture Series*, vol. VII, New-York, 1956, pp. 3-27; J. NEEDHAM, le chapitre intitulé: *Human law and the law of Nature in China and the West*, dans *Science and Civilisation in China*, op. cit., pp. 518-584; et M. DRAZ, *La morale du Koran*, Paris, 1951, p. 14 ss.

(23) Cf. E.A. HOEBEL, *The Law of primitive man*, Cambridge, Mass., 1954. L'auteur précise l'importance accordée aux ancêtres comme force vitale dans le déroulement des affaires et l'émergence de ce qu'il appelle "a native conception of natural law" (p. 219), ou "the law of nature and the ancestors" (pp. 252, 264).

(24) Voir surtout, la relation entre le *jus gentium* et le droit naturel (*infra* 34 ss), et le rôle du droit naturel ainsi conçu dans l'élaboration du nouveau *Common Law of Mankind* (titre de l'ouvrage récent de C.W. Jenks, London, 1958); l'une des idées de base utilisées pour dégager le régime "transnational" du contrat international.

(25) J-P SARTRE, *Critique de la raison dialectique*, op. cit., p. 399.

(26) KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, 1ère éd. 1947, pp. 253, 345 - Erik ROTHAKER reprit quelques années plus tard cette idée et l'exposa clairement dans son article: *Die dogmatische Denkform in den Geisteswissenschaften und das Problem des Historismus*, dans *Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften und Literatur, geistes und Sozialwissenschaftlicher Klasse*, no. 6, 1954, p. 264.

D'ailleurs, longtemps avant ces deux auteurs, Adolf BASTIAN attesta l'existence de quelques règles semblables dans tous les droits antiques et médiévaux; et il expliqua ce phénomène non par une dérivation commune d'un archétype plus ancien et inconnu (hypothèse défendue par D.H. MULLER dans son ouvrage: *Die Gesetze Hammurabis and ihr Verhältnis zur moraischen Gesetzgebung somir zu den XII Tafeln*, Leipzig, 1896), mais par l'existence de certaines conceptions juridiques communes à toute l'humanité. Cf. schwartz (R.) *Adolf BASTIAN'S Lehre von Elementar und Völkergedanken*, Berlin, 1909. Les idées de BASTIAN incitèrent les juristes à rechercher les origines du droit comparé dans la *Collatio Moisaicarum et Romanatum Legum*, et même plus loin, dans les écrits de PLATON, ARISTOTE, THÉOPHRASTES, et dans la pratique des lois de CHERODAS & ZELENKOS dans les cités grecques. Voir l'étude magistrale de E. GENZMER, *Zum Verhältnis von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, dans *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, t. XII, 1955, pp. 326-347.

scientifique comparative, répond ainsi à une vérité plus profonde, celle de l'unité de la nature juridique. Mais, il ne faut pas exagérer cette tendance naturelle à l'unité; car les facteurs de divergences sont toujours présents et quelquefois plus puissants. Le Droit, ne l'oublions pas, est, avant tout, d'une nature hybride: mi-normatif, mi-historique.

5 — La Nature "Hybride" du Droit: Comme l'a déjà exposé M. GURVITCH, "un juriste, pour être un véritable juriste, et non pas un raisonneur abstrait, un logicien formaliste, ne peut détacher sa science du droit ni de la recherche sociologique du droit réellement efficace et vivant, ni de la recherche philosophique de l'esprit et des principes du droit" (27).

Certes, la fonction du droit est essentiellement celle de poser des règles aux conduites humaines; et il est, par conséquent, normatif. Mais, il ne pose ces règles que pour qu'elles soient appliquées dans une société déterminée, et en vue de réaliser certaines fins sociales, qui se ramènent à la conservation et la consolidation de la paix sociale. Oublier que le droit est un procédé pour la réalisation de fins sociales, "as a mean to an end" comme le précise M. ROSCOE POUND, c'est condamner le droit à l'impuissance et à l'absurdité (28).

La faiblesse de toutes les doctrines juridiques réside dans le fait qu'elles ne regardent qu'une partie de la réalité du droit en méconnaissant les autres parties. Les essais pour présenter le Droit exclusivement comme norme pure du devoir être (normativistes), comme phénomène de la conscience subjective (psychologues), comme fait social extériorisé (sociologues), comme législations et pratiques généralisées (réalistes, partisans d'une théorie inductive du droit, et protagonistes du positivisme juridique), comme postulat moral (métaphysiciens adeptes du droit naturel), comme commandement de l'Etat (partisans de la force brute et de l'arbitraire) n'ont pas donné une réponse satisfaisante au problème de la définition du Droit. Pourquoi? Parce que chaque doctrine n'envisage qu'une partie d'un "Tout" complexe. L'idée de Droit implique nécessairement trois éléments: une règle de conduite, un procédé technique et une valeur positive. Essayer de construire une théorie du droit sans tenir compte de ces trois éléments, c'est un travail voué à l'échec.

(27) G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, 1935, p. 16.

(28) R. POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New-Haven, 1959, p. 23 ss; et *Jurisprudence*, t. III, 1960, p. 87 ss.

Quant à B. MALINOWSKI, le célèbre anthropologue, il arriva en 1926 à un résultat qui n'est pas foncièrement différent. Il écrit alors que: "Law is not an end in itself, but an indispensable instrument for the achievement of the real, ultimately biological ends of human activities", cf. *Crime and Custom in Savage Society*, 1926, p. 1245. L'insistance du savant professeur sur les fins biologiques se comprend aisément en ce qui concerne les sociétés "primitives". Ces fins biologiques se cachent souvent dans nos sociétés "civilisées" sous le couvert "social".

Récemment ROSCOE POUND, qu'on considère à juste titre comme "a synthesis of all legal philosophies" (29), a mis en évidence cette réalité dans son ouvrage monumental intitulé: *Jurisprudence* (30). Les cinq volumes de cet ouvrage magistral sont une illustration parfaitement claire des liens indissolubles entre les trois éléments du Droit; et l'apport de ROSCOE POUND dans ce domaine est énorme. Cependant, en appelant son troisième élément, "l'élément idéal", il risque de confondre la réalité du Droit avec l'idéalisme métajuridique, qu'il repousse, d'ailleurs, avec vigueur. Son "élément idéal" n'est en effet que l'âme du droit, la profonde "réalité" dont les impératifs et les commandements sont la manifestation extérieure. Le "fond" du droit est la projection sur le plan juridique de l'ensemble des "valeurs" dominantes dans une société donnée à un moment donné. C'est pourquoi, nous préférons appeler le troisième élément de ROSCOE POUND "la valeur positive", pour éviter toute confusion avec les éléments métajuridiques.

Ce troisième élément nous mène au centre du problème controversé de la valorisation du droit, et de la faillite de la doctrine dite "positive". Toutes les théories formalistes que se réclament du positivisme juridique se contentent de nier l'existence de la valeur en tant qu'élément juridique. Ces "positivistes" sont en effet les moins fidèles à la "méthode positive"; et pour éviter toute confusion ultérieure, nous tenons à préciser brièvement ce que nous pensons de la doctrine dite "positive".

A vrai dire, le "positivisme juridique" ne se rattache pas au "positivisme philosophique" d'auguste COMTE, qui est à la base de la méthode positive. Celle-ci, comme nous l'avons déjà vu, est expérimentale, en ce sens qu'elle a comme point de départ le "factgathering", et qu'elle n'admet aucune idée a priori ou tout autre élément qu'on ne peut pas vérifier dans la vie réelle. En revanche, le "positivisme juridique", lié dès l'origine au "volontarisme"

(29) Thomas A. COWAN, *Legal Pragmatism and Beyond*, dans *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, p. 138.

(30) Il écrit à ce sujet: "Three quite distinct things are included in the idea of law ... a) A precept element, a body of legal precepts more or less defined (...) (b) A technique element, a body of traditional ideas as to how legal precepts should be interpreted and applied, and causes decided, and a traditional technique of finding the grounds of decision of particular cases in the authoritative legal precept and of developing and applying legal precepts—a technique by which the body of precepts is eked out, and the several precepts are extended, restricted, and adapted to the exigencies of the administration of justice. (c) An ideal element, a body of philosophical, political, and ethical ideas as to the end of law and as to what legal precepts should be in view thereof, with reference of legal precepts and the traditional ideas of application and decision and the traditional technique are continually reshaped and given new content or new application. Each of these is an element in the everyday decision of causes. The body of precepts gets its whole life from the technique of developing and applying them; and that technique gets its color and its direction, and the precepts themselves get their shape and content for the time being from the traditional ideas or current professional ideas as to the end of laws." cf. *Jurisprudence*, vol. I, 1959, p. 73.

étatique ou individuel, est basé sur des postulats hypothétiques. En insistant sur ce fait capital, Hans MORGENTHAU écrivait naguère: "Le positivisme de la doctrine dominante ne comprend pas la réalité juridique toute entière (...) Si le Droit Naturel appartient à la Métaphysique, la conception qui exclut, sans examen des données empiriques, le Droit Naturel de la réalité, relève également de la Métaphysique, d'une métaphysique pour ainsi dire négative. Là, comme ici, une conception préconçue, sans égard pour la structure empirique de la réalité remplace l'examen de la réalité exercée par le moyen de la science positive" (31).

C'est "la métaphysique de l'étatisme exclusif" qu'il faut dénoncer; et l'école normative, l'expression la plus haute du positivisme juridique, n'échappe pas à cette critique. Kelsen conjecture l'existence d'une *Grundnorm* qui n'est point donnée dans l'expérience. Ainsi, il se montre un "trans-positiviste qui s'ignore" (32). En effet, la doctrine kelsenienne laisse la validité de la norme juridique dans cet état indéterminé, à moitié métaphysique, à moitié empirique, entre le ciel et la terre, où-d'après un mot de SCHOPENHAUER-KANT l'avait suspendue (33).

Tous les essais pour faire sortir le positivisme de son dilemme se heurtent au même obstacle. Le positivisme élargi de MM. WALINE, BURDEAU, René CAPITANT & HERAUD, est aussi transpositif que le positivisme juridique, classique ou kelsenien. M. WALINE met l'accent sur "la fin du droit", et prend partie dans la mêlée sans l'apercevoir (34). Pour M. BURDEAU c'est la notion du "bien commun" qui domine son travail (35). Selon René CAPITANT, la règle n'existe pas sans la "pensée de la règle" (36). Enfin, M. Heraud envisage une relation très étroite entre l'ordre juridique et la volonté sociale. Il écrit: "le Droit, qui est une technique au service de la société, doit hâter l'avènement de cet équilibre (entre la volonté des gouvernants et celle des gouvernés), et veiller à son maintien". Il va jusqu'à considérer "comme du mauvais droit" les institutions qui rendent malaisé l'accord de l'opinion et du gouvernement, et ne permettant pas de résoudre légalement les conflits" (37).

(31) H. MORGENTHAU, *Positivisme mal compris et théorie réaliste du droit international*, dans *Mélanges Altamira*, Madrid, 1936, p. 448 ss.

(32) Cf. HERAUD, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, thèse, Toulouse, 1945, p. 443.

(33) SCHOPENHAUER, *Oeuvres* (Deussen), t. IV, p. 482.

(34) WALINE, *L'individualisme et le droit*, 2^{ème} éd., Paris, 1949, p. 316 ss.

(35) Cf. BURDEAU, *Le pouvoir politique et l'Etat*, Paris, 1943, p. 33 ss; et la critique de G. SCELLE & R. BONNARD, *Revue du droit public*, 1943, pp. 189-274.

(36) R. CAPITANT, *l'impératif juridique*, thèse, Paris, 1928, p. 117, ss.

(37) HERAUD, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, thèse, *op. cit.*, p. 470.

Ainsi, nous pouvons conclure avec M. LANDHEER, "il n'y a jamais eu de système juridique complètement positif" (38). Loin d'être un positivisme véritable, le "positivisme juridique" admet dans son raisonnement des éléments qui ne se concilient pas avec les principes essentiels du positivisme, tel que les philosophes le comprennent. D'autre part, une bonne partie de son objet lui échappe. Le "positivisme juridique" ne connaît comme valable qu'un seul droit: la loi posée par le pouvoir, c'est-à-dire le *jus positum* au sens romain du terme, ce qui contredit les faits. L'existence des règles juridiques autre que les règles posées par le pouvoir étatique, est un fait qui s'impose à tout observateur.

Il y a un demi-siècle, Eugène EHRLICH exposa scientifiquement le rôle du "droit vivant" dans la vie juridique en général (39). Son influence fut décisive sur les doctrines allemande, anglo-américaine et italienne. Il tient dans ces pays une place comparable à celle de DURKHEIM en France; et sa pensée se trouve à la base de plusieurs théories modernes, parmi lesquelles on peut particulièrement citer celle de Roberto AGO sur le fondement, la nature et le rôle juridique de "règles produites par germination spontanée" (40).

Ces quelques remarques suffisent - nous l'espérons -, pour condamner les théories "mécanistes", qui voudraient construire un droit à l'abri de toute discussion sur la conception générale de la vie; c'est-à-dire, un droit qui serait un corps de règles dont la teneur ne prête à aucune discussion et dont l'application ne laisse place à aucune appréciation (41).

En réalité, derrière chaque règle ou institution, et derrière le droit en général, il existe de grandes idées qui reflètent les valeurs de la société dont il est l'incarnation (42). Ainsi, on pourrait dire avec M. VIRALLY que "tout

(38) LANDHEER, "Les théories de la sociologie contemporaine et le droit international", dans *Recueil des Cours de La Haye*, t. 92, 1957, p. 538.

(39) E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Munich, 1913, traduit en anglais par WALTER L. MOLL sous le titre: *Fundamental Principle of the Sociology of Law*, Cambridge, Mass., 1935.

(40) Cf. AGO, *Science juridique et droit international*, dans *Recueil des Cours de La Haye*, t. 90, 1956 p. 932 ss.

(41) L'oeuvre de François GENY et Edouard LAMBERT consacrée à la destruction du mythe "positiviste", reste toujours un modèle qui inspire tant de juristes dans le monde entier. La *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), et la *Fonction de droit comparé*, (1903), sont deux ouvrages de première importance dans la bibliothèque juridique française.

(42) L'analyse marxiste se montre fort intéressante dans ce domaine. La relation entre l'infrastructure socio-économique et la superstructure juridique est à la base de certains ouvrages, parmi lesquels on peut citer *le régime démocratique et le droit civil* et *Aspects juridiques du capitalisme moderne* du Doyen RIPERT. Pour sa part, M. Jean SCHMIDT a démontré qu'il y a toujours un "principe", c'est-à-dire une "idée" à la base de la règle, de l'institution et du Droit tout entier, qu'on doit découvrir pour comprendre et interpréter le Droit. Cf. *Essai sur la notion de principe juridique*, thèse, Paris, 1955 (dactylographiée), p. 18 ss.

système juridique est un moyen de valoriser des intérêts" (43); et c'est en tenant compte de cette réalité qu'on peut aborder le problème du "fond" du Droit.

Le juriste n'est pas neutre à l'égard de ce "fond"; il doit s'assurer que le contenu de la règle juridique coïncide avec les valeurs de la société dont il s'occupe, et favorise la réalisation de ses buts. Cette fonction que ROSCOE POUND appelle "social engineering" est inhérente à la nature du Droit. A tous les échelons de l'activité juridique, on apprécie les intérêts en présence, selon des critères qui relèvent des valeurs sociales prédominantes (44).

6 — La Révolte du "Fond" contre la "Forme" en Droit International Privé:

Le droit international privé, et surtout la partie connue sous le nom de "conflits de lois", nous fournit l'exemple le plus éclatant de cette réalité. Les trois problèmes majeurs de la qualification, du renvoi et de l'ordre public (parmi beaucoup d'autres), ne sont, en effet, que les signes de cette révolte du "fond" contre la "forme"; et l'échec de la doctrine traditionnelle, qui n'est pas arrivée à les résoudre d'une façon satisfaisante, tient essentiellement au fait qu'elle méconnaît cette donnée importante. Comme nous l'avons indiqué dès les premières lignes de ce travail, la doctrine "formaliste" a voulu faire de cette branche du droit un ensemble de normes fonctionnant dans l'abstrait pour la répartition mécanique de la compétence législative entre les différentes lois étatiques.

A l'encontre de cette doctrine, les critiques générales, que nous venons d'adresser au "positivisme juridique", sont également valables. En se réclamant "positive", elle trahit toutes les règles fondamentales de la méthode "positive" (45). Elle n'est que l'aboutissement de certaines idées a priori. La controverse entre territorialisme, personnalisme, particularisme et univer-

(43) M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, 1960, p. 30.

(44) Pour le législateur qui pose des règles générales, le juge qui tranche un procès particulier, ou les parties qui élaborent leur contrat, l'opération reste toujours la même. L'école normative, en procédant d'une façon toute différente, arrive cependant à la même conclusion. Que l'activité juridique soit toujours unique, ceci reste l'apport le plus durable de normativistes. Voir Kelsen, *La théorie pure du droit* Paris, 1962; *idem*, *General theory of law and State*, New-York, 1946.

(45) Celle-ci, comme nous avons déjà vu, doit être "expérimentale" "comparative" et "universelle". Son point de départ c'est la collecte des faits comme ils se trouvent dans la vie, dans toute la vie et non pas celle d'un certain groupe ou d'une société donnée, afin de chercher dans les manifestations de cette vie globale les éléments d'une solution universellement valable. De notre part, nous tenons à déclarer notre attachement à ce sens du "positivisme" que nous essayerons de faire prévaloir tout au long de ce travail; et c'est pourquoi nous préférons appeler "formalisme" le positivisme juridique classique.

salisme en est l'exemple-type (46). D'ailleurs, la vénération pour les "règles de conflits", la "souveraineté étatique", et "la répartition automatique de compétence", n'est qu'un autre aspect de la position peu "positiviste" du "positivisme juridique" (47).

Divers facteurs jouent actuellement en faveur du déclin du "formalisme", en droit international privé, comme ils ont déjà joué sur le plan de la théorie générale du droit afin de permettre au "fond", à la notion de "but" et à celle de "valeur" de retrouver une place de plus en plus importante.

Après quelques hésitations, la doctrine moderne du droit international privé s'est engagée dans cette voie; et parmi ses représentants les plus autorisés, une tendance vers l'élargissement de son domaine se dessine nettement (48).

Selon cette tendance, on doit considérer comme règles de droit international privé toutes les normes qui visent au règlement, direct ou indirect, des rapports du commerce juridique international; c'est-à-dire, non seulement celles qui désignent la "loi applicable" (normes sur les conflits de lois, connus en anglais sous le nom de *choice of law rules* et en allemand sous celui de *Kollisionsnormen*), mais aussi celles qui règlent d'elles-mêmes de tels rapports en considération du caractère "mixte" qui leur est propre (49).

(46) M. le doyen LOUSSOUARN écrit à ce propos: "De même qu'il est impossible de poser le dogme absolu de la territorialité ou de la personnalité, de même il est vain de vouloir classer, suivant un apriorisme, les lois en lois territoriales ou extraterritoriales. L'expérience révèle d'ailleurs que les tentatives contemporaines pour ramener à deux concepts les règles de rattachement et en fournir "a priori" le critérium ont été vouées à l'échec" (*Droit International Privé*, 1962, p. 345). Puis il démontre le chemin à suivre, en précisant: "Si aucun système aprioristique ne peut rendre compte de la jurisprudence, ni utilement fonder les règles de rattachement du droit international privé, il est possible de dégager de la nature des choses et des arrêts les principes généraux qui dominent notre droit positif et il est nécessaire de prendre parti sur la méthode d'élaboration et d'interprétation de ce droit (*Idem*, p. 346).

(47) Les trois ouvrages récents de Ph. FRANCESCAKIS, sur *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, 1958, de STEINDORFF (Ernest) intitulé: *Sachnormen in Internationalen Privatrecht*, Frankfurt, 1958, et de Etter (K.H.) *Vom Einfluss des Sovereänitätgedankens auf des Internationale Privatrecht*, Zürich, 1959, ont le grand mérite d'avoir dissipé les nuages qui obscurcissent depuis longtemps le vrai visage du droit international privé.

(48) La définition du droit international privé nous fournit un exemple saisissant de cette évolution. A l'heure actuelle, la doctrine française est unanime à considérer le droit international privé comme l'ensemble des règles applicables aux seules personnes privées dans les relations de la société internationale (Batiffol, *Traité élémentaire*, 3 éd. 1959, p. 3; et Le-rebours-Pigeonnière & Loussouarn, *Précis*, 8 éd. 1962, p. 2). Ces définitions présentent un progrès incontestable en comparaison avec les définitions de PILLET, BARTIN et NIBO-YET; mais elles ne sont pas au-dessus de toute critique. Partant du destinataire de la règle, les auteurs rejettent au second plan la substance même du droit. Une définition valable doit tenir compte, en premier lieu, de la nature de l'activité du commerce international privé; et il semble que M. FRANCESCAKIS s'est engagé dans cette voie (Voir sa thèse, *op. cit.*, pp. 10-19, 48-49.)

(49) Cf. de NOVA, *Conflits des lois et normes fixant leur propre domaine d'application*, dans *Mélanges Maury*, t. I, p. 394 ss.

Ainsi, le droit international privé comprendrait, en plus des normes "instrumentales" opérant un *choice of law* et destinées à rendre applicables des normes substantielles étrangères, d'autres normes également "instrumentales", qui établissent l'application des normes substantielles du droit du for (50), et surtout, des normes "matérielles" relatives au commerce juridique international (51).

7 — La Nature "Internationale" du Droit International Privé: Le droit International privé est, en effet, un système destiné à obtenir une collaboration, une coexistence entre les différents ordres juridiques territoriaux. Il se caractérise, selon M. le Doyen BATIFFOL, par le fait qu'il tend à "*faire vivre ensemble*" des systèmes juridiques différents, ou en d'autres termes, de réaliser la "coordination" entre ces systèmes (52).

Il ne faut jamais oublier d'une part que l'objet du droit international privé est le trafic extranational, ce qui constitue l'exemple typique d'une réalité supranationale, et d'autre part que son but c'est la réalisation d'une collaboration entre les intérêts de différents groupes humains.

Par conséquent, une certaine relation fonctionnelle doit exister entre le droit international public et le droit international privé. Cette relation, qui devient de plus en plus évidente avec l'interdépendance économique des divers pays, explique d'une part le rapprochement actuel entre les deux bran-

(50) Cette catégorie comprendrait "les règles internes limitées dans l'espace", selon l'expression de NUSSBAUM, les "normes de conflit tournées vers l'intérieur," comme les appellent M. QUADRI, et les normes de droit international privé dites unilatérales. (Voir NUSSBAUM, *Principales of Private International Law*. New-York, 1943, pp. 70-73; SPERDUTTI, *Funzione delle norme di diritto internazionale privato*, dans *Rivista delle diritto processuale*, 1951, p. 213 ss; Quadri, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 2^e éd., Naples, 1958, p. 186 ss; et de NOVA *op. cit.*, p. 379 ss).

(51) M. FRANCESCAKIS a démontré que "le droit international privé n'est pas uniquement constitué par des règles de conflit", mais aussi par des "règles visant l'application immédiate des règles du droit interne du for", et "par des règles qui prévoient directement une réglementation spéciale, indépendante de toute loi interne, de certaines relations juridiques en raison même de leur caractère international" (Thèse, *op. cit.*, p. 10, 48).

(52) Cf. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956; idem, *Principes de droit international privé*, dans *Recueil des cours de La Haye*, t. 97, pp. 431-573. Ainsi, en faisant de la "coordination" l'une des idées fondamentales sur lesquelles repose toute la construction du droit international privé, M. BATIFFOL est un transpositiviste qui fait consciemment appel au troisième élément du droit: la valeur positive.

ches (53), et d'autre part l'éloignement entre le droit interne et le droit international privé (54).

En tenant compte de ce fait capital, le droit international privé ne peut pas être compris comme un système de normes que chaque Etat établit arbitrairement sans se soucier du caractère international et universel que présente le problème du commerce intergroupe. Ce caractère s'est affirmé encore plus nettement, avec l'entrée en scène de grands trusts, des Etats et d'autres personnes du droit international.

On assiste, au cours de ces dernières années, à ce que nous pouvons appeler une transformation de la nature juridique du commerce international. La pression du capitalisme monopoliste qui exerce un véritable pouvoir sur les marchés mondiaux, l'accroissement de l'activité commerciale et industrielle de l'Etat dans tous les pays, et l'utilisation du commerce comme d'une arme dans la guerre froide entre l'Est et l'Ouest (55), ont abouti à des conséquences incalculables sur le plan juridique. L'une de ces conséquences c'est un nouveau rapprochement entre droit international privé et droit international public.

(53) Toute la controverse entre internationalistes et nationalistes est la conséquence logique de ce prémisses artificiel: la séparation entre l'ordre international et l'ordre interne, le droit international privé étant considéré comme relevant de ce dernier. Cependant, en observant les problèmes juridiques soulevés à propos de nationalisations décrétées pendant les vingt dernières années, la Doctrine a fini par se rendre compte de l'ampleur de la relation existant entre le droit international public et le droit international privé. C'est à propos de ces problèmes que MM. WORTLEY et VERZIGL montrent combien le droit international public a besoin et dépend du droit international privé, et comment ce dernier ne peut se comprendre qu'en marge de l'action du premier. Cf. WORTLEY, *Interaction of public and private international law today*, dans *Recueil des Cours de La Haye* t. 85, 1954, pp. 245-303; idem, *Expropriation in public and private international law*, dans *American Journal of comparative law*, 1956, pp. 577-594; et Verzigl, "the relevance of public and private international law respectively for the solution of problems arising from nationalization of enterprises", dans *Zeitschrift für ausländisches Öffentliches Recht und Volksrecht*, 1958, pp. 531-550.

(54) Selon la remarque pertinente de M. AGUILAR NAVARRO, "les institutions juridiques privées, en se projetant dans le commerce international voient s'altérer beaucoup de leurs dimensions essentielles" (Voir "*Droit international public et droit international privé*", dans *Mélanges Maury*, t. I, p. 19). C'est pourquoi, les droits internes se montrent incapables de régler d'une façon satisfaisante les problèmes complexes du commerce juridique international; et le rapprochement entre droit international public et droit international privé, caractérisés tous les deux par leur vocation extranationale, doit se faire naturellement. Mais il ne faut pas aller jusqu'à les confondre. L'un est destiné à la réglementation des relations interétatiques; tandis que l'autre s'occupe du commerce international. Conscients de cette complexité, une seule conclusion s'impose: "le droit international privé a une double nature; internationale et interne, publique et privée. Prétendre le réduire à une seule équivalait à le mutiler" Voir Yanguas Messia, *Les tendances autonomistes contemporaines en droit international privé*, dans *Mélanges Maury*, t. I, p. 576).

(55) En 1959, M. KHROUCHTCHEV dit en effet: "We declare war upon you in the peaceful field of trade" (cf. Arthur S. MILLER, *Protection of foreign investment by multilateral conventions*, dans *American Journal of International Law*, vol. 53, 1959, p. 371).

8 — **La Vocation Universelle du Droit International Privé** : D'autre part, la nature universelle du commerce international demande des solutions universelles correspondant à cette nature; c'est-à-dire des solutions foncièrement internationales, quelle qu'en soit la source formelle.

On constate, à toutes les époques, l'uniformité de certaines solutions; mais la Doctrine, comme l'a déjà remarqué M. le Doyen MAURY, se "borne à constater cette identité sans en tirer aucune conséquence" (56). Une telle attitude doctrinale, qui entrave tout progrès scientifique, devait prendre fin avec le déclin du formalisme juridique fondé sur le dogme de la souveraineté étatique. Mais, le droit international privé est resté fidèle à ces traditions pendant un certain temps (57).

Récemment M. FRANCESKAKIS a relevé le défi dans son article intitulé: *Droit naturel et Droit international privé*, destiné à "dégager les emplois positifs du droit naturel en droit international privé" (58). Rallié à la conception "instrumentale" du droit naturel, déjà développée par M. Michel VILLEY, l'éminent juriste reste un "positiviste" au sens philosophique du terme, et un positiviste plus conscient des exigences de la méthode positive que les "formalistes" qui se qualifient positivistes. Son analyse aboutit à trois constatations fondamentales: a) "l'existence d'éléments constants dans le droit interne des peuples"; b) "le droit de la "société internationale", si théorique et si "instrumental" qu'il soit, doit être envisagé dans son contenu concret"; c) "la directive romaine (droit naturel - droit des gens) transmise par l'enseignement traditionnel permet précisément de dégager un tel contenu" (59).

Suivant le même raisonnement que M. FRANCESKAKIS, nous aurons l'occasion d'examiner dans quelles mesures sa méthode pourrait être utile en matière de contrats internationaux; matière dont l'étude en est encore, à notre avis, à une étape pré-scientifique.

9 — **La Nécessité de la "Théorie Générale du Contrat International"**: Scientifiquement parlant, pour dominer un certain phénomène, il faut un minimum de systématisation capable de nous faire saisir la différence entre le "général" et le "particulier", le "nécessaire" et l'"accidentel". Ainsi, toute étude de contrats internationaux serait vaine, tant qu'on n'édifierait pas la théorie

(56) J. MAURY, *Cours de droit international privé*, Toulouse, 1951-52 p. 6.

(57) La réaction contre la tradition "formaliste" et "mécaniste" du droit international privé date d'une époque assez récente, Le mouvement a commencé en France avec MM. les doyens MAURY, BATIFFOL et LOUSSOUARN qui donnent à leur discipline une définition et une méthode renouvelées (Voir *supra*-notes 46, 48 et 52). Cependant, ils n'en tirent pas toutes les conséquences, comme nous le verrons au cours de ce travail.

(58) Publié dans les *Mélanges MAURY*, 1959, t. J, pp. 113-152.

(59) *Ibid*, pp. 150 et 151.

générale du contrat international (60). Celle-ci n'est pas une simple addition de solutions données à propos de chaque type de contrats; mais elle constitue quelque chose de plus profond. C'est une attention portée à la réalité contractuelle elle-même, pour saisir cette réalité dans toute sa complexité, afin de construire un édifice conceptuel qui serait en somme la "tige commune" du phénomène contractuel.

Apparemment, le but et la méthode de cette étude vont à l'encontre de ce qu'un auteur comme M. Philippe Khan envisage en abordant les problèmes soulevés par la *Vente commerciale internationale* (61). Mais la vérité est tout autre. L'étude d'un contrat déterminé n'implique pas la condamnation de toute généralisation au delà de ce contrat. Au contraire, une thèse comme celle de M. KAHN est une contribution nécessaire à la "théorie générale du contrat international". Celle-ci ne peut être définitivement élaborée qu'en partant de quelques excellentes monographies sur les principaux contrats internationaux.

A vrai dire, les deux méthodes sont autant valables l'une que l'autre; et elles ne s'excluent pas. En droit interne, l'étude de différentes catégories de contrats est précédée de celle de la théorie générale du contrat, et on n'a jamais prétendu que l'étude particulière de la vente ou du bail rend inutile l'étude des principes généraux du droit contractuel. De même, les problèmes soulevés par la vente internationale nécessitent une étude particulière de ce contrat; et l'appréciation de cette étude se fait en fonction de la théorie générale du contrat international, pour voir dans quelles mesures les résultats obtenus répondent aux particularités de la vente. Dégager les principes généraux et tenir compte des exigences de chaque catégorie de contrats sont deux tâches qui paraissent complémentaires.

Dans la construction de la "théorie générale du contrat international", nous partons du "réel" en visant à ce que HUSSERL appelait "la prise de conscience universelle" qui dissipe les préjugés acquis dans le travail technique et le "rétablissement de la vérité originare" (62).

(60) La situation actuelle du "contrat international" est comparable à celle du "contrat administratif" avant l'apparition de la thèse de M. PEQUINOT en 1945. Les trois volumes de G. JEZE sur *Les contrats administratifs* (1935 - 36), comme l'ouvrage de M. BATIFFOL sur *Les conflits de lois en matière des contrats* (1938), ne visaient pas à la construction d'une théorie générale du contrat administratif, ou du contrat international. La notion du contrat, son critère et ses caractères font complètement défaut chez les deux maîtres; ce qui constitue une lacune grave que M. PEQUINOT a comblée en matière de contrat administratif, et que nous nous efforcerons de combler dans ce travail.

(61) Thèse soutenue à Dijon en 1961 et publiée la même année dans la *Bibliothèque du Droit Commercial*, t. IV.

(62) E. HUSSERL, *Formale und transzendante Logik*, p. 217.

10. — **Le Dedans (Notion) et le Dehors (Régime) du Contrat International-Délimitation du Sujet:** Cette tâche comprendra deux étapes bien distinctes, étant donné qu'elle est "biface par structure" (63):

- a) Le Dedans du contrat international; sa constitution intérieure qui s'impose comme existant partout et depuis toujours. C'est précisément son essence, sa création originaire, son évolution et son développement, sa définition, son critère, ses caractères, son originalité et son autonomie; en somme, ce qu'on peut englober sous le terme général de la "Notion du Contrat International".
- b) Le Dehors du Contrat International, ou sa constitution extérieure en face du "complexe" juridique, gravitant autour du triangle classique: individu, Etat et société internationale.

La position du contrat international par rapport aux trois couches de la réalité juridique (loi de l'autonomie, loi étatique, et règles internationales), est l'objet de ce que nous appelons le "régime juridique du Contrat International".

Découvrir les "Dedans" du contrat international, décrire sa "constitution intérieure", préciser sa "notion générale", d'une part; et déterminer ses "Dehors", démontrer sa "constitution extérieure", et établir son "régime juridique", d'autre part; c'est élaborer la "théorie générale du contrat international".

Toutefois, comme nous l'avons précisé dès les premières lignes de ce travail, il nous est impossible d'aborder, dans le cadre restreint de ce travail, autre chose que la première partie seulement de la "théorie générale" en question; à savoir: "La Notion du Contrat international".

11 — **Physionomie et Morphologie du Contrat International:** "Dans la libre recherche scientifique appliquée au droit, écrit le doyen HAURIOU, l'expérimentation doit venir contrôler l'observation, comme en toute autre recherche scientifique, et l'expérimentation, ici, c'est l'ajustement des institutions particulières à une construction d'ensemble" (64).

Une telle "construction d'ensemble" doit tenir compte du phénomène observé dans sa totalité. Mais, pour bien saisir cette totalité, il ne faut pas oublier qu'elle reflète une lutte latente entre deux éléments toujours en conflit:

(63) Nous devons le principe de cette distinction au savant jésuite P. TEILHARD de CHARDIN, qui écrit: "Coextensif à leur Dehors, il y a un Dedans des choses", en précisant d'une façon pertinente que "les choses ont leur intérieur, leur "quant à soi", bien distinct de leur Dehors, c'est-à-dire leur représentation dans le monde extérieur (*Le Phénomène Humain*, Paris, 1955, pp. 52-53.)

(64) Maurice HAURIOU, *Principes de Droit Public*, 2 éd., 1928, p. XXVIII.

la stabilité et le progrès, le statique et le dynamique. Comme l'a dit ROSCOE POUND, "Law must be stable and yet it cannot stand still" (65).

Le chercheur, digne de ce nom, doit établir la loi de ce "dynamisme" en commençant par établir la "genèse", l'"évolution" et la "vocation" propres au phénomène observé.

Mais, la restitution de la "physionomie" du contrat international, ne serait qu'un prélude nécessaire pour comprendre sa réalité, c'est-à-dire sa "morphologie" ou structure, telle qu'elle se présente dans la phase actuelle de son évolution.

En somme, une étude positive nous permettra de préciser le "Domaine" et l'"Etendue" du contrat international.

L'étude physionomique et l'analyse morphologique du phénomène observé sont les deux tâches que nous essayerons de mener à bien dans cet ouvrage.

Dans une première partie, nous étudierons la "Physionomie du Contrat International" tandis que la "Morphologie du Contrat International" fera l'objet de notre deuxième partie.

(65) ROSCOE POUND, *Interpretations of legal history*, 1923, p. 1.

PREMIÈRE PARTIE

LA PHYSIONOMIE DU CONTRAT INTERNATIONAL

"On considère mieux les choses en examinant leur origine et leur évolution"
ARISTOTE - *Politique*.

12 — **Genèse et Evolution du Phénomène Etudié:** En définissant en ces termes une loi universelle de la recherche scientifique, ARISTOTE voulait affirmer que l'anthropologie et l'histoire sont à la base de toute connaissance présente et future. S'attacher à l'histoire, c'est connaître le présent et chercher en même temps les perspectives de l'avenir (1).

Mais, si importante qu'elle soit, l'étude historique ne peut pas tout expliquer (2). Les facteurs sociologiques, politiques et économiques se mêlent à l'histoire pour dessiner ce qu'on peut appeler la "vocation" du phénomène observé.

Tout cela nous entraînerait, peut-être, un peu loin du cadre classique de l'étude juridique; mais, il ne faut pas oublier l'appel du célèbre juge américain, O. W. HOLMES: "To be master of any branch of knowledge you must master those which lie next to it. And thus to know anything you must know all". (3).

Nous sommes à l'âge de la démonstration, c'est-à-dire de la fixation exacte des effets par la connaissance minutieuse des causes lointaines; et de telles causes sont à la frontière entre le Droit et les autres sciences sociales. Ainsi, pour bien connaître le "contrat international", il faut commencer par l'explication de sa "genèse", de son "évolution" et de sa "vocation", en utilisant les matériaux que les sciences historiques, sociologiques et économiques nous offrent.

(1) "Privé de vue sur le futur, écrit Karl JASPERS, le tableau du passé paraît arrêté et définitif, faux par conséquent. On ne saurait avoir le sens de l'histoire si l'on n'a pas celui de l'avenir (...). Demain se cache dans hier et dans aujourd'hui" (Karl JASPERS, *Origine et sens de l'histoire*, 1954, p. 175). C'est pourquoi Jacques MARITAIN a dit: "S'abstenir de l'histoire, c'est chercher la mort" (J. MARITAIN, *Pour une philosophie de l'histoire*, Paris, 1959, p. 107).

(2) E.A. HOEBEL écrit dans ce sens: "Neither the present nor the future can be understood without a knowledge of the past, although knowledge of the past alone does not hold the key to an understanding of the present or to an exact prescience of the shape of things to come" (*The law of primitive man. A Study in comparative legal dynamics*, Cambridge, Mass., 1954, p. 288 ss).

(3) O.W. HOLMES Jr., *The law as a profession*, dans *American law Review*, vol. 20, 1886, p. 742.

Titre Premier - LA GENESE DU CONTRAT INTERNATIONAL

"Pour comprendre l'histoire, il ne suffit pas de savoir comment sont les choses, mais comment elles sont venues à être ce qu'elles sont". F. BOAS (*)

13 — La Permanence de certains phénomènes à travers tous les Ages de l'Humanité - L'exemple du contrat: Toute existence et toute position entraînent un certain passé et une certaine genèse. "Dans une perspective cohérente du Monde, écrit P. TEILHARD de CHARDIN, la Vie suppose inévitablement, et à perte de vue, avant elle, de la Prévie" (1). De même, l'Histoire suppose inévitablement de la Préhistoire, et le Contrat, le Pré-contrat.

Les conquêtes de la science moderne nous révèlent que l'unité humaine est une réalité concrète, et que l'histoire n'est qu'une courte étape intermédiaire de cinq mille ans, entre une période longue de centaines de millénaires, celle du peuplement de la terre, et l'histoire universelle proprement dite, qui s'ouvre devant nous (2). Elles nous révèlent, en outre, que "le Marché est un phénomène humain qui n'est étranger à aucune société connue" (3).

Dès l'aube de la vie humaine, des échanges entre hommes appartenant aux différents groupes sociaux s'effectuèrent; et il faut remonter jusque là, pour trouver les origines du phénomène contractuel. En principe, les spécialistes de droit international privé se contentent de considérer leur discipline comme un ordre sans histoire qui fit son apparition au XIII^e siècle dans le ciel des villes marchandes d'Italie, sans avoir aucune attache ou continuité avec l'évolution antérieure de l'humanité. Ils confondent ainsi la "science du droit international privé", avec le "Droit international privé". Si BARTOLE et ses disciples sont les fondateurs de la "Science" ou de la "Théorie", ils ne sont pas les "inventeurs" du Droit. Celui-ci existait déjà; parce que sa "raison d'être" et le "phénomène" qu'il étudie existaient depuis quelques millénaires. Il faut le reconstruire, par une sorte de "rétro-analyse" basé sur les données de la Vie. Négliger sa "Préhistoire" et son "Histoire", ferait du contrat international une sorte de phénomène "déraciné", sans origine, ni nature propre; ce qui est loin de la réalité, comme nous le verrons ci-après.

(*) *The Methods of Ethnology*, dans *The American Anthropologist*, vol. 22, 1920, p. 311, cité par C. LEVI-STRAUSS, *Anthropologie Structurale*, 1958, p. 12.

(1) *Le Phénomène Humain*, *op. cit.*, p. 53.

(2) Karl JASPERS écrit dans ce sens: "Entre la préhistoire - cent fois plus longue que l'ère historique - et l'avenir immense, les cinq mille ans d'histoire qui nous sont accessibles ne sont qu'une infime partie du temps imprévisible de la durée humaine" (*Origine et sens de l'histoire*, Préface, p. III).

(3) Marcel MAUSS, *Essai sur le Don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, dans *l'Année Sociologique*, seconde série, t. I, 1923-24, repris dans *Sociologie et Anthropologie*, Paris, 1950, p. 148.

Chapitre Premier - LA PREHISTOIRE DU CONTRAT INTERNATIONAL.

"There is no fundamental breach of continuity between our own society and that of primitive peoples". B. MALINOWSKI (*)

14 — L'Importance de la "Préhistoire Juridique" : Il y a quelques décades, les chercheurs changèrent leur attitude de mépris à l'égard de la "préhistoire" et des "peuples primitifs". Ils reconnaissent maintenant que "le développement préhistorique de l'homme n'est rien d'autre que la lente formation de l'être humain, de sa nature profonde", et qu'il existe "une certaine communauté de modes de vie et de pensée résultant plutôt des dispositions innées de l'homme que d'une histoire à proprement parler" (1).

Ce ne sont pas de simples hypothèses comme les postulats de KANT et KELSEN, mais des faits scientifiquement prouvés.

Les riches renseignements fournis par les ethnologues et les anthropologistes, sont d'une grande utilité pour les juristes. Découvrir les solutions qui découlent de la nature des choses, mieux comprendre les institutions juridiques, et suivre le processus de leur genèse et transformation: tels sont les trois objectifs de l'étude anthropologique dans le domaine juridique en général (2).

(*) Cf. L'introduction à l'ouvrage de Hobbin *Law and order in Polynesia*, 1934.

(1) Karl JASPERS, *op. cit.*, pp 41, 93. "L'évolution historique, selon le grand philosophe allemand, se présente comme un phénomène provisoire; avec ses oeuvres, ses idées, ses réalisations, il semble flotter à la surface des abîmes d'où l'humanité préhistorique est montée, qui continue en nous sa vie obscure. Notre condition d'hommes repose à la fois sur la préhistoire et sur l'histoire. De la première, nous tenons le fond de notre nature, nos instincts élémentaires, notre inconscient, nos caractères primitifs; la seconde, avec sa tradition consciente, éducatrice, source de notre foi, de notre morale, de nos réalisations (...), la seconde n'est qu'une couche superficielle sur le feu de ce volcan: l'homme. On sent parfois que cette surface peut disparaître, alors que le fond ancestral, l'héritage préhistorique est indélébile" (*idem*, p. 42).

(2) Pour la science anthropologique du droit, les trois expressions "anthropologie", "sociologie" et "psychologie sociale", sont utilisées comme "virtuellement interchangeables" (David RIESMAN, *Toward an anthropological science of law and the legal profession*, dans *American Journal of Sociology*, vol. 57, 1951, p. 124). A l'origine, cette science connue sous le nom d'"ethnologie juridique" (*Ethnologische jurisprudenzen*), se caractérisait par son "ethnocentrisme", c'est-à-dire sa tendance à étudier séparément chaque espèce particulière, et à démontrer les points de divergence entre les différents droits. (D. RIESMAN, *op. cit.*, p. 121). Ensuite, la tendance socio-anthropologique prédomina sous l'impulsion de la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* mais elle resta concentrée dans le domaine du droit pénal jusqu'à MALINOWSKI. Celui-ci fut le premier à étudier le "Droit Civil" et surtout l'activité économique des "Argonautes de l'Ouest du Pacifique". Actuellement, la science anthropologique est essentiellement une science comparative; HOEBEL l'affirme en disant: "Anthropology is first and foremost a comparative science. It draws its data from all orders of society: primitive and civilized, prehistoric and contemporary, and from all portions of the globe" (Hoebel, *op. cit.*, préface, p. VII). De même, il précise très clairement le but de cette étude en disant: "When comparative anthropological studies establish an universal nuclear core of general traits as being prescript in all empirically observed cultures then it =

Précisément, en matière de droit international, public et privé, cette étude acquiert encore plus d'importance. En l'absence d'un pouvoir supérieur et d'une sanction juridiquement imposée, l'analogie entre la position juridique de la communauté internationale actuelle et celle ayant existé entre différents groupes "primitifs", est à peu près complète (3). D'autre part, certains peuples considérés traditionnellement comme "primitifs" ou "arriérés", ont fait depuis peu de temps leur entrée solennelle dans la société internationale. On ne peut plus nier à leur "Droit" la qualité d'un système juridique qui peut se trouver en conflit avec les systèmes juridiques du monde déjà "civilisé" depuis longtemps. L'étude du commerce international de ces peuples rendra un grand service aux spécialistes de droit international privé, en leur démontrant la voie de la transformation d'une organisation "archaïque" pour satisfaire aux besoins de la vie (4).

Certes, la méthode idéale pour la découverte du substrat de la nature juridique serait l'étude de la "préhistoire absolue" qui précéda l'ère historique; mais l'insuffisance des matériaux que nous possédons rend cette étude purement conjecturale. C'est pourquoi nous nous contenterons de rechercher les origines du contrat international dans la "préhistoire relative"; c'est-à-dire chez les "peuples primitifs" qui vivent encore dans divers coins de l'Afrique, de l'Amérique du Sud et du Nord, de l'Asie, dans les régions polaires, et le Pacifique.

Les anthropologistes qui ont étudié la vie de ces peuples "primitifs", nous attestent l'existence partout d'un phénomène unique: le marché(5).

= is scientifically reasonable to infer that these traits, which form the common denominator of culture, were also probably present in early prehistoric cultures, even though they cannot be causally ascribed to any known archaeological evidence" (*idem*, p. 291).

C'est ainsi que nous aborderons ce domaine, non pas pour satisfaire une curiosité qui nous entraînerait loin de notre sujet, mais pour être conséquents avec nous-mêmes et être fidèles au programme que nous nous sommes tracés dans l'introduction générale de ce travail.

(3) Le problème du fondement de Droit International qui préoccupe toujours les internationalistes, est le même en ce qui concerne l'existence du "Droit" dans les sociétés primitives. (Voir surtout B. MALINOWSKI, *The force of Law and Order in Primitive Community*, dans *Proceedings of the Royal Institution of Great Britain*, vol. XXIV, 1925, pp. 529-547; *idem* *Freedom and civilization*, New-York, 1944, p. 154 ss; Numelin (Rognar), *The Beginnings of Diplomacy. A sociological study of intertribal and international relations*, London & Copenhagen, 1955, p. 54 ss; Hoebel (E.A.), *op. cit.*, p. 22 ss; et HOETINK (H.), *Moral and Law as social-anthropological concepts. An evolutionistic problem?* dans *Archives Internationales d'Ethnographie*, vol XLVII, 1955, pp. 204-214).

(4) Ce problème a commencé d'attirer l'attention des juristes occidentaux il y a quelques années. En 1955, il fit le thème principal d'un colloque tenu à Amsterdam, dont les travaux sont publiés sous le titre *L'Avenir du Droit coutumier en Afrique*, Leiden, 1956.

(5) Voir surtout, MAUSS, *Essai sur le Don*, *op. cit.*, en ce qui concerne les clans australiens ou américains du Nord p. 271 ss, la Mélanésie et la Polynésie, les Indiens de la colonie britannique et de la Nord-Ouest Canadian p. 198 ss; Georges DAVY *La foi jurée, Etude =*

Toute l'analyse constructive que nous allons entreprendre repose sur ce fait capital. Mais, pour en tirer toutes les conséquences, il faut débarrasser la science du droit des anciens dogmes qui semblent encore s'imposer à nous,

15 — L'élimination des idées "aprioristiques" - La soi-disant "Hostilité Naturelle": Selon la doctrine classique, le problème des échanges économiques ne se posait pas, pour la simple raison que les peuples "primitifs" ne connaissaient que la guerre. Sir Henry S. MAINE écrivait, en 1888: "It is not peace which was natural and primitive and old, but rather war. War appears to be as old as mankind, but peace is a modern invention" (6). Cette phrase devint un dogme qui influença tous les internationalistes. C'est la célèbre théorie de l'exclusivisme juridique à l'égard de l'étranger qui ne participe pas au même culte (7). M. BATIFFOL, essayant de donner à cette idée une explication nouvelle, a écrit récemment: "L'aversion pour ce qui est étranger est un sentiment profondément ancré dans la nature humaine" (8).

En effet, la dite hostilité naturelle entre différents groupes primitifs, et la théorie de l'exclusivisme juridique avec sa base religieuse ou psychologique, ne sont que de simples postulats inconsciemment inspirés par des préjugés modernes, démentis par les faits. Les deux idées sont condamnées par tous les ethnologues qui ont attesté l'existence de relations pacifiques et surtout du commerce entre les peuples dès l'aube de la vie humaine (9).

= sociologique du problème du contrat. *La Formation du lien contractuel*, (Thèse (lettres), Paris, 1922), concernant les tribus Tlinkit, Haida et Kwakiut du Nord-Ouest américain; E.A. HOEBEL, *op. cit.*, pour les Ashanti et les Iingao américains p. 100 ss, les Eskimo p. 69 ss, les Cheyenne p. 143 ss; B. MALINOWSKI, *Argonauts of the Western Pacific*, London, 1922, concernant surtout les Iles Trobriands; H.I. Hogbin, *Law and order in Polynesia*, New-York, 1934; M. GLUCKMAN, *The judicial process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester, 1955; I. Schapira, *A Handbook of Tamana law and Custom*, London-New-York & Cape Town, 1955; J.O. Elias, *The nature of Africa customary law*, Manchester, 1956, qui touche surtout à la vie des tribus de l'Ouest équatorial africain.

(6) H.S. Maine, *International Law*, London, 1888, p. 8.

(7) Voir par exemple, F. LAURENT, *Droit civil international*, t. I, pp. 22, 40, 104. C'est la fameuse théorie de FUSTEL de COULANGES: "Le droit n'était qu'une des forces de la religion. Pas de religion commune, pas de loi commune" (*La cité antique*, 15 éd., *Collection Historia XVII*, Le Club du meilleur livre, Paris, 1959, p. 177). L'idée d'une confusion initiale entre le Droit et la Religion a été abandonnée par la plupart des spécialistes. Cf. SEAGLE, *The Quest for law*, New-York, 1941, chapitre X; A.S. DIAMOND, *Primitive Law*.

En réalité, les efforts de MAINE comme ceux de FUSTEL de COULANGES, ont porté sur les droits plutôt "archaïques", pour démontrer que: "... these first written formulations of archaic law are largely free of religious coloring". Ainsi, leurs efforts se sont avérés insuffisants, parce qu'il fallait remonter encore plus loin vers les droits primitifs de la préhistoire absolue ou relative, c'est-à-dire chez les peuples illettrés. HOEBEL s'en est chargé et il nous révèle que: "Private law, which predominates among primitives, rarely, if ever, undertakes to add its sanctions to tabu" (*The primitive law of man*, p. 259).

(8) H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, p. 153; et *Traité élémentaire du droit international privé*, 3 éd., 1959, p. 8.

(9) Parmi les cas innombrables, on peut signaler les matériaux exposés par H.J. LINDEREN, *An exemple of culture contract without conflict, the Reindeer Tungus and Russian* =

D'une part, la psychologie sociale nous apprend que la paix et la guerre sont deux aspects naturels de la conduite humaine qui coexistaient partout depuis toujours (10).

D'autre part, l'anthropologie nous révèle que l'"institution d'échanges représente sans aucun doute le début de l'hominisation" (11).

= *Cossacks of Northern Manchuria*, dans *American Anthropologist*, vol. 40 1938, pp. 305 ss; R. REDFIELD, *Culture without conflict*, dans *American Anthropologist*, vol. 41 1939, pp. 514 ss; et surtout R. NUMELIN, qui a consacré une vingtaine de pages au problème de "l'état naturel des relations", *op. cit.*, pp. 66-83). Après avoir exposé la théorie classique de l'hostilité naturelle (pp. 67-71), il donna une liste abondante des cas de relations amicales entre étrangers (pp. 72-83). RONALD M. BERNDT, a observé, pour sa part, chez les peuples de la Nouvelle Guinée, que la guerre était inconnue dans les relations avec les étrangers proprement dits. Elle n'y était pratiquée qu'entre des groupes habitant le même "District". (Cf. *Interdependence and conflict in the Eastern central Highlands of New-Guinea*, dans *Man*, 1955, p. 106 ss). B. MALINOWSKI va encore plus loin en affirmant: "War does not occur at primitive level" (*Anthropological Analysis of War*, dans *American Journal of Sociology*, vol. XLVI (1940-41), p. 528 ss). Cette affirmation est fondée sur l'observation de différents Pygmy tribes d'Afrique et d'Indonésie, les Negritas, les Firelanders, les Veddahs de Ceylan, chez qui la guerre n'existe pas. Toutefois, il paraît plus sûr de conclure, comme l'a fait le même auteur, dans son ouvrage posthume: "War however is not a permanent state of affairs in any type of tribal culture" (*Freedom and civilization*, 1944, p. 280). La guerre a été commune et pratiquée depuis toujours; mais elle n'était pas l'état naturel et normal des relations entre peuples. (Voir la première contribution française à l'étude de ce problème: P. BIERZANEK, *Sur les origines du droit de la guerre et de la paix*, dans *Revue Historique du Droit Français et étranger*, t. 38, 1960, p. 105 ss).

(10) La notion de la "Lutte-concours" ou du "conflit-coopération" est inhérente à la nature humaine. Fatalement, les individus et les groupes sociaux sont condamnés à s'entre-satisfaire, s'entre-adapter et ils cherchent toujours à s'entre-modifier.

D'après K.S. CARLSTON, "Man's existence is dependent not only upon the particular network of corporate and organisational activity comprised in his natural society, but upon all the ties direct and indirect, of each such network with the corresponding patterns of trade and intercourse of the rest of the world" (*Law and structure of Social Action*, London, 1956, p. 17). Il conclut, par conséquent: "No individual, no organisation, no community and no state exists in isolation No community or society is self-sustaining" (*ibid.*, p. 87).

Toutefois, le concours et la coopération entre différents individus et divers groupes ne constituent qu'un seul aspect de la réalité. Le conflit et la lutte sont deux phénomènes incarnés dans la nature sociale. Cf. LEWIN (K.) *Resolving Social Conflicts*, New-York, 1948; Mac-Iver (R.M.) & Page (C.H.), *Society*, London, 1950; WEBER (Max), *On the Methodology of the Social Sciences*, Glencoe 1949; PARSONS (T.), *The Social system*, 1951; PARSONS (T.) & SHILS (E.A.), *Toward a General Theory of Action*, 1952; MAIER (N.R.F.) *Principles of Human Relations*, 1952; FRENCH (J.R.P.), *Group Dynamics: Research and Theory*, 1953. Bannir le conflit et la lutte du domaine social est un rêve irréalisable et même insouhaitable. Il y a ce qu'on peut appeler, avec G. SIMMEL, "the positive and integrating role of antagonism" (*Conflict*, Illinois, 1955, p. 18) "and of conflict" (pp. 14-15). Dans toute situation, le conflit est un aspect essentiel et positif de l'interaction sociale, et une partie vitale dans le processus qui tend à conserver aux diverses unités d'action leur interdépendance relative dans le cadre d'une constellation totale.

(11) Réponse de Sir Solly ZUCKERMAN à M. Claude LEVI-STRAUSS, après sa communication sur *L'Hominisation de la famille et des groupes sociaux*, dans *Colloques internationaux au Centre National de la Recherche scientifique*, Paris, 1958, p. 164. M. LEVI-STRAUSS dit justement: "L'Homme n'existe pas avant que l'échange ne s'instaure au sein d'une société. La notion d'échange est la seule, en effet, qui permette de ramener à un commun dénominateur l'ensemble des activités proprement humaines, puisque la société humaine consiste en un système d'échange opérant à trois niveaux: échange de =

16 — La Dite "Personnalité des Lois" : Ainsi, nous devons rejeter définitivement le dogme de l'hostilité naturelle et éliminer du domaine juridique toutes ses conséquences fâcheuses. Parmi celles-ci, le soi-disant principe de la personnalité du droit occupe une place de préférence. Le droit primitif étant destiné à régler les relations entre membres du même groupe, à l'exclusion de tous les autres; les auteurs classiques ont été conduits à considérer le système de la personnalité comme le seul système concevable à l'aube de l'humanité; et par conséquent, ils nient toute possibilité d'une confrontation entre droits à ce stade primitif (12).

Pourtant, l'appellation "personnalité du droit" est loin d'exprimer la vérité. La dite personnalité est forcément limitée par l'autre principe de l'exclusivisme juridique. L'exclusivisme réciproque de la part de chaque groupe aboutit fatalement à l'impossibilité d'appliquer tout autre droit que le sien; et il sera donc absurde de parler d'un droit national qui poursuit l'individu en dehors de son propre groupe d'origine.

En réalité, cette conception correspond à un état "statique" complètement étranger au monde dynamique du droit. Comme nous venons de voir, l'échange entre différents groupes humains est un fait naturel qui existe depuis toujours. Le dynamisme, qui est le signe de la vie, se manifestait dans les sociétés "primitives" par différents moyens, parmi lesquels on peut signaler "la double appartenance" (13). Dans sa forme élémentaire, celle-ci était la conséquence naturelle du mariage "mixte". L'exogamie étant la règle générale chez les "primitifs", les enfants gardaient leurs relations avec les deux groupes paternel et maternel (14). Mais, en s'installant dans un seul groupe, le fac-

= messages, qui correspondent au langage; échange de femmes, qui correspond aux règles matrimoniales; échange de biens et de services, qui correspond à l'activité économique" (*ibid.*, p. 161).

(12) VOIGT, *Das jus naturale aequum et bonum und jus gentium der Roemer*, t. II, Leipzig, 1858, p. 64, 610 ss; FOELIX, *Droit international privé*, t. I, 1866, p. 4; LAURENT, *Droit civil international*, t. I, 1880, p. 105; DE BOECK, *Du prêteur pérégrin*, thèse, Paris, 1882, pp. 116, 163 ss; NIBOYET, *Cours de droit international privé français*, 2 éd., 1949, p. 354; 1949, p. 354; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Droit International privé*, 6ème éd., 1954, p. 6; et BATIFFOL, *Traité élémentaire*, 3éd., 1959, p. 3.

(13) La double appartenance qu'on appelle en anglais "The bilateral kindred", paraît être le mode le plus ancien de réaliser le dynamisme social. Max WEBER écrit à ce propos: "Even at the earliest stages of development known to us the individual often belonged to several groups rather than to just one" (*On law in Economy and Society*, traduction anglaise de quelques chapitres choisis touchant au droit de *Wirtschaft und Gesellschaft*, éditée par Max RHEINSTEIN, *20th century Legal Philosophy Series*, vol. VI, Cambridge/Mass., 1954, p. 142).

(14) La conception tylorienne de l'exogamie en tant que donnée objective de la société primitive est acceptée par tous les anthropologistes modernes. (E.B. TAYLOR, *On a method of investigating the Development of Institutions, applied to laws of Marriage and Descent*, dans *Journal of the Anthropological Institute*, vol. 18, 1889, pp. 245-272). M. Claude LEVI-STRAUSS affirme surtout que "la société prend naissance dès qu'elle réglemente la vie du groupe d'après la loi d'exogamie" (*Les structures élémentaires de la parenté*, thèse (Lettres), Paris, 1949, p. 64 ss.). Pour leur part, M. et Mme MAKARIUS (Roual et Laura), =

teur territorial commence, par ce fait même, à jouer un rôle important dans l'organisation sociale. Par conséquent, on peut conclure que les ordres juridiques primitifs étaient autant territoriaux que personnalistes, et les faits confirment cette analyse logique (15).

17 — **La Nature de l'Echange Economique dans les Sociétés "Primitives"** : Après avoir écarté ainsi les deux dogmes de l'exclusivisme juridique et de la personnalité originelle, nous abordons maintenant l'étude d'un troisième dogme, que Edmond CUQ a formulé dans les termes suivants: "Dans les sociétés primitives, on ne conçoit que le régime du troc" (16).

Selon cette théorie classique, la notion du contrat était inconcevable chez les peuples primitifs. Les conceptions de la contre-prestation, de l'obligation et du crédit dépassaient les facultés intellectuelles de ces peuples. Il fallait attendre l'avènement des civilisations babylonienne et gréco-romaine pour passer du stade du troc à celui de la vente au comptant et puis, dans une phase supérieure, au stade de la vente à crédit et du prêt.

Incapables de résoudre le problème de deux "moments du temps" que le contrat unifie, les "primitifs" étaient ainsi condamnés, selon la doctrine traditionnelle, à rester dans une situation pré-contractuelle. Ce raisonnement aprioristique contredit la réalité établie par les faits.

Dans son *Essai sur le Don*, Marcel MAUSS releva le défi, en démontrant que les notions du contrat, de l'obligation et du crédit, ne sont étrangères à

=après avoir constaté l'usage universel de l'exogamie pour réaliser la fraternisation entre les groupes (p. 189 ss.), concluent que "l'exogamie, qui représente la première réglementation sociale du mariage, a donc été le moyen par lequel des groupements (...) sont venus à se lier et à s'allier" (p. 194), et même "le seul moyen" (pp. 193 et 196) "de mener les alliances stables". (Cf. *Essai sur l'origine de l'exogamie et de la peur de l'inceste*, dans *L'Année sociologique*, 3ème série, 1955-56, pp. 173-230; *idem*, *L'origine de l'exogamie et du totémisme*, Paris, 1961, p. 14 ss).

(15) E.A. HOEBEL affirme, dès les premières pages de son ouvrage : "Every society exists over and against other societies. Implied in the concept of aggregation is a spatial location of each society the members of which have in the main a closer local contiguity with one another than they do to outsiders. Almost all societies are territorially rooted to an area of more or less clearly defined limits". (*The law of primitive man*, p. 7). C'est justement ce dernier postulat souligné par nous qu'il a essayé de confirmer par des faits à plusieurs reprises. Il démontra comment "the kinship and territorial principles are fused" (pp. 122, 215 et 216) chez les Ashanti et les Ifugao américains. A. R. RADCLIFFE-BROWN écrit de son côté: "Every human society has some sort of territorial structure" (Préface du livre de M. FORTES & E. E. EVANS-PRITCHARD, *African Political Systems*, Oxford, 1940, p. XIV). Récemment, Sir SOLLY ZUCKERMAN a précisé d'une façon très nette que: "les droits territoriaux apparaissent, en général, au moins aussi importants que la parenté pour déterminer la solidarité d'une unité sociale chez les populations vivant essentiellement de cueillette et de chasse" (*L'Hominisation de la famille et des groupes sociaux*, dans *Colloques internationaux du C.N.R.S.*, Paris, 1958, p. 152).

(16) *Etude sur les contrats de l'époque de la première dynastie babylonienne*, dans *Nouvel- le Revue d'Histoire du Droit*, 1910, p. 477.

aucune société archaïque qui survit de nos jours (17). Les hommes "primitifs" n'avaient, sûrement, ni l'idée de la vente, ni l'idée du prêt; mais ceci n'empêche pas qu'ils pratiquaient des opérations juridiques et économiques qui ont la même fonction. En utilisant le "Don Echange", il arrivaient à réaliser les mêmes fins économiques et juridiques. C'est sur un système de cadeaux donnés et rendus à termes que se sont édifiés d'une part le troc, par simplification, par rapprochements de temps autrefois disjoints, et d'autre part, l'achat et la vente, celle-ci à terme et au comptant, et enfin le prêt. Celui qui a reçu le "don" doit rendre dignement les valeurs équivalentes, et cette obligation est basée sur l'honneur (18). L'honneur en effet exige une telle obligation parce que le principe de "donner, prendre et rendre" est profondément enraciné dans la nature humaine (19).

18 — La Première Forme du Contrat Intergroupal : Le contrat n'est que la projection sur le plan juridique du principe: Donner, prendre et rendre. Nous trouvons chez les "primitifs" ce que M. LEVI-STRAUSS appelle la "passion du "don", accompagné par "l'obligation rituelle pour le récipiendaire, d'accepter et de rendre" (20). Le but d'une telle opération était, au début, essentiellement moral, elle avait pour objet de produire un sentiment amical entre les deux personnes en jeu. Mais avec l'évolution de la structure

(17) Cf. *Sociology et Anthropologie, op. cit.*, p. 199 ss. M. LEVI-STRAUSS écrit à juste titre que cet ouvrage "inaugure (...) une ère nouvelle pour les sciences sociales" (*Introduction à l'oeuvre de MAUSS*, p. XXXV). Pour notre part, nous tenons à préciser que notre dette à son égard est énorme. Le développement suivant est principalement basé sur l'oeuvre de MAUSS, et celle de HOEBEL *The Law of Primitive Man*, déjà cité plusieurs fois. Voir en outre B. MALINOWSKI, *Argonauts of the Western Pacific*, London, 1922, p. 14 ss.; *idem, Crime and Custom in Savage Society*, New-York, 1926, p. 123 ss.; R. NUMELIN, *The Beginnings of Diplomacy*, London, 1950, p. 251 ss.; et M. J. HERSKOVITS, *Economic Anthropology*, New-York, 1952, pp. 181 ss, 196 ss et 225 ss.

(18) "Les hommes, écrit MAUSS, ont su engager leur honneur et leur nom bien avant de savoir signer" (*op. cit.*, p. 204). Il démontre clairement que cette notion d'honneur, plus que la notion de magie, est connue des civilisations "primitives". Le *mana* polynésien, par exemple, symbolise non seulement la force magique de chaque être, mais aussi son honneur. Le *pötlatch* thingit ou haïda, consiste à considérer comme des honneurs les services mutuels (*ibid*, p. 203). C'est précisément pour acquérir du prestige qu'on donne, et le récipiendaire accepte et rend pour sauver son honneur.

(19) B. MALINOWSKI considère, "the rules of give and take in co-operation" comme une loi qui découle de la nature humaine elle-même (*Freedom and Civilization*, p. 183). NUMELIN, de son côté, écrit que: "The principle of give and take lies deep in human nature" (*The Beginnings of Diplomacy*, p. 254), en citant des exemples innombrables pour appuyer sa constatation (*ibid*, pp. 255-258). Dans sa thèse de doctorat, M. LEVI-STRAUSS fait de cette idée une des idées maîtresses de la nature humaine, en démontrant que celle-ci nous commande sans le savoir dans nos sociétés modernes (*Structures élémentaires de parenté*, p. 72 ss). Il s'appuie principalement sur les usages linguistiques pour prouver que "le langage lui-même, qui dit "donner une réception", montre que, chez nous comme en Alaska ou en Océanie, "recevoir c'est donner" (p. 73).

Marcel MAUSS écrit notamment: "Les sociétés ont progressé dans la mesure où elles-mêmes, leurs sous-groupes et enfin leurs individus, ont su stabiliser leurs rapports, donner, recevoir, et enfin, rendre" (*Essai sur le Don, op. cit.*, p. 278).

(20) C. LEVI-STRAUSS, *Les Structures élémentaires de la parenté*, p. 70.

sociale et le passage du stade de la cueillette à celui de la chasse, le caractère économique des échanges s'affirma davantage.

Ainsi, le "don", qui ne disparaît pourtant pas complètement, cède la place au profit de "l'échange". Le "don-échange" se transformant en pur "échange", on se trouve alors en présence d'un nouveau "fait social total", dont les implications sont à la fois psychologiques, sociales et économiques (21).

Par conséquent, on peut conclure que les échanges s'effectuèrent longtemps avant l'institution du négoce et l'invention de la monnaie. Mais, à l'origine, ces échanges étaient des "prestations totales" conclues entre différents groupes sociaux (22). Le système des prestations totales forme le fond sur lequel s'est détachée la morale du "don-échange" devenu simplement "échange"; et ce fond subsiste à travers tous les âges de l'humanité (23).

Pour comprendre toute évolution postérieure, il ne faut pas oublier que la première forme de l'activité économique était une affaire sociale qui touche au groupe en tant que tel, et qui met ce groupe en face d'un groupe étranger. En d'autres termes, c'est un phénomène externe concernant les relations intergroupales (24).

19 — **Le Processus de l'évolution:** Comme nous avons déjà vu, l'échange est une donnée de la nature humaine qui se manifeste en partie dans le commerce. Le commerce est par conséquent un phénomène universel qui se trouve chez tous les habitants du monde, qu'ils soient primitifs ou modernes (25).

(21) Cf. B. MALINOWSKI, *The forces of law and order in a Primitive Community*, dans *Proceedings of the Royal Institution of Great Britain*, vol XIV, 1925, p. 533 ss; R. FIRTH, *Primitive Polynesia economics*, London, 1939, p. 344 ss; M.J. HERSKOVITS, *Economic life of primitive people*, New-York, 1940, p. 171 ss; et C. LEVI-STRAUSS, *Guerre et commerce chez les indiens de l'Amérique du Sud*, dans *Renaissance*, vol. I, New-York, 1943.

(22) "Il y a prestation totale, écrit MAUSS, en ce sens que c'est bien tout le clan qui contracte pour tous, pour tout ce qu'il possède et pour tout ce qu'il fait, par l'intermédiaire de son Chef" (*op. cit.*, p. 152).

(23) M. MAUSS, *op. cit.*, p. 264 ss. "Une institution, écrit LEVI-STRAUSS dans le même sens, peut être archaïque parce qu'elle a perdu sa raison d'être; ou au contraire, parce que cette raison d'être est si fondamentale qu'une transformation de ses moyens d'action n'a été ni possible ni nécessaire. Tel est le cas de l'échange" (Thèse, *op. cit.*, p. 80).

(24) Le Commerce "inter-tribal" est ainsi antérieur au commerce "intra-tribal". Max WEBER attira l'attention sur ce fait fondamental en précisant: "In its beginnings, commerce affair between ethnic groups; it does not take place between members of the same tribe or is an of the same community, but is, in the oldest social communities, an external phenomena, being directed only toward foreign tribes". Il conclut: "In any case the oldest commerce is an exchange relation between alien tribes" (*General Economic history*, traduit de l'allemand par F. H. Knight, 2ème ed., 1950, p. 195).

(25) Cf. H. SCHMOLLER, *Gundriss der Volkswissenschaftslehre*, t. I, Berlin, 1945, p. 462; R. THURNWALD, *L'économie primitive*, traduit de l'allemand par C. MONSEY, Paris, 1927, p. 213; C. PESCHEL, *The Races of man*, New-York, 1943, p. 210; M. J. HERSKOVITS, *Economic anthropology*, New-York, 1952, p. 216; R. NUMELIN, *The Beginnings of Diplomacy*, p. 252; et MAUSS, *op. cit.*, p. 251.

Mais, comme tout autre fait social, il doit passer de la Nature à la Culture, pour s'épanouir en Institution (26).

En prenant conscience de ce qui se passe dans la vie, les hommes commencent à penser à certains "basic concepts", "cultural themes", ou "patterns of conduct" (27). La réflexion les amènera à formuler quelques "jural postulates", et à créer les techniques nécessaires pour réaliser les valeurs culturelles de leur société (28). Ils entrent alors dans la phase de l'Institution, ou autrement dit, dans la phase juridique au sens propre du mot. Des règles s'établissent pour organiser les relations du commerce; et comme le commerce se fait entre différents groupes, les dites règles doivent être nécessairement des règles inter-groupeles.

La première unité sociale étant la famille, ces règles doivent donc être recherchées dans l'organisation des relations interfamiliales. La famille s'élargit ensuite pour devenir une tribu ou un village, en passant par la forme intermédiaire de "clans". Parallèlement, l'échange modifie sa structure originelle pour devenir inter-tribal (29).

En tenant compte de ce processus, on peut se faire une idée plus exacte de la genèse du phénomène contractuel.

20 — Les Caractères du "Contrat-Traité": La première forme contractuelle était nécessairement un "contrat-traité" conclu au commencement en-

(26) Ce processus est à la base de "l'Anthropologie Structurale" amorcée par M. LEVI-STRAUSS dans sa thèse de doctorat (voir surtout p. 80 ss); et complétée dans son dernier ouvrage *Anthropologie Structurale*, Paris, 1958, chapitre XV, p. 303 ss.

(27) Ces trois termes sont les plus utilisés dans le monde juridique anglo-américain. Malgré les quelques nuances qui les distinguent, ils sont concurremment utilisés la plupart du temps. Toutefois, S.C. NORTHROP préfère celui de "basic concepts" (*Jurisprudence in the law school Curriculum*, dans *Journal of legal Education*, t. I, 1949, p. 489). MORIS OPLER opte pour celui de "cultural themes" (*Theme or Dynamic Forces in Culture*, dans *American Journal of Sociology*, t. 51, 1945, p. 198 ss; *idem*, *An application of the Theory of Theme in Culture*, dans *Journal of the Washington Academy of Science*, vol. 36, 1946, p. 137 ss.). Celui de "patterns of conduct" a connu un succès énorme dans la littérature juridique de tendance behavioriste ou structurale (voir surtout B.N. CARDOZO, *The Nature of Juridical Process*, New Haven, 1921; et Jerom FRANCK, *Court on Trial*, Princeton, 1950).

(28) La notion du "jural postulates" trouve une place d'honneur dans la doctrine de Julius STONE (*The Province and Function of Law*, London, 1953, p. 337 ss). Ces postulats juridiques ou "working principles" comme on préfère quelquefois les appeler (voir HOEBEL, *The Law of primitive man*, p. 275), fonctionnent à l'aide de techniques bien adaptées pour réaliser cette opération juridique que Karl N. LLWELYN appelle "the base-bones job" (*The Cheyenne Way: conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman, 1941, p. 17 ss.).

(29) Pendant toute la durée de cette évolution, le contrat reste un instrument collectif destiné à la réalisation des fins sociales. Cette constatation n'a pas plu aux représentants de l'individualisme classique, qui conçoivent le contrat comme un instrument purement individuel. C'est ainsi qu'ils ont essayé, soit de formuler des principes qui méconnaissent une partie de la vérité, soit de hâter le cours de l'évolution pour démontrer que le règne de l'individualisme remonte assez loin dans le temps. Ces deux tendances ont dominé le travail de Sir HENRY MAINE et de M. Georges DAVY, en les conduisant à certaines exagérations.

tre familles, et plus tard entre diverses tribus. Comme le dit MAUSS, "dans les économies et dans les droits qui ont précédé les nôtres, on ne constate pour ainsi dire jamais de simples échanges de biens, de richesses et de produits au cours d'un marché passé entre les individus. D'abord, ce ne sont pas des individus, ce sont des collectivités qui s'obligent mutuellement, échangent et contractent; les personnes présentes au contrat sont des personnes morales: clans, tribus, familles, qui s'affrontent et s'opposent soit en groupes se faisant face sur le terrain même, soit par l'intermédiaire de leurs chefs, soit de ces deux façons à la fois" (30).

Les exemples innombrables que nous connaissons du "silent trade" africain, de "potlatch" américain, du "Kula" et du "Wasi" mélanésien et polynésien, confirment cette analyse (31).

Alors, pourrions-nous conclure que nous sommes ici devant un contrat au sens propre du mot?

D'habitude, deux objections s'élèvent à l'encontre d'une telle conclusion. C'est, d'une part, une "prestation totale", et non une obligation individuelle fondée sur l'autonomie privée. D'autre part, il manque au phénomène envisagé la sanction légale.

Le point de départ de toute l'évolution contractuelle, selon la doctrine classique, c'est le phénomène qu'on peut appeler de "dissociation primitive", qui s'est poursuivi dans le sens de l'intériorisation et de l'individualisation. Ainsi, il n'y aurait point de contrat, avant que la volonté individuelle ne parvienne à se faire reconnaître comme une souveraine incontestée (32). Au-

(30) MAUSS, *Essai sur le Don*, op. cit., p. 150.

(31) Voir surtout B. MALINOWSKI, *Argonauts of the western Pacific*, op. cit., p. 1ss.; G. DAVY, *La Foi Jurée*, op. cit., p. 148 ss; M. MAUSS, *Essai sur le Don*, op. cit., p. 175 ss; THUMWALD, *Economics in primitive communities*, p. 141 ss; M. J. HERSKOVIT, *Economic Anthropology*, p. 185 ss; H. I. HOGGIN, *Law and order in Polynesia. A Study of Primitive Legal Institutions*, New-York 1934, p. 118 ss; R. NUMELIN, *The Beginnings of Diplomacy*, op. cit., 255 ss; A. E. HOEBEL, *The law of primitive man*, p. 179 ss; et les nombreuses références citées dans ces deux derniers ouvrages.

(32) Cf. DAVY, *La Foi Jurée*, op. cit. Pour cet auteur le contrat n'a qu'un seul type: celui du XIXe siècle. C'est pourquoi il a concentré son travail sur la recherche du "phénomène de dissociation primitive qui est le point de départ de toute l'évolution contractuelle", et qui "s'est poursuivi dans le sens de l'intériorisation et de l'individualisation" (*La Foi Jurée*, p. 9). Dans cette perspective, il a étudié les sociétés Tlinkint, Haida et Kwakiult du Nord-Ouest américain, pour dégager les premières formations de la notion de contrat "individuel". Il conclut: "Nous avons vu le contrat naître du statut, se dégager peu à peu, par un processus de ségrégation, de réseau complexe et total d'obligations que le statut impose à l'occasion soit de la parenté, soit des changements de statut qui nécessitent des échanges de prestations entre phratrie". "Puis il s'explique en disant qu'"il fallait, pour que des phénomènes spécifiquement contractuels puissent apparaître avec le potlatch, que certaines transformations de filiation instaurent l'hérédité et la suprématie masculine; avènement enfin d'un individualisme masculin et féodal susceptible, en se combinant avec la transformation précédente, de produire la souveraineté de sujets individuels" (p. 371). =

paravant, il n'y a que le "statut"; et c'est avec la reconnaissance de la volonté individuelle que commence la marche du "statut" vers le "contrat" (33).

La grande tare, chez les auteurs du XIX^e siècle, réside précisément dans ce fait. Leur individualisme initial leur cache l'aspect social, universel et international dans le contrat. Ils ont construit ainsi une notion bien fragile du contrat, qui méconnaît sa nature profonde et qui n'a pas tardé de se montrer complètement inadaptées aux exigences du XX^e siècle. Selon l'expression de M. le doyen MAURY, "le vent de la vie abat les châteaux de cartes" (34);

—Cet "individualisme classique" est loin d'être satisfaisant. Il correspond à la morale de la société marchande dont les notions de profit et celles de l'individu sont élevées à la hauteur du principe suprême (Voir François PERROUX, *Economie et Société. Contrainte, Echange, Don*, Paris, 1960, p. 5). Le véritable individualisme, ainsi que l'a formulé le Doyen HAURIOU, est doublé de sens social (*Droit Constitutionnel*, 1929, p. 49).

Entre les deux types: l'économie relativement amorphe et désintéressée, à l'intérieur du premier sous-groupe, et l'économie individuelle de la société marchande, s'est étagée toute une série immense d'institutions et d'événements économiques. Ainsi, une économie extra-domestique importante, un système d'échange fort développé, et un commerce considérable ont été connus longtemps avant l'individualisation du contrat (Voir, les nombreux témoignages rapportés par MAUSS, *op. cit.*, p. 189 ss.). Cette individualisation n'est qu'une étape, et non pas la première, dans l'évolution contractuelle. Elle a paru avec le mouvement d'urbanisme, et non pas chez les groupes de chasseurs ou d'horticulteurs, comme l'affirme M. DAVY. (Voir surtout R. REDFIELD, *The primitive world and its transformation*, Itchaca, 1953, p. 79.).

(33) C'est la fameuse théorie de Sir Henry MAINE, qui a influencé écremément toute la doctrine classique. Il fait de l'individu et du groupe, du statut et du contrat, des principes antithétiques, en précisant que la marche de la civilisation se caractérise par la substitution de l'individu au groupe et du contrat au statut. "The individual, écrit-il, is steadily substituted for the family, as the unit of which civil laws take account" (*Ancient Law*, p. 163). Il poursuit: "We may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to contract (*ibid*, p. 165). Cette idée qu'on appelle "The Mainian Shift" (Hoebel, p. 328) va à l'encontre de toute vérité. Comme nous avons déjà vu, le "contrat-traité" régnait dans les relations inter-groupales, dès le début de telles relations, alors que l'idée du "statut était inconcevable. Même ceux qui restent fidèles à la formule mainienne, se trouvent contraints d'atténuer sa portée générale. REDFIELD écrit, par exemple: "It is true that there are instances, in primitive societies, of trading between two, without established personal relations between the two groups". Et, après avoir décrit les échanges entre les Pygmées et les Bantous congolais, il conclut: This is a kind of contract without status relations, in primitive society" (*Maine's ancient law in the light of primitive societies*, dans *Western Political Quarterly* vol 3. 1950, p. 588). La théorie de MAINE paraît encore plus critiquable à la lumière de l'évolution moderne. Selon ROSCOE POUND et M.R. COHN, "there is in reality a good deal more of status left in modern law than the contracts enthusiasts who followed MAINE allowed for" (POUND, *Interpretations of legal history*, Cambridge, 1923, p. 55; COHN, *Law and social Order*, New-York, 1937, p. 69). La dite antithèse est ébranlée par la nouvelle invasion statutaire. Selon W. FRIEDMAN, "Maine's celebrated dictum, that in progressive societies, the more has been from status to freedom, has long been, modified by events which have surrounded the freedom of modern man with new status conditions. This expresses itself not only in the field of contract, Maine's symbol of the emancipation of the individual, but in many other fields of law. The institutionalisation of contract, through compulsory terms, standardised conditions, collective bargaining, and other developments (...). The result is a new kind of status". (*Law in a changing Society*, London, 1959, p. 478 ss.). Statut et contrat ne sont pas, en réalité, deux entités antithétiques, mais deux éléments utilisés conjointement pour réaliser l'équilibre entre les exigences légitimes de l'individu, de la société globale, et de la société intermédiaire.

(34) J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence au droit civil français*, thèse, Toulouse, 1920, t. II, p. 454.

et la doctrine individualiste du contrat nous donne l'exemple-type d'un de ces châteaux abattus.

En revanche, concevoir le contrat comme un "fait social" qui touche aux intérêts généraux du groupe, c'est tenir compte de sa nature profonde depuis qu'il existe chez les peuples préhistoriques.

L'autre objection relevant de l'absence d'une sanction légale, est encore plus facile à réfuter (35). Si nous refusons au "contrat-traité" inter-familial ou inter-tribal le qualificatif "juridique" à cause de l'absence d'une autorité supérieure capable d'imposer sa décision sur les deux groupes en cas de conflit; nous devons, pour la même raison, nier aux traités internationaux et aux contrats conclus entre Etats leur caractère juridique. En revanche les arguments à l'appui de la considération de ces derniers comme accords juridiques, doivent jouer au même titre en faveur des premiers (36).

On peut donc, affirmer que le "contrat-traité" inter-familial ou inter-tribal, est la manifestation originelle de la notion du contrat; et il constitue la première étape d'une longue évolution que nous devons retracer à travers les divers âges de l'humanité.

21 — La Notion de l'"organisation dualiste" : L'échange économique, aussi bien que l'échange matrimonial, avait la vertu de conserver l'individualité des deux groupes contractants, tout en les associant. Il se forme ainsi une "organisation dualiste" qui se caractérise par une prédominance "statutaire" à l'intérieur du groupe, et un aspect nettement "contractuel" dans les relations du groupe avec les autres (37).

(35) MM. MARTY et RAYNAUD ont insisté justement sur le fait "qu'il est difficile de faire de la sanction de l'autorité publique le critère absolu du droit (...) Une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée; elle est sanctionnée parce qu'elle est juridique" (*Droit Civil*, tome 1, § 34).

(36) R. NUMELIN écrit à ce propos: "I think that the beginning of international law must be recognised wherever there is contiguity or intercourse between two or more independent tribes or peoples (...) Just as international law during the Hellenic period was, properly speaking, an intermunicipal law (...) the intertribal right of primitive peoples contains a great many international symptoms" (*op. cit.*, p. 61), et il conclut: "Would it not be injustice to primitive culture to deny the existence of international law *in toto* simply because a complete system is lacking?" (*ibid.*, p. 62).

(37) Sur la notion de l'"organisation dualiste", voir surtout C. LEVI STRAUSS, thèse, *op. cit.*, pp. 78-107; *idem*, *Anthropologie Structurale*, chap. VIII, p. 147 ss. Max WEBER a précisé depuis longtemps, le sens de ce dualisme important qu'il appelle "a dualism of the autonomously created law between groups, and the norms determinative of disputes among group members" (*On law in Economy and Society*, *op. cit.*, p. 142). C'est une conséquence naturelle de l'existence de deux pôles sociaux: le groupe de base, et la société englobant plusieurs groupes qui s'échangent entre eux. Les deux cercles s'élargissent avec le développement de la civilisation pour devenir dans une phase, qui est la nôtre, Nation-Etat et Société Internationale. Mais cette situation actuelle n'est qu'une étape dans l'évolution de l'humanité. Certains indices marquent un nouvel élargissement vers une forme de Super-Etat National et d'une Communauté du genre humain. (Voir sur ce problème P.A. PA- =

Chaque groupe constitue ce qu'on appelle "law community" (*Rechtsgemeinschaft*), ayant un ordre légal spécial pour régler les relations entre ses membres qui sont des "camarades en droit" (*Rechtsgenossen*). Dans leurs relations, il n'y a que la possibilité de recours aux "vieux" qui constituent le "conseil du groupe" pour trancher les litiges, conformément aux coutumes ancestrales (38).

Au contraire, dans les relations inter-groupales, la coexistence de divers droits donne naissance à un problème tout à fait différent. Pour tourner cette difficulté, nous n'avons le choix qu'entre deux possibilités: la guerre, ou la recherche d'une solution à l'amiable. Certes, la guerre restait toujours le dernier refuge des sociétés primitives; mais les études anthropologiques nous attestent que la solution pacifique, par le moyen d'une soumission volontaire à l'arbitrage d'un tiers ou d'un conseil mixte donna lieu à des résultats très satisfaisants (39). Les arbitres créèrent un *jus gentium* avant le terme, qui coexiste avec le *jus civile* de chaque groupe. Ce dualisme juridique est la seule solution concevable, tenant compte de la nature de l'organisation sociale des "primitifs" (40).

= PALIGOURAS, *Théorie de la société internationale*, thèse, Genève, 1941; L.A. MANDER, *Foundations of modern world society*, California, 1941; P. VELLAS, *Contribution au problème du fondement du droit d'après l'étude positive des ordres juridiques mineurs*, thèse (dactylographiée), Paris, 1947; Q. WRIGHT, *The World Community*, New-York, 1949; BOASSON (Ch.), *Sociological aspects of law and international adjustment*, thèse, Utrecht, 1950; G. SCHWARZENBERGER, *Power politics, a study of international society*, New-York, 1951; CORBETT (P.E.), *Law and society in the relations of States*, New-York, 1951; W. SCHIFFER, *The legal community of Mankind*, New-York, 1954; R. BLUNKDORN, *Internationale Beziehungen*, Vienne, 1956; J. BUCHMAN, *A la recherche d'un ordre international*, Louvain & Paris, 1957; C.W. JENKS, *The Common law of man kind*, London, 1958; A. TRUOLY SERRA, *Genèse et Structure de la Société Internationale*, dans *Recueil des Cours de la Haye*, t. 96, 1959, pp. 557-641; MOCLURE (W), *World legal order*, Chapel-Hill, 1960.

(38) Max WEBER écrit: "Among kinship members... there could be neither vengeance nor litigation but only arbitration by the group elders" (*op. cit.*, p. 113). Le "Droit" du groupe fut le produit de cet arbitrage; et la fonction juridictionnelle proprement dite n'apparut que plus tard. (Voir sur le processus de cette évolution, E.A. HOEBEL, *op. cit.*, pp. 22, 326 ss; H. HOETINK, *Moral and law as social-anthropological concepts*, dans *Archives internationales d'Ethnographie*, vol XLVII, 1955, p. 211 ss).

(39) Cf. G.C. WHEELER, *The tribe and intertribal relation in Australia*, London, 1910; M. MEAD, *Competition and Cooperation among primitive peoples*, London-New-York, 1937; M. GLUCKMAN *Custom and Conflict in Africa*, Oxford, 1955. Les matériaux anthropologiques contenus dans ces trois ouvrages fondamentaux méritent de la part des juristes une réflexion et une attention particulières. Depuis longtemps Max WEBER précisa le rôle primordial de l'arbitrage comme le premier moyen de résoudre les conflits inter-groupaux, et de décider des règles applicables à ces conflits, en disant: "The arbitration agreement which developed out of the agreement for composition between kinship groups, i.e., the voluntary submission to a verdict or an ordeal, is not only the source of all procedural law, but also the point of departure to which even the oldest contracts of private law can, very broadly speaking, be traced" (*On law in Economy and Society*, *op. cit.*, p. 104). Ce point de départ persista pendant une période relativement longue; et la transformation ne s'effectua que plus tard quand les deux notions du pouvoir et de la juridiction firent leur apparition.

(40) Nous touchons ici au fond même du problème. Les premiers contrats étant des contrats inter-groupaux, il n'y avait pas d'organisation intérieure qui peut servir de =

Théoriquement, deux autres solutions peuvent être envisagées pour résoudre le problème; mais elles méconnaissent certaines données essentielles de la vie préhistorique. Ce sont l'émergence d'un pouvoir politique très fort qui peut, en vertu de son impérium, imposer aux tribunaux un "droit officiel" qui, seul, peut être appliqué; ou la constitution d'un nouveau groupe politique qui opérera une fusion de différents systèmes juridiques dans un nouveau corps du droit (41).

La notion d'un pouvoir politique puissant, capable d'instaurer un pouvoir judiciaire et d'imposer son droit, est, en effet, bien étrangère à la mentalité primitive.

La société préhistorique représente une "proto-démocratie" qui se caractérise par l'absence du pouvoir absolu, l'importance du conseil de la tribu, et l'effacement du rôle de Chef. Celui-ci ne tenait pas un "pouvoir originaire", mais un "pouvoir délégué"; et il ne jouissait d'aucune attribution judiciaire(42).

Le changement de cette structure sociale fut la conséquence de la transformation économique. Avec l'avènement de groupe d'horticulteurs, et la

= modèle pour résoudre les conflits qui s'élèvent à propos de tels contrats. Par conséquent, l'hypothèse de la recherche d'une solution dans les traditions juridiques inter-groupales ne se pose pas. La solution dépasse nécessairement le cadre propre du droit interne de chaque groupe; et elle ne peut être qu'une solution intergroupale. Cette leçon primordiale que l'étude anthropologique nous fournit, constitue le point de départ de tout notre développement postérieur.

(41) A part l'hypothèse d'un conflit entre droits internes que nous venons d'exclure, et l'hypothèse d'un *jus gentium* qui coexiste avec le *jus civile* de chaque groupe, ce sont les deux autres solutions concevables. L'Angleterre nous présente l'exemple d'une unification de règles substantielles par le jeu d'un "official law" imposé aux tribunaux. D'autre part les villes italiennes de la fin du Moyen âge fournissent l'exemple d'une unification matérielle par la fusion entre le Droit Romain et les Droits Lombards.

(42) Cf. R.H. LOWIE, *Primitive Society*, New-York, 1920; *idem*, *The Origin of the State*, New-York, 1927; W.H.R. RIVERS, *Social Organization*, New-York, 1924; C. K. MEEK, *Law and Authority in a Nigeria Tribe*, London, 1937; Julius LEWIN, *Studies in Africa Native Law*, Philadelphia, 1948; R. NUMELIN, *The Beginnings of Diplomacy*, *op. cit.*; K.A. BUSIA, *The Position of the Chief in the Modern Political System of Ashanti*, Oxford, 1951; et E.A. HOEBEL, *The Law of Primitive Man*, *op. cit.*

Ces auteurs ont rectifié les trois postulats erronés qui étaient répandus chez les anthropologistes de l'ancienne école. Pour ces derniers, la société primitive ne connaît pas l'idée du droit parce qu: "it lives under an automatic sway of custom without benefit of law" (E.S. HARTLAND, *Primitive Law*, London 1924, p. 5; J.H. DRIBERG, *Primitive Law in East Africa*, dans *Africa*, vol. I, 1928, p. 65; C. WISSLER, Introduction à l'ouvrage de R.S. & H.M. Lynd, *Middeltown*, New-York, 1929, p. V). LOWIE (*Primitive Society*, p. 411 ss) et HOEBEL (p. 22 ss), ont démontré comment cette idée est arbitraire.

D'autre part, on avait l'habitude de dire que le droit primitif est formaliste et rituel. "Formalism and ritualism in law, précise HOEBEL, are by-products of legal specialism in the archaic and early modern legal system. Such specialism does not exist among primitives" (p. 257). Son analyse est parfaitement conforme à la réalité. Enfin, l'idée d'un pouvoir absolu exercé par un chef qui impose son autorité au groupe est complètement étrangère à la vie primitive. "The patriarchal tyrant of the primitive hord, écrit HOEBEL, is nothing but a figment of the 19th century speculation" (p. 294) (Voir aussi RIVERS, p. 161 ss; BUSIA, p. 24 ss; et NUMELIN, p. 38 ss).

possibilité de maintenir une population plus dense, les anciens groupes fusionnent, le pouvoir public gagne du prestige, et le pouvoir judiciaire commence à s'identifier.

Cependant, l'organisation dualiste persiste, pendant un certain temps à l'intérieur du nouveau groupe élargi, et pour toujours, dans les relations du groupe avec les autres. Stéréotypées, ces dernières relations se cadrent dans des formes déjà connues; mais le "contrat-traité" reste roi pendant toute l'époque préhistorique.

La notion de *l'imperium* et les premières manifestations d'un pouvoir absolu ont paru pour la première fois dans les temps historiques, en Egypte, et chez les mésopotamiens, les grecs et les romains.

A l'aube de l'histoire, les groupes préhistoriques relativement petits subissent un grand changement dans leur structure sociale. La découverte de l'écriture annonça le règne de l'Esprit. La Nature céda la place à la Culture. Mais peut-on ignorer cette Nature formée à travers les cinq cent mille ans de la préhistoire et qui nous est transmise par l'intermédiaire de groupes primitifs existant encore de nos jours?

Deuxième Chapitre - L'HISTOIRE DU CONTRAT INTERNATIONAL

"A page of history is worth a volume of logic" O. W. HOLMES

22 — **Délimitation du Champ d'investigation** : L'histoire commence avec l'écriture. Celle-ci nous apporte des témoignages directs de ce que l'Esprit humain a produit pendant cinquante siècles. La continuité avec les traditions préhistoriques est la première acquisition de la recherche historique. Entre "archaïques" et "primitifs", il n'y a aucune rupture. L'évolution se reprend pour confirmer, changer ou transformer les premières tendances déjà enregistrées.

Comme nous avons constaté, l'antériorité du contrat externe au contrat interne, et le régime dualiste qui exige une organisation inter-tribale pour régler le problème envisagé, sont les deux idées-maîtresses qui se dégagent de la société "primitive". Nous en retracerons l'existence au cours de ce chapitre, dans l'Antiquité et au Moyen-âge.

Première Section - LE CONTRAT INTERNATIONAL DANS L'ANCIEN MONDE MEDITERRANEEN (1).

23 — Le Problème du "Droit International Privé de l'Antiquité" : Le Droit est essentiellement une réalité historique, "une création de l'histoire" (2). Cette réalité est extrêmement complexe, formée non seulement du produit d'une pensée technique, mais aussi et surtout du comportement des hommes vivant en société.

Ainsi, l'histoire du droit est, en premier lieu, la recherche du lien qui unit le droit à son époque (3). Une norme ou une institution juridique sont toujours l'expression d'une situation historique, qui n'est pas exclusivement restreinte au seul droit national, ou dans l'antiquité au seul droit romain (4).

Pendant un demi-siècle, la méthode sociologique historique comparative a réussi à conquérir la majorité des esprits scientifiques, en provoquant une sorte de renaissance dans le domaine des études historico-juridiques. Mais, le droit international privé semble rebelle à ce mouvement. Jusqu'à présent, il reste fidèle à la méthode de LAINE, grand disciple des pandectistes du siècle dernier. Cette stagnation est regrettable, surtout dans une branche du droit qui dépend, dans une large mesure, de son histoire. "Parmi tous les domaines du droit, écrit M. Max GUTZWILLER, aucun ne dépend à un tel degré de son histoire que le Droit International. En Droit international privé, l'his-

(1) Ce titre exclut évidemment l'étude de notre problème dans l'antiquité chinoise, indienne, inca et aztèque. Cette limitation est due tout simplement à l'insuffisance des éléments que nous possédons dans l'état actuel de nos connaissances.

(2) L'expression est de M. PARADISI. cf. *Le Dogme et l'histoire vis-à-vis de l'historiographie juridique*, dans *Droit et Histoire. Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 1959, Op. 25.

(3) "L'histoire du droit, selon M. COING, ne peut se restreindre à reconstruire la règle du droit, elle doit également essayer de reconstruire la situation sociale, toutes les forces intellectuelles qui ont joué, qui peuvent avoir joué un rôle dans la création du droit" (H. COING, *La méthode sociologique dans les études d'histoire du droit en Allemagne*, dans *Annales de la faculté de Droit de Strasbourg*, t. V, 1958, p. 119).

(4) L'essor actuel de cette méthode est dû, en grande partie, au progrès réalisé par les sciences sociales grâce aux illustres maîtres comme DURKHEIM, FUSTEL de COULANGES, MOMMSEN, SPENCER et Max WEBER. Mais, il ne faut pas, non plus, oublier l'apport de juristes historiens et comparatistes, parmi lesquels nous pourrions citer Sir Henry SUMMER MAINE et Leopold WENGER, les deux fondateurs de ce qu'on appelle le "Droit comparé de l'Antiquité". Sir Henry MAINE lança l'idée, en 1861, dans son ouvrage *Ancient law. Its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas*. WENGER formula sa théorie en 1904, dans une conférence faite à Vienne sous le titre: *Römische und antike Rechtsgechichte*, dans *Akademie die Antrittsvorlesung an der Universität Wien Gehalten am 26 okt. 1904*, GRAZ, 1905; Entre les deux dates, la 4ème édition anglaise de Sir Henry Maine fut traduite en français par J. G. COURCELLE-SENEUIL (Paris, 1874); et l'idée d'un «droit comparé de l'antiquité» parut quelques années plus tard chez Eugène REVILLOUT, un auteur qui n'était pas juriste de carrière (Voir ses ouvrages principaux: *Les obligations en droit égyptien comparé aux autres droits de l'antiquité*, Paris, =

toire est tout" (5). Malgré cette importance considérable de l'histoire, on est obligé de constater avec MEIJERS" qu'on ne connaît aujourd'hui que médiocrement l'histoire du droit international privé", (6) et de conclure avec LEWALD, qu'en particulier, l'histoire du droit international privé de l'antiquité "est encore à écrire" (7).

On nie l'existence d'un tel droit, pendant longtemps, sous l'influence des "fiseurs de systèmes" absorbés par leurs constructions doctrinales, et leurs idées à priori. En partant du principe de la territorialité de la loi ou de sa personnalité, de l'idée d'une hostilité naturelle ou d'un exclusivisme initial, la doctrine classique condamne le droit international privé de l'antiquité, comme elle a condamné celui des sociétés primitives (8).

Cette attitude va à l'encontre des textes innombrables qui attestent l'existence de relations commerciales entre différents peuples et d'une réglementation de ce commerce, dès l'aube de l'histoire (9).

= 1896; *La créance et le droit commercial dans l'antiquité*, 1897; *Les rapports historiques et légaux des Quiristes et des Egyptiens*, 1902; *Le droit égyptien comparé aux autres droits de l'antiquité*, 2 vol. 1903; *Les origines égyptiennes du droit civil romain*, 1904).

(5) M. GUTZWILLER, *Le Développement historique du droit international privé*, dans *Recueil des Cours de La Haye*, t. 29, 1929, p. 292.

(6) MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé*, dans *Recueil des Cours*, t. 49, 1934, p. 612.

(7) H. LEWALD, *Conflits des lois dans le monde grec et romain*, extrait de APXEIONI AIKAIQY, vol. XIII, Athènes, 1946, p. 6; article reproduit dans *Labeo*, 1959, p. 334 ss.

(8) Voir surtout FOELIX, *Droit International Privé*, t. I, 1866, p. 4; LAURENT, *Droit Civil interngional*, t. 1880, p. 104 s.; NIBOYET, *Traité*, t. I. 2 éd., 1947, pp. 13, 55; *idem*, 2^e éd., 1949, pp. 1 s.

(9) Cf. H. HALL, *Egypt and the external world in the time of Akhenaton*, dans *Journal of Egyptian Archaeology*, vol. 7, 1921, pp. 39-53; A. EVANS, *Early nilotic, libyan and egyptian relations with minoan Crete*, London, 1925; H. FRANKFORT, *Egypt and Syria in the first intermediate period*, dans *Journal of Egyptian Archaeology*, vol. 12, 1926, pp. 80-99; H. KEES *Ägypten und Übersee in 2 Jahrtausend*, dans *Forschungen und Fortschritte*, vol. 8, 1932, p. 119 ss; G. JEQUIER, *Vases de pierre de la VI^e dynastie*, dans *Annales du Service des Antiquités de l'Égypte*, vol. 34, 1934, pp. 97-113 et vol. 35, pp. 160 ss; J.G. MILINE, *Trade between Greece and Egypt before Alexander the Great*, dans *Journal of Egyptian Archaeology*, vol. 25, 1939, pp. 177-183; A.J.B. WACE & C. W. BLEGENN, *Potery as evidence for trade and colonization in the Aegean Bronze Age* dans *Klio*, t. 32, 1939-40, pp. 131-147; H. K. KANTOR, *The early relations of Egypt with Asia*, dans *Journal of Near Eastern Studies*, vol. 1, 1942, pp. 174-213; *idem*, *The Aegea and the Orient in the second Millenium B. C.*, London, 1947; W.F. LEEMANS *The Old babylonian merchant*, thèse, Leide, 1950; M. LEMOSSE, *Le Commerce antique jusqu'aux invasions arabes*, Paris, 1950; J. SPIEGEL, *Soziale und weltnechanische Reformbewegungen im alten Aegypten*, Heidelberg, 1950; J. VERCOUTTER, *L'Égée et l'Orient au 2^e millénaire*, dans *Journal of Near Easter Studies*, vol. 10, 1951, pp. 205-212; *idem*, *Essai sur les relations entre égyptiens et préhellènes*, Paris, 1954; et W.F. LEEMANS, *The babylonian foreign trade*, Leiden, 1960.

Fidèles à leurs méthodes expérimentale et analytique, les représentants de la nouvelle "école éclectique" française n'admettent pas une telle condamnation pure et simple (10).

Ainsi, M. le Doyen LOUSSOUARN envisage trois éléments nécessaires à la naissance d'un conflit de lois: a) un certain développement dans les relations internationales et les échanges internationaux; b) une certaine tolérance de la part du législateur local et du juge qui est appelé à trancher le litige; c) que les divers droits civils théoriquement applicables au rapport du droit ne soient pas identiques. Puis, en étudiant chacun de ces trois éléments, il arrive à repousser l'idée d'un droit international privé de l'antiquité. "La nécessité de la réunion de ces différents facteurs, écrit-il, explique que l'apparition des conflits de lois soit relativement récente dans l'histoire du droit" (11).

Nous nous permettons, dans les quelques lignes suivantes, de reprendre cette conclusion et chacun de trois éléments sur lesquels elle se base pour y apporter un peu plus de précision.

"Le développement des conflits de lois, selon M. Loussouarn, est nécessairement lié à celui des mouvements de populations et à l'essor du commerce international" (12). Donc, il serait intéressant de savoir si le commerce international avait un essor suffisant dans le monde antique.

De nombreux témoignages archéologiques attestent que le commerce international avait connu un grand essor pendant l'antiquité (13). Un observateur aussi bien renseigné que CHARLESWORTH, écrit à ce propos que

(10) M. le Doyen BATIFFOL n'a pas traité ce problème d'une manière directe. Cependant, en s'inspirant de ce qu'il dit à propos des conflits internes en droit moderne (§ 258, p. 303 ss de son *Traité élémentaire*, 3ème éd.) on croit trouver dans ces phrases un argument à l'appui de la thèse favorable aux conflits antiques, ou tout au moins une acceptation tacite de la possibilité de tels conflits. Récemment, ce problème a fait l'objet de deux études magistrales publiées en France, qui manifestent une prise de conscience très nette du problème, au moins en ce qui concerne l'antiquité romaine (NIEDERER, *Ceterum quaero de legum Imperi Romani conflictus*, version française dans la *Revue critique de Droit International privé*, t. XLIX, 1960, p. 137 ss; Ph. FRANCESKAKIS, *Droit naturel et Droit international privé*, dans *Mélanges MAURY*, t. 1, 1960, pp. 113-52, surtout le § 11 intitulé "Possibilité de remonter jusqu'aux sources romaines. Découverte de la directive "droit naturel - droit des gens", p. 126 ss).

(11) LOUSSOUARN, *Droit international privé*, Paris, 1962, § 272, p. 308.

(12) *Ibid.*, p. 308.

(13) En voici un exemple entre beaucoup d'autres: QUNAMON qui voyagea vers 1050 avant J.-C., parle de 20 navires qui se trouvent dans le port de Byblos et qui sont en relations commerciales avec NEUBENEADADOU, prince de Tanis. Il parle également de 10.000 bateaux qui sont en rapport avec BEKET, qui semble être quelque marchand phénicien installé à Tanis (voir LAZZARIDES, *Les relations internationales de l'Egypte pharaonique*, thèse, Paris, 1922, p. 211 ss; LEFEVRE, *Romans et Contes Egyptiens de l'Egypte pharaonique*, Paris, 1949, pp. 204-220). Sur l'ensemble du problème, voir surtout LEMOSSE, *Histoire du Commerce* t. II, Paris, 1950.

le commerce méditerranéen avait atteint une telle importance qu'il a fallu attendre l'avènement du XIX^e siècle pour la voir se reproduire (14).

L'intensité du commerce antique est, ainsi, un fait incontestable; et les contacts produits par ces échanges commerciaux provoquent nécessairement la confrontation de différentes civilisations et de diverses lois.

Ce développement du commerce impose la nécessité d'accorder au négociant, trafiquant et commerçant, une certaine protection légale à l'étranger. La tolérance de fait passe au bout d'un certain temps au domaine juridique; et comme le commerce a besoin toujours et partout de ce qu'on appelle "le développement de la vitalité commerçante grâce à l'implantation des éléments extérieurs" (15). L'importance de ces éléments étrangers augmente, et leur situation juridique devient de plus en plus stable. L'exclusivisme juridique et judiciaire - même en supposant qu'il ait existé - sera donc écarté, ou tout au moins, verra ses effets atténués, et des conflits de lois naîtront.

Certes, il n'y aura plus de problème de conflit lois, si le législateur ou le juge "décide systématiquement, selon l'expression de M. LOUSSOUARN, que seule la loi locale pourra s'appliquer sur le territoire de leur Etat" (16). Mais, dans ce cas-là, les échanges et le commerce internationaux n'existeront plus; et ce sera purement et simplement la condamnation de toute activité humaine. En revanche, l'histoire nous apprend que l'humanité n'a jamais connu de dogmes. Les conflits de lois existaient par la force des choses, et trouvaient des solutions qui correspondaient plus ou moins à la nature des litiges.

Enfin, la dernière condition pour l'existence du conflit de lois suppose, selon M. LOUSSOUARN, que "les divers droits civils théoriquement applicables au rapport de droit ne soient pas identiques" (17).

L'identification et l'unification complète des différents droits est, en effet, un rêve irréalisable et irréalisé aussi bien de nos jours que dans l'antiquité (18).

(14) M.P. CHARLESWORTH, *Les routes et le trafic commercial dans l'empire romain*, traduit de l'anglais par M. GRIMAL, Paris, 1938, p. 224.

(15) LACOUR-GAYET, *Histoire du Commerce*, t. I, 1950, p. 150.

(16) LOUSSOUARN, *op. cit.*, § 272, p. 308.

(17) LOUSSOUARN, *op. cit.*, p. 308.

(18) Le terme "conflits de lois" indique, en effet, un phénomène inévitable. Depuis longtemps, SAVIGNY a posé le problème en démontrant que les règles du droit étant appelées à régir les rapports de droit, il faut délimiter les bornes de leur empire, dans le temps aussi bien que dans l'espace. Autrement dit, il faut préciser quels rapports de droit sont soumis à ces règles. La diversité des droits positifs rend ainsi nécessaire la délimitation de leur empire respectif; et cette nécessité existait et existera tant qu'il y a eu et qu'il y aura une diversité des droits positifs (Cf. *Traité de Droit Romain*, traduction GUENAUX, t. VIII, p. 6 ss).

Certes, "le commerce est cosmopolite par sa nature"; et cette nature implique des institutions juridiques communes (19). Mais, cette tendance universaliste des règles applicables au commerce international n'a jamais réussi à faire disparaître les particularités locales pour aboutir à un statut légal commun à tous les hommes.

L'exactitude de cette remarque est attestée par M. LOUSSOUARN lui-même, qui démontre comment l'apparition en droit romain de relations juridiques internationales "a ouvert la porte aux conflits entre le droit romain et le droit pérégrin". Toutefois, il s'empresse d'ajouter qu'à la suite de l'édit Caracalla "les problèmes de conflits de lois disparurent *presque* complètement du monde romain" (20). Nous aurons l'occasion de préciser plus loin ce "presque", et de mesurer son importance.

Pour le moment, nous nous contenterons de préciser que ces conflits se présentaient sous une forme différente. Actuellement, la notion de "conflits de lois" se caractérise par son rapport avec l'Etat-Nation, comme forme prédominante du groupe social politique. Evidemment, il n'est pas question de transposer, purement et simplement, ce critère de l'Etat-Nation dans toutes les civilisations du passé. Les notions de l'Etat et de la Nation n'avaient pas eu, dans le monde ancien, le même essor qu'elles ont actuellement. A un certain moment de l'évolution de l'humanité, le groupe socio-politique par excellence fut la famille et le clan. Plus tard, l'Histoire a connu d'autres types. Il sera absolument nécessaire d'étudier la notion de "conflit de lois", sous cet aspect, en tenant compte de la réalité sociale égyptienne, mésopotamienne, hellénique et romaine (21).

Sous - Section I - LE CONTRAT INTERNATIONAL DANS L'ANTIQUITÉ EGYPTIENNE

24 — L'existence des "Règles de Conflits" à l'époque pharaonique : L'Egypte a été, pendant toute l'Antiquité, le pays de l'abondance et le principal

(19) Voir H.G. SELFRIDGE, *The romance of commerce*, 2ème éd., London, 1923, p. 5 ss.

(20) LOUSSOUARN, *op. cit.*, § 273, p. 309.

(21) Cette méthode a été appliquée avec grand succès par M.J. GILLEN dans le domaine de la définition de l'étranger (*Le Statut des étrangers à la lumière de l'histoire comparative*, dans *Recueils de la Société Jean BODIN*, t. IX, 1958, p. 10ss). L'auteur propose surtout, comme définition de l'étranger: "Est étranger celui qui ne fait pas partie du groupe social politique par rapport auquel un statut est envisagé" (p. 10). Il démontre par suite que si l'étranger se définit actuellement avant tout par rapport à l'Etat, l'extranéité à d'autres types de groupements sociaux était d'une importance capitale à d'autres moments de l'évolution de l'humanité.

grenier du monde. Non seulement elle nourrissait ses enfants, mais elle pourvoyait encore aux besoins de ses voisins dont les récoltes étaient insuffisantes. Aussi loin que l'on remonte dans le passé, on voit l'Égypte en contact avec l'étranger; et son trafic commercial avait une importance considérable (22). D'autre part, les trafiquants, commerçants, banquiers, artisans, et même les esclaves étrangers, bénéficièrent d'un état civil officiel et d'un statut juridique assez libéral, assurant la protection légale de leurs personnes et de leurs biens (23).

Ainsi se trouvaient réalisées les conditions nécessaires pour la naissance des conflits de lois; et logiquement on doit poser la question: quelle était la loi applicable d'une part à ces étrangers établis en Égypte dans leurs relations entre eux ou avec les Égyptiens, et, d'autre part, aux rapports juridiques nés à l'occasion du commerce international qu'ils exerçaient?

En étudiant les lettres de TALL EL AMARNA, qui forment une partie des archives royales de la XVIII^e dynastie, M. Jacques PIRENNE a constaté que le droit égyptien du Nouvel Empire a connu au XVI^e siècle avant J. C. la notion de conflits de lois, en acceptant d'appliquer aux étrangers sur le territoire égyptien leurs lois étrangères (24).

Les cas invoqués par M. PIRENNE sont très importants à étudier, même s'ils ne relèvent pas du domaine contractuel. En découvrant l'existence de règles de rattachement applicables en matière de successions et de responsabilité délictuelle, nous ouvrons la porte de la recherche, dans les autres acquisitions archéologiques, de la règle du conflit applicable aux contrats internationaux. Surmonter l'obstacle technique, c'est déjà résoudre la moitié du problème; et nous abordons la question seulement dans cette perspective.

(22) Dans ce domaine, les récits de l'histoire biblique sont confirmés par les découvertes archéologiques, qui nous montrent les navires phéniciens remontant le Nil jusqu'à Thèbes, les crétois faisant le commerce des poteries et de l'huile dans tout le pays, exportant du cuivre, de l'argent, de l'étain, du bois, et important des produits manufacturés en Asie, aussi bien que des articles arabiques et somaliens parvenus par la Mer Rouge. Voir surtout, J. PIRENNE, *Histoire des institutions et du droit privé de l'ancienne Égypte*, t. I, Bruxelles, 1932, p. 181 ss.; L. LAZZARIDES, *Les relations internationales de l'Égypte pharaonique*, thèse, Paris, 1922, p. 202 ss.; M. LEMOSSE, *Le Commerce antique*, op. cit., p. 54 ss.; et A. THEODORIDES, *Deux propos du papyrus Louving*, 4, 8-5, et 6, 8-7, 5, dans *Revue Internationale de droit de l'Antiquité*, t. V, 1958, p. 77 ss. Sur la relation entre l'histoire biblique et les découvertes archéologiques, consulter: Claus SCHELL, *Geschichte des Alten Testaments* Innsbruck, 1956; Marie FARGUES, *Histoire sainte d'après les textes bibliques*, Tours, 1957; WERNER KELLER, *Und die Bibel hat doch Recht*, traduit en français sous le titre *La Bible arrachée aux sables*, Paris, 1959; et F.G. BRATTON, *A History of the Bible. An introduction to the historical method*, London, 1959.

(23) Cf. J. PIRENNE, *Le Statut de l'étranger dans l'ancienne Égypte*, dans *Recueils de la Société Jean BODIN*, t. IX, 1958, pp. 93-103; idem, *Le Droit international sous la XVIII^e dynastie égyptienne aux XV^e et XIV^e siècles avant J.-C.*, dans *Revue internationale de droit de l'Antiquité*, t. V, 1958, p. 10 ss.

(24) J. PIRENNE, *Le droit international sous la XVIII^e dynastie Égyptienne*, op. cit., p. 13.

La lettre n° 25 de TALL EL AMARNA présente le cas d'un marchand cypriot qui mourut en voyageant en Egypte sur un bateau chargé de denrées. Ses héritiers qui se trouvaient à Chypre réclamèrent la propriété de ses biens. Le roi d'Alesia (Chypre) écrivit ainsi à Aménophis IV :

"Un citoyen d'Alesia est mort en Egypte et ses biens se trouvent dans ton pays tandis que ses fils et sa femme se trouvent en Alesia. Que mon frère veuille donc réunir les biens du citoyen d'Alesia et les remettre entre les mains de mon messenger" (25).

La lettre n° 29 concerne encore le cas de la succession d'un ambassadeur du roi d'Assyrie qui mourut sur le sol égyptien. Le roi d'Assyrie intervint en ces termes :

"S'il meurt en pays étranger, la propriété appartient au roi. Si donc un ambassadeur est retenu en voyage et meurt, la propriété appartient au roi" (26).

Nous nous trouvons, par conséquent, devant deux cas semblables d'une succession d'un étranger mort sur le territoire national, qui ont reçu deux solutions différentes. Pour M. PIRENNE, cette diversité de solutions résulte du fait que les marchands cypriotes jouissaient, en Egypte, d'un régime spécial qui n'existait pas pour les sujets du roi d'Assyrie. Ils le devaient au traité conclu par le roi d'Egypte avec le roi d'Alésia. "En l'absence d'un semblable traité, écrit M. PIRENNE, le bien de l'étranger décédé en Egypte constituait, pour le roi, ce que le droit du moyen-âge connaît sous le nom de "droit d'aubaine" (27).

Cette explication est fondée sur une hypothèse discutable. Le traité que l'auteur invoque pour justifier son opinion n'est qu'un simple traité de commerce, conclu entre AMENOPHIS IV et le roi d'Alesia, et qui accordait aux marchands et aux navires alesiens, l'exemption des droits de douane en Egypte, moyennant l'importation annuelle d'une certaine quantité de cuivre et de bois. Le traité ne régleme nulle part le cas de la succession d'un commerçant alesien mort en Egypte. D'autre part, M. Pirenne considère que, dans le cas de l'Assyrien, il n'y a qu'une application pure et simple du droit commun égyptien, à l'égard des étrangers non privilégiés, en vertu d'un traité spécial; mais alors, comment expliquer l'intervention du roi d'Assyrie ? Evidemment, le roi d'Egypte n'avait pas besoin, pour appliquer son propre droit substantiel, de demander à un roi étranger de lui indiquer le contenu de ce droit.

(25) Texte traduit et reproduit par M. PIRENNE, *L'étranger dans l'ancienne Egypte*, dans *Recueils Jean BODIN*, t. IX, p. 95.

(26) PIRENNE, *op. cit.*, p. 96.

(27) *Ibid.*, pp. 95-96.

Une seule conclusion s'impose: le roi d'Assyrie intervint, non pas pour protéger ses intérêts, mais pour faire connaître la solution du droit de son pays. Le problème de la succession de l'étranger mort sur le sol égyptien était ainsi réglée selon la règle égyptienne du rattachement, d'après la loi nationale du *de cuius*. Ce rattachement sous-jacent est la seule interprétation concevable, qui tient compte de la diversité des solutions finales.

L'application de la loi nationale de *de cuius* aboutit, dans le cas du commerçant alésien, à accorder ses biens aux héritiers selon la loi alésienne, comme il ressort de la lettre du roi d'Alésia, alors que la loi assyrienne fait prévaloir la solution contraire, comme il ressort de la lettre du roi d'Assyrie⁽²⁸⁾.

Les lettres de TALL EL AMARNA nous fournissent un autre exemple de conflits de lois en matière de la responsabilité délictuelle. Il s'agissait d'indemniser certains marchands babyloniens, ainsi qu'un messenger du roi de Babylone, pillés sur le territoire de pays sous la domination égyptienne. Le roi de Babylone réclame l'indemnisation de leurs pertes en application du code d'HAMMOURABI, selon lequel le maire de chaque cité sera tenu à réparer les préjudices causés aux victimes de brigandage commis dans le territoire de son ressort, si les criminels échappent aux poursuites. L'idée d'un conflit de lois au sens propre du mot apparaît nettement dans certains passages de la lettre du roi de Babylone qui réclama: "Que mon frère *tranche* donc ce *litige* (...) Quand mon ambassadeur se présentera devant toi, *convoque* également Salamon (la victime du brigandage) *en présence* de mon frère, afin que sa rançon lui soit remboursée et qu'il soit indemnisé de ses pertes"⁽²⁹⁾.

Il s'agit donc d'un litige que Pharaon doit trancher, en sa qualité de juge dans une séance publique à laquelle seront convoquées les victimes.

L'application des lois étrangères sur le territoire de l'Égypte pharaonique, comme il ressort des exemples précédents, n'est en effet, que l'expression juridique d'une réalité profonde: celle de la nécessité d'une organisation des relations internationales, en tenant compte de la diversité des lois en vigueur dans les différents pays. Cette nécessité devint de plus en plus pressante, à cause de la pénétration étrangère au cours des siècles suivants⁽³⁰⁾.

(28) Vraisemblablement, c'est en sa qualité de chef suprême de la justice et de juge des étrangers, que le roi d'Égypte intervint dans ces litiges (voir Jean DAGALLIER, *Les institutions judiciaires de l'Égypte Ancienne*, thèse, Paris, 1914, p. 18 ss). Et c'est en vertu de la règle égyptienne de conflit, qu'il recourut aux rois étrangers pour l'éclairer sur les solutions du fond selon leurs droits nationaux.

(29) PIRENNE, *op. cit.*, pp. 96-97, lettre no. 33.

(30) Des raisons particulières à l'Égypte, ont fait de ce pays une terre d'élection pour le développement du problème de conflits. Ceci tient à deux causes principales: l'isolement de la population égyptienne sur sa terre natale, et la politique royale autorisant les étrangers à fonder des colonies sur le sol égyptien. L'étranger établi dans le pays était autorisé à =

25 — **La Règle de Rattachement en Matière Contractuelle dans la Période Ptolémaïque**: Pendant la période hellénistique, l'Égypte connut une complexité sans précédent en matière de conflits de lois, en assistant même à la naissance d'une nouvelle forme de conflits inconnue pendant l'époque pharaonique. C'est le fameux problème de conflits entre le droit commun des hellènes et le droit national de la population indigène dans le même royaume (31).

C'est justement à ce propos que nous nous trouvons devant le premier texte législatif contenant une véritable règle de rattachement en matière de contrat. Dans son ordonnance royale de l'an 118 avant J. - C. Ptolémée Evergetes II prescrit:

"... Les Egyptiens qui ont passé un accord avec des Grecs aux termes des contrats grecs donneront et recevront satisfaction par devant les Chrématistes, mais tous les Grecs qui passent des accords (avec des Egyptiens) aux termes des contrats égyptiens donneront satisfaction par devant les Laocrites, *selon les lois du pays*. Quant aux actions intentées par des Egyptiens contre les Egyptiens, les Chrématistes ne doivent pas les évoquer, mais les laisser débattre par devant les Laocrites selon les lois du pays" (32).

= transmettre sa nationalité à ses descendants, de génération en génération; et la perfection durégime des registres publics facilita cette transmission. Ainsi, l'Égypte perdit peu à peu sa capacité d'assimilation; et les étrangers, en marge de la nation, formaient des collectivités autonomes, actives et dynamiques, que le système de "colonies" consacra juridiquement. Ces colonies étaient des collectivités nationalement distinctes du pays qui les entoure, et qui jouissaient d'une véritable exterritorialité. Les rois des XXI^e et XXII^e dynasties leur accordèrent le droit de se gouverner selon leurs lois (Voir, REVEILLOUT, *La créance et le droit commercial*, 1897, p. 80 ss; LAZZARIDES, Thèse, *op. cit.*, p. 203 ss; E. SEIDL, *Einführung in die ägyptische Rechtsgechichte bis zum Ende des neuen Reiches*, 2ème ed., München, 1951, p. 18 ss.; J. PIRENNE, *L'étranger dans l'Égypte ancienne*, *op. cit.*, p. 99 ss.).

(31) L'hellénisation de l'Égypte se caractérise par la coexistence de deux formes politiques: des cités théoriquement autonomes et des territoires relevant immédiatement des rois. La Superposition de ces deux formes politiques fait naître de nouvelles sources de conflits. A part la notion classique de l'étranger au sens politique, c'est-à-dire celui qui n'appartient pas au groupe politique étatique, il y existe encore deux autres notions d'extériorité aux groupes sociaux auxquelles on attache des effets juridiques. Nous entendons par là, la distinction entre hellènes et indigènes d'une part, et, parmi les hellènes, entre ceux qui appartiennent à une cité autonome et ceux qui relèvent directement du droit commun grec, d'autre part. Nous verrons plus tard ce qu'on entend par "droit commun grec", KOLVOI VOHOI; mais nous tenons à préciser, dès maintenant, qu'il n'exclut pas toute possibilité de conflits entre les hellènes" eux-mêmes (Cf. E. BICKERMAN, *Beiträge zur antike Uskundengeschichte*, I. *Der Heimantsvermerk und die staatsrechtliche Stellung der Hellene in ptolemaische Ägypten*, dans *Archiv für Papyrusforschung*, t. VII, 1927, pp. 216-239; H. LEWALD, *Conflits de lois dans le monde grec et romain*, *op. cit.*, p. 20 ss.; Claire PREAUX, *Les étrangers à l'époque Hellénistique*, dans *Recueils Jean Bodin*, t. IX, p. 190 ss).

(32) La traduction est de M. LEWALD, *op. cit.*, p. 24 ss. C'est nous qui soulignons le passage en italique. Le texte fut découvert lors des fouilles entreprises dans un petit village de la province de Fayoum, par B.P. GRENFELL et A.S. HUNT, qui le publièrent dans leur *Tebtunis Papyri*, sous le n° 11, pp. 207-220.

M. Hans LEWALD fut le premier juriste à souligner l'importance considérable de ce texte en matière de conflits de lois. Dans son étude de 1946 sur les "conflits de lois dans le monde grec et romain", il précise que: "L'ordonnance en question sert donc (...) à délimiter les compétences de juridictions grecque et indigène en matière de contrat. Cependant, elle ne se borne pas à résoudre, pour employer le terme technique moderne, le conflit de juridiction, mais ce faisant, elle résoud en même temps le conflit de lois en déterminant la loi applicable" (33). Puis, pour démontrer le vrai sens de la solution préconisée par l'ordonnance ptolémaïque, l'auteur poursuit: "C'est la langue dans laquelle le contrat a été rédigé qui est considérée comme l'élément décisif, nous dirions aujourd'hui l'élément de rattachement. Les contrats conçus en langue égyptienne sont soumis à la juridiction et au droit indigène; les contrats conçus en langue grecque sont soumis à la juridiction des chrématistes, c'est-à-dire à la juridiction grecque, et, sans aucun doute, au droit commun grec (...). Toutefois, pour bien apprécier la solution consacrée par l'ordonnance, il ne faut pas oublier que ce sont les parties contractantes qui avaient le choix de s'adresser au notariat grec ou au notariat égyptien, de sorte qu'elles avaient la possibilité de faire dresser leur convention ou en démotique ou en grec. C'était donc, en définition, la volonté des parties contractantes qui, dans une certaine mesure, décidait de la juridiction compétente et en même temps du droit matériel applicable" (34).

Cette opinion a ébranlé la Doctrine et ressuscité une grande controverse parmi les auteurs. Une question vient à l'esprit: Pourrait-on rattacher la doctrine dite de l'autonomie de la volonté à un si lointain passé ?

Une réponse affirmative signifie, selon NIBOYET, "qu'un hiatus de nombreux siècles a séparé ces deux périodes historiques, celle de l'Egypte et celle de la naissance du droit international privé au Moyen Age, de sorte qu'aucun pont ne peut être jeté de l'un à l'autre" (35).

Il fallait donc, à tout prix, rejeter l'interprétation de LEWALD pour sauver la face de la doctrine classique. C'est ainsi que NIBOYET essaie de rattacher le papyrus analysé par LEWALD au conflit des autorités. "Il y avait à cette époque, en Egypte, écrit-il, des notaires grecs, d'autres égyptiens, et il va de soi que chacun d'eux ne pouvait appliquer que sa loi et ne relevait que de ses juges. Le choix du notaire, à supposer qu'il existât, ne faisait pas de la matière une question d'autonomie, pas plus que de nos jours la célébration d'un mariage, la rédaction d'un testament ou d'un acte de l'état civil

(33) LEWALD, *op. cit.*, p. 25.

(34) *Ibid.*, p. 26.

(35) J.P. NIBOYET, *Traité de Droit International Privé Français*, t. V. 1948, p. 37 Note

par un Consul ou une autorité locale, n'ont cette signification. Il y avait peut-être choix de l'autorité, mais celle-ci une fois choisie, la loi et les juges s'imposent" (36).

D'autres auteurs se demandent si LEWALD ne force pas légèrement le sens de l'expression "selon les lois du pays". Ils remarquent que cette expression n'est utilisée que lorsqu'il s'agit du tribunal laocrite; on n'en trouve pas l'équivalent lorsqu'il s'agit de celui des chrématistes. Ceci laisse supposer que l'ordonnance en question tendait seulement à souligner que la procédure de droit commun conduit les parties devant les Laocrites, sans définir le droit applicable devant chacun des tribunaux. Selon cette opinion, soutenue par M. ALLIOT, notre texte aurait donc pour sens que "la compétence des chrématistes est exceptionnelle et dérogatoire". L'auteur ajoute, "si cette interprétation doit être retenue, l'ordonnance d'EVERGETES II ne nous renseignerait donc qu'en ce qui concerne les conflits de juridictions" (37).

Entre les trois interprétations que nous venons d'exposer, les auteurs ont hésité pendant quelques années. Cette hésitation était parfaitement compréhensible, étant donné le caractère hypothétique des arguments avancés. Toutefois, la controverse paraît être dépassée actuellement, grâce aux études récentes de TAUBENSCHLAG qui ont confirmé la thèse de LEWALD (38).

Se basant sur d'innombrables documents juridiques de cette époque, TAUBENSCHLAG établit la réalité historique de la façon suivante:

— Il existait en Egypte ptolémaïque un droit indigène appelé $\delta\tau\eta\varsigma \chi\omega\rho\alpha\sigma\nu\omicron\mu\omicron\varsigma$ et un autre droit composé de différents éléments et propre à la population grecque connu sous le nom $\pi\omicron\lambda\iota\tau\iota \text{ Νο} \iota \upsilon\omicron\mu\omicron\iota$ (39)

— Chaque nationalité - que ses membres appartiennent à une cité ou vivent dans la $\chi\omega\rho\alpha$, avait le droit d'utiliser sa propre langue dans les contrats, de conclure les contrats devant son notaire et selon son propre code. Ainsi, les Grecs pouvaient utiliser leur langue dans leurs contrats et les rédiger devant les notaires grecs, en appliquant leur droit. Il en était de même pour les Egyptiens (40).

— Dans une instance judiciaire intentée à propos d'un contrat conclu entre un Egyptien et un Grec, la cour grecque des chrématistes établirait sa

(36) NIBOYET, *op. cit.*, p. 37 (note).

(37) ALLIOT, *Les conflits des lois dans la Grèce ancienne*, thèse, Paris (dactylographiée), 1953, p. 14.

(38) R. TAUBENSCHLAG, *The law of Greco-Roman Egypt in the light of Papii*, 2ème éd., 1955, Varsovie, pp. 2-51.

(39) TAUBENSCHLAG, *op. cit.*, pp. 3, 9.

(40) *Ibid.*, p. 607.

décision en fonction des règles du droit égyptien, toutes les fois que le contrat contesté aurait été rédigé en langue égyptienne (41).

— Les parties contractantes pouvaient librement convertir leurs conventions en contrats grecs, ou vice versa. Plusieurs documents parlent de la conversion des contrats égyptiens en contrats grecs, ou inversement de la transformation des contrats démotiques en contrats agoramiques (42).

Ainsi, la thèse de LEWALD trouve un appui complet dans les documents de l'époque ptolémaïque; et nous pouvons conclure avec TAUBENSHLAG que le problème de conflits entre le droit grec et le droit égyptien fut partiellement résolu par l'ordonnance du roi EVERGETES II, qui considéra la langue du contrat comme l'élément de rattachement qui détermine la loi applicable au contrat conclu entre un Grec et un Egyptien (43).

26. — **La Fiction Juridique en tant que Manifestation de la Liberté des Contractants dans la Détermination de la Loi Applicable:** Cependant, il est normal de se demander si l'ordonnance de Ptolémée EVERGETES II fut une innovation, en ce sens qu'il formula une solution ignorée auparavant; ou une simple condensation d'une règle déjà établie, qui découle de la nature des choses.

Malgré son importance capitale, il paraît que les juristes ne se sont pas occupés de ce problème jusqu'à maintenant. Pourtant, le recours aux sources papyrologiques est très utile, dans ce domaine, comme dans tous les autres domaines. C'est précisément le problème du "persien de l'épigoné" Περσῆς τῆς ἐπιγουνῆς qui nous apporte la lumière nécessaire. Cette épithète, dont la signification fut débattue depuis longtemps et résolue dernièrement, renferme, en effet, une solution utilisée pendant deux siècles pour détourner le problème de la loi applicable au contrat (44).

(41) Voir le papyrus RYL (67 avant J.-C.), étudié par TAUBENSCHLAG, *Archives d'histoire des droits orientaux*, t. 1, p. 259; *idem*, *The Law of greco-roman Egypt*, p. 20, note 52.

(42) Voir le papyrus Bruxelles E. 7155 étudié par HAMBERT et PREAUX, dans *Chronique d'Egypte*, t. XIII, 1928, p. 139; et le papyrus UPZ-II N° 180 a (113 avant J.-C.), étudié par TALBENSCHLAG, *op. cit.*, p. 20, note 52.

(43) Raphaël TAUBENSCHLAG formula sa conclusion dans les termes suivants: "During the Ptolemaic era, this question was partly settled by a decree of King Evergetes II (118 B.C.) by which it was provided that when Greeks and Egyptians were parties to a contract, the language in which the document was written determined the governing law. Thus, if the parties drew up an instrument in demotic the Egyptian rules applied; otherwise the contract was subject to Greek law" (cf. *The Law of greco-roman Egypt*, p. 19).

(44) Nous devons la connaissance de cette découverte papyrologique à l'obligeance de notre ami, MOUSTAFA EL ABADI, chargé de cours à la Faculté de Lettres d'Alexandrie, à qui nous tenons d'exprimer notre profonde reconnaissance.

Dans les papyri qui datent du dernier siècle ptolémaïque, et du premier siècle romain, on mentionnait fréquemment les débiteurs comme "Persiens de l'épigoné", même s'ils portaient des noms grecs ou macédoniens. Les auteurs commencèrent de se demander alors, si cette expression n'est pas une fiction juridique utilisée pour réaliser certains effets qui ne peuvent être atteints autrement. En 1924, MM. Fritz PRINGSHEIM et John G. TAIT, arrivèrent, simultanément, à la même conclusion⁽⁴⁵⁾. Mais d'autres doutèrent qu'elle soit une fiction légale⁽⁴⁶⁾. Faute d'une preuve décisive, le débat resta ouvert jusqu'à la publication en 1952, du papyrus No. 588 de *John RYLANDS LIBRARY*, Manchester, daté le 20 Septembre 78 avant J.-C.

C'est à propos d'un acte notarié attestant l'acquittement d'un prêt d'argent, que nous y lisons le passage suivant:

"In the reign of Ptolemy and Cleopatre, . . . at Alexandria, 8th of the month Dios = 8th Thoth. Sochotes son of Sesnosis, Arsinoite, acknowledges to Sosibius also called Psellus and Ptolemy Arsinoite, acknowledges to Sosibius also called Psellus and Ptolemy also called Petesouchos, the two sons of Protarchus also called Harmais, *Macadonians*, but according to the terminology of their agreement, *Persians of the Epigoné*, that he has received from them, . . ."(47).

Dans son introduction à ce texte, le professeur E.C. TURNER, précise l'importance de la description des débiteurs dans le contrat original du prêt — conclu six ans et demi avant — comme "Persiens de l'épigoné"; et la restitution de leur véritable qualité en tant que Macédoniens, dans l'acte de l'acquittement. Ainsi, nous pouvons conclure, avec l'illustre égyptologue, que "la désignation Περσῆς τῆς ἐπιγουνῆς n'indique ni une nationalité persane, ni une race, ni une classe sociale; mais une fiction légale à laquelle les débiteurs se sont volontairement soumis dans leur contrat, afin d'accorder au créancier une sécurité additionnelle"(48).

(45) F. PRINGSHEIM, *Die Rechtsstellung der Περσῆς τῆς ἐπιγουνῆς* dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Rom. Abt., T. 44, 1924, pp. 396-525; J.C. TAIT, ΠΕΡΘΑΙ ΤΗΣ ΕΠΙΓΟΝΗΕ dans *Archiv für Papyrusforschung und verwandte Gebiete*, vol. VII, 1924, pp. 175-182. Ils basent leur idée sur la remarque que le débiteur n'écrit pas «parce qu'il est Persien», mais il utilise l'expression "parce qu'il se dit Persien". (BGU 1142, P. Oxy, 271, P. Lips. 120 = M. CHREST. 230). Ainsi s'applique le droit persien qui autorisa l'exécution sur la personne, par le moyen de "l'arrêt immédiat" (ἀγῶμοδιμος) dans le cas d'une non-exécution du contrat (Tait, p. 180, et Pringsheim p. 524).

(46) Cf. E. BICKERMANN, *Beiträge zur antike Urkundengeschichte*, dans *Archiv für Papyrusforschung*, vol VIII, 1927, pp. 218-220; A. SEGRE, *Aegyptius*, t. 9, 1929, pp. 10ss.

(47) Cf. *Catalogue of papyri in the John Rylands Library*, vol. IV, édité par C.H. ROBERT et E.G. TURNER, Manchester, 1952, pp. 54-56.

(48) E.G. TURNER, introduction au texte, p. 54.

Nous pouvons remonter jusqu'à l'an 150 avant J.-C. pour retracer la première expression papyrologique déjà connue de cette pratique qui paraît être assez répandue⁽⁴⁹⁾.

Une telle fiction aussi générale n'est, en effet, qu'une manifestation d'une règle naturelle, selon laquelle les deux contractants sont libres pour déterminer directement ou indirectement la loi applicable à leur contrat, à condition que ce choix ne mette pas en cause les intérêts suprêmes de la société elle-même.

L'existence de cet "espace vital" réservé à l'activité légitime des contractants est ainsi la leçon principale de l'histoire juridique de l'antiquité égyptienne. Nous la poursuivrons à travers les autres anciennes civilisations méditerranéennes, pour préciser sa valeur exacte.

Sous-Section I

LE CONTRAT INTERNATIONAL DANS LES CIVILISATIONS DU PROCHE-ORIENT

27. — **Le Problème dans la Civilisation Mésopotamienne:** Les facteurs géographiques et économiques ont fait de la Mésopotamie un lieu de brassage de races, et des Mésopotamiens des gens destinés à avoir des contacts avec l'étranger⁽⁵⁰⁾. Dès le II^e millénaire avant J.-C., les contacts pacifiques entre les villes mésopotamiennes se sont multipliés, et le pays s'ouvre en même temps aux influences extérieures. L'archéologie nous apprend l'existence,

(49) Entre temps, Sir HAROLD I. BELL avait appuyé la thèse de TAIT et PRINGSHEIM, en démontrant dans son commentaire à P. MERTON 10 (un bail de l'an 21 avant J.-C. rédigé à Philadelphie) et No. 14 (un prêt de blé daté le 25 Novembre 103 avant J.-C. à Oxyrhynchis), que ces textes avec beaucoup d'autres cachent la même fiction légale. (H. IDRIS BELL & C.H. ROBERT, *The Merton Papyri*, vol. I, London, 1948, p. 22 ss.) De même, Mademoiselle Claire PREAUX est arrivée à la même conclusion en étudiant le papyrus Pathyris du 3 Janvier 124 avant J.-C. conservé au musée du Caire sous le No. 9518 (prêt de blé et d'argent). (Cl. PREAUX, *Chronique d'Egypte*, Bruxelles, t. XXV, 1950, p.280). Il faut remonter encore plus loin pour trouver la première utilisation de cette épithète "Persien de l'épigoné". Elle est déjà connue et largement utilisée dans les papyri du Vème siècle avant notre ère provenant de la colonie juive d'Elephantine sur le Nil (Cf. E.G. KREALING, *The Brooklyn Museum Aramaic Papyri*, New-Haven, 1953, et J.J. RABINOWITZ, *Jewish law, its influence on the development of legal institution*, New-York, 1956, p. 80 ss). Dans les papyri grecs, elle fut utilisée pour la première fois, à notre connaissance, dans le fameux contrat de prêt maritime qui date de l'an 150 avant J.-C. publié par U. WILCKER en 1925, et réédité par W.L. WESTERMANN en 1949. (U. WILCKER, *Punt-Fahrten in der Ptolemaierzeit*, dans *Zeitschrift für ägyptische Sprache und Alterumskunde*, t. 60, 1925, pp. 86-102; et W.L. WESTERMANN, *Alexandria in Greek Papyri*, dans *Bulletin de la Société Archéologique d'Alexandrie*, t. 30, 1949, pp. 40-41).

(50) Cf. AYMARD & AUBOYER, *L'Orient et la Grèce Antique, l'Histoire des Civilisations*, t. I, Paris, 1953, p. 111 ss.

depuis la plus haute antiquité, de relations commerciales avec des pays aussi éloignés que la vallée de l'Inde, le Caucase et l'Ouest de l'Asie mineure⁽⁵¹⁾. Ces relations ne cessèrent de s'étendre avec la marche de la civilisation, et leur intensité fit naître, de très bonne heure également, des formes évoluées d'organisation commerciale et bancaire⁽⁵²⁾. Dans cette civilisation commerçante par excellence, l'homme d'affaires était au centre de l'organisation juridique; et il importait peu qu'il soit national ou étranger⁽⁵³⁾. Les commerçants étrangers sont arrivés à acquérir une importance croissante dans la vie sociale, et une capacité juridique qui dépassait, à certains égards celle des nationaux⁽⁵⁴⁾.

La grande capacité d'assimilation, caractérisant cette société marchande, aboutit à des résultats diamétralement opposés à ceux que nous avons déjà rencontrés en Egypte⁽⁵⁵⁾. Le légalisme et l'essor exceptionnel de la notion de conflits de loi, florissants sur les bords du Nil, ne trouvent en Mésopotamie qu'un écho très faible. Ce qui comptait le plus pour les Mésopotamiens, c'est

(51) Cf. W.F. LEEMANS, *The old babylonian merchant*, Leide, 1950; *idem. The Babylonian Foreign trade*, 1960; LEMOSSE, *Le commerce de l'ancien monde*, p. 24 ss; AYMARD-AUBOYER, *op. cit.*, p. 136 ss.

(52) J. PIRENNE, *Les Civilisations antiques*, Paris, 1951, p. 117ss.

(53) Dès l'origine, le droit mésopotamien partit de l'idée que l'étranger doit être protégé par la loi contre l'arbitraire du citoyen et on a été ainsi conduit à considérer l'étranger comme un homme libre et un sujet de droit (G. CARDASCIA, *L'étranger dans la Mésopotamie ancienne*, dans *Recueils Jean BODIN* L. IX, p. 107 ss; et E. SZLECHTER, *Les lois d'ESNAMAH*, Paris, 1954, p. 42). Plusieurs sources historiques attestent l'existence en Mésopotamie de nombreux Egyptiens, Perses, Hébreux, Aramiens, etc., qui paraissent avoir un statut juridique identique à celui des citoyens et avaient accès en même temps à toutes les professions libres ou les fonctions publiques (Cardascia, *op. cit.* pp. 116 et 117). Cette situation conduit à la disparition de certaines conséquences légales de la notion d'étranger. Mais le concept a-t-il totalement disparu? M. CARDASCIA considère la qualité d'étranger comme un pur fait, auquel il est normal d'attacher certaines conséquences juridiques toutes les fois qu'on peut distinguer, dans la société, les citoyens et les étrangers. Mais, si cette distinction s'efface, les conséquences juridiques disparaissent avec le fait lui-même. Et ainsi, il conclut qu'en Mésopotamie "il n'y a plus d'étrangers, car l'Empire absorbe toutes les nations". (*op. cit.*, p. 114). Une conclusion aussi catégorique nous paraît inadmissible. Elle ne tient compte, ni des gens qui sont hors de l'Empire, ni ceux qui sont de passage pour faire le commerce ou autre chose. Elle néglige les non-assimilés et ceux qui refusent de l'être, tels que les Egyptiens sous l'Empire de DARIUS. Chacune de ces catégories garda son statut juridique propre, ce qui nous permet de dire qu'en Mésopotamie la notion de l'étranger n'a pas complètement disparu, et il y avait toujours une possibilité des conflits de lois.

(54) Il suffit de se rappeler de la situation des commerçants assyriens dans le pays de la Cappadoce où ils avaient des capacités que ne possédait pas l'autochtone, et qui étaient ainsi "des privilégiés et non pas des paria" (CARDASCIA, *op. cit.*, 111).

(55) A cause de la situation géographique et économique du pays, tout étranger pouvait facilement s'intégrer en adoptant la langue et le mode de vie. Cette assimilation devenait de plus en plus facile grâce à la fréquence de mariages mixtes. (Voir: G. CARDASCIA, *op. cit.*, p. 115). Le phénomène colonial fut ainsi étranger à la société mésopotamienne. Celle-ci n'a jamais vécu, en outre, sous l'empire d'une puissante autorité souveraine pareille à celle des Pharaons. (Cf. J. ELLUL, *Histoire des institutions*, t. I, 1956, p. 2; G. CARDASCIA, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, en collaboration avec R. MONIER et J. IMBERT, Paris, 1956, p. 69).

la recherche des solutions les plus adéquates et la volonté de généraliser ces solutions pour devenir une sorte de "droit commun" du commerce universel.

Certes, il existait, dans la famille mésopotamienne, un droit sumérien, un droit babylonien, un droit akhadien, un droit assyrien, un droit élamite, un droit hurrite, un droit hittite, etc.; et il était donc nécessaire de déterminer le champ d'application de chacun de ces droits. Mais il paraît que les Mésopotamiens n'aient jamais pris conscience de ce problème comme de toutes les questions dogmatiques du droit (56).

Il appartient donc aux juristes modernes de reconstituer leurs solutions pratiques en les rattachant à des catégories implicites qui permettent de mieux comprendre le sens de l'évolution sans trahir la vérité historique.

28. — **L'Origine Coutumière du "Droit Commun" Mésopotamien:** En procédant ainsi, les historiens les plus autorisés sont arrivés à des conclusions encourageantes. Le retentissement qu'ont eu les découvertes de recueils législatifs, depuis celle du Code d'HAMMOURABI jusqu'à celles toutes récentes des codes d'ESNAMAH, de LIPIT ISTAR et d'UR NAMMU, avait fait croire que la Mésopotamie a vécu sous l'empire des codes proprement dits, qui ont un domaine d'application bien déterminé coïncidant avec l'impérialisme du pouvoir qui a promulgué chaque code. La réalité est toute différente. "ni HAMMOURABI, ni aucun autre législateur oriental, écrit M. CARDASCIA, n'ont créé, de rien, l'ensemble des règles qu'ils apportent" (57). Ces recueils, même les plus importants, se bornent le plus souvent, à reproduire des règles coutumières depuis longtemps en vigueur dans l'endroit où elles font l'objet d'une promulgation officielle (58).

(56) Sur le caractère pragmatique du droit mésopotamien et sa répugnance à toute construction théorique - Voir: Georges BOYER, compte-rendu sur l'ouvrage de LANTNER *Altabylonische Persoemweite und Ervetarbeiterverträge*, dans *Revue historique du Droit français et des droits étrangers*, 1938, p. 500; *idem*, *De la Science juridique et sa méthode dans l'ancienne Mésopotamie*, dans *Semitica*, t. IV, 1951-52, p. 5 ss; G. CARDASCIA, *Les archives des Mursû*, Paris, 1951, p. 144ss.

(57) G. CARDASCIA, *La transmission des sources juridiques cuniformes*, dans *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, t. VII, 1960, p. 41.

(58) D'après les études les plus récentes sur le code d'HAMMOURABI, on ne peut pas le considérer comme une codification au sens propre du mot, ni comme un droit territorial s'appliquant exclusivement sur le territoire de l'Empire, ni comme droit personnel de ses ressortissants. Par ailleurs, ce n'est pas une oeuvre originale, mais le reflet des coutumes, des moeurs et de la jurisprudence antérieure. En matière commerciale et contractuelle, il conserve et développe en grande partie le droit individualiste des cités marchandes sumériennes. (Cf. M.C. Cologecen, *Le Code d'Hammourabi*, thèse, Fribourg, 1949 pp. 129 et 149; G. CARDASCIA, *Histoire des institutions*, *op. cit.*, p. 35 ss; *idem*, *La Codification en Assyrie*, dans *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, t. IV, 1957, 66 ss; E. SZLECHTER, *Les anciennes codifications en Mésopotamie*, dans *R.I.D.A.*, t. IV, p. 74 ss; DRIVER & MILES, *The Babylonian Laws*, t. I, Oxford, 1956, p. 41 ss.)

Une possibilité de conflit existait toujours entre ces différentes règles; mais le problème fut résolu en matière du commerce international par la création d'un "droit commun" à toute la Méditerranée orientale⁽⁵⁹⁾. La formation de ce droit commercial commun applicable aux relations entre individus appartenant aux différentes nations du Proche-Orient, a été le terme d'une longue évolution. Dès la fin du IV^e et le commencement du III^e millénaire avant notre ère, OUR apparut comme un centre important du trafic international. Les coutumes qui y naquirent réglaient la vie économique sur des bases très libérales. Le principe de l'autonomie de la volonté fut l'un des deux fondements de ces coutumes, en permettant aux parties de déterminer les effets juridiques qu'elles voulaient attacher à leur acte ⁽⁶⁰⁾.

L'autre base du droit sumérien fut "le principe de l'équivalence absolue entre les valeurs", ou précisément *Das princip der notwendigen Entgeltlichkeit*.⁽⁶¹⁾ La communauté des règles sumériennes basées sur ces principes qui correspondaient bien avec les besoins commerciaux, aboutit à la pénétration partout du droit sumérien avec le commerce. On peut parler à ce propos, d'une véritable "réception", qui n'est pas moins importante de celle du droit romain en Europe à la fin du Moyen-Age⁽⁶²⁾. La large expansion du droit sumérien lui permit de former pendant plusieurs siècles la base de la vie juridique et sociale de tous les centres urbains à travers l'Asie antérieure. Son influence dominait tellement que le code d'HAMMOURABI, dans une large mesure, n'a fait que consacrer les principes individualistes de ce droit. Après l'heureuse expérience de Babylone (XVI^e-XII^e siècles avant J.-C.), il acquit une telle ampleur qu'il fut considéré comme le droit commun du commerce international. Dans son étude magistrale sur la vente dans l'ancien droit babylonien, Georges BOYER a mis en évidence ce caractère international de l'ancienne tradition sumérienne en déclarant: "Aussi que nous remontons, la vente suméro-akkadienne n'est pas une institution propre au droit d'une cité ou d'une région déterminée. Employée dans les transactions de ville à ville et de pays à pays aussi bien que dans les relations économiques internes,

(59) Cf. REVILLOUT, *La créance et le droit commercial*, p. 59; *idem*, *Les obligations en droit égyptien*, p. 10; CARDASCIA, *Histoire des institutions*, p. 46; ELLUL, *Histoire des Institutions*, p. 11; G. BOYER, *Nature et fonction de la vente dans l'ancien droit babylonien*, dans *Archives d'histoire du droit oriental & Revue internationale des droits de l'Antiquité*, t. II, 1953, p. 48; J. PIRENNE, *Les civilisations antiques*, p. 124; *idem*, *A propos de droit commercial phénicien antique*, dans *Bulletin de l'Académie royale de la Belgique*, 1955, p. 586 ss.

(60) Cf. G. BOYER, *Sur quelques emplois de la fiction dans l'ancien droit oriental*, dans *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, t. I, 1954, p. 76 ss.

(61) Cf. E. REVILLOUT, *La créance et le droit commercial*, pp. 247 et 256; San NICOLA, *Die Schulsklauein der Altbabylonischen Kauf und Tauschvertrage*, München, 1922, p. 17 ss.

(62) Voir: G. CARDASCIA, *La transmission des sources juridiques cunéiformes*, dans *RIDA*, t. VII, 1960, p. 48.

c'est une institution de "jus gentium" fondée sur une coutume internationale" (63). Or, les conclusions émises par le célèbre assyriologue à propos de la vente, valent pour l'ensemble du droit commercial. Ainsi, nous pouvons parler, à juste titre, d'un droit commun commercial d'origine coutumière.

29. — **La Formation du "Droit Commun" du Commerce International:** Mais on se demande alors: ce droit commun d'origine coutumière était-il particulier à la communauté mésopotamienne, ou s'appliquait-il aux rapports avec les gens d'une autre civilisation?

L'originalité de la civilisation mésopotamienne réside dans le fait qu'elle était essentiellement fondée sur une base culturelle et non politique. Cette base commune de la civilisation mésopotamienne se trouve, en fait, dans le procédé d'écriture qui est le "cunéiforme" (64). En effet, "l'emploi d'une même écriture, écrit Georges BOYER, n'est que le signe d'une civilisation commune qui s'est répandue sur de vastes territoires grâce au rayonnement économique et intellectuel qu'exerçaient les villes de la Babylonie à travers tout le Proche-Orient" (65).

En ce sens, la civilisation mésopotamienne comprenait l'ensemble de pays de droits cunéiformes, par opposition aux autres civilisations grecque, phénicienne, juive et égyptienne qui avaient leur droit propre régissant exclusivement les relations entre nationaux. Cependant, le droit suméro-babylonien, considéré comme droit commun du commerce mésopotamien, étendait son champ d'action pour devenir enfin, en élargissant son domaine d'application, le droit applicable dans les relations internationales entre les autres peuples en dehors de la Mésopotamie.

Cette expansion fut d'origine coutumière; mais elle se caractérise en plus par le fait que la langue cunéiforme joua un grand rôle. C'est la langue qui fut précisément l'instrument essentiel de la diffusion du droit suméro-babylonien dans les autres civilisations de l'antiquité. La relation intime entre droits mésopotamiens et la langue cunéiforme paraît incontestable (66).

Vraisemblablement, l'origine de cette longue évolution réside dans le fait que les parties contractantes dans les relations du commerce international

(63) G. BOYER, *Nature et formation de la vente dans l'ancien droit babylonien*, op. cit., p. 48.

(64) Sur l'importance de la langue cunéiforme dans la civilisation mésopotamienne, voir surtout: CARDASCIA, *Histoire des institutions*, p. 23 ss.

(65) G. BOYER, *La place des textes d'Ugarit dans l'histoire de l'ancien droit oriental*, dans *Le Palais royal d'Ugarit*, ouvrage publié par J. NOUGAYROL, Paris, 1955, t. III, p. 303.

(66) Nous avons déjà vu l'importance du critère linguistique dans l'ordonnance d'Evergetes II, et nous retrouvons plus loin, un fait semblable concernant l'histoire de la civilisation hellénique, dont le lien linguistique jouait un rôle prépondérant.

furent attirées, d'une part, par la commodité et la souplesse des règles libérales du droit sumérobabylonien; et, d'autre part, par la clarté et la haute précision de sa langue. Ainsi, ils ont eu l'habitude de rédiger leurs actes dans la langue cunéiforme et sous la forme juridique suméro-babylonienne. Dans notre langage moderne, ceci signifierait que les parties entendaient soumettre leur contrat au "droit commun" mésopotamien, et l'utilisation de la langue juridique servit comme indice de cette volonté. L'utilisation de cette méthode devint si fréquente, même entre personnes dont la langue maternelle n'était pas de la famille cunéiforme, que le droit suméro-babylonien fut considéré comme le droit commun du commerce international.

Cette opinion est fondée sur le fait qu'un grand nombre d'actes juridiques, relatifs au commerce international et conclus dans différents lieux de l'ancien monde, sont rédigés en cunéiforme selon les dispositions du droit babylonien (67).

Ainsi, la langue suméro-babylonienne, en devenant la langue internationale des affaires, entraîna-t-elle le développement du droit suméro-babylonien, jusqu'à tel point qu'il fut considéré comme droit commun du commerce international. Cette qualité du droit mésopotamien comme droit commun du commerce international, lui assura une solide base institutionnelle commune à tous les peuples du Proche-Orient. Puis, il commença sa marche triomphale vers l'Ouest, par l'intermédiaire de deux peuples les plus commerçants du monde: les Phéniciens et les Juifs (58). Ces deux peuples, héritiers de la

(67) En consultant les tablettes mésopotamiennes, déjà publiées, on peut constater l'existence de plusieurs actes juridiques conclus avec des étrangers dans les formes habituelles, selon les règles et les formules du droit cunéiforme. (Voir surtout: G. CARDASCIA, *Les archives de Murasu*, op. cit.; et SZLECHTER, *Tablettes juridiques de la première dynastie de Babylone, conservées au Musée d'Art et d'Histoire de Genève*, 2 vol., Paris, 1958). La langue et les expressions juridiques babyloniennes étaient d'autre part, la base des transactions internationales entre peuples de nationalités différentes, comme il ressort clairement des papyrus de cette époque (voir: A. COWLEY, *Aramaic Papyri of the fifth century B.C.*, Oxford, 1923; F. GRIFFITH, *Catalogue of the demotic Papyri in the John RYLANDS LIBRARY*, Manchester, 1939; E. KRAELING, *The Brooklyn Museum Aramaic Papyri*, Yale University Press, 1953; et une communication particulièrement intéressante de M.A. DUPONT-SOMMER, à propos d'un papyrus araméen acquis en Egypte en 1936 par le Professeur MEISSNER, concernant un contrat de métayage entre un Egyptien et un Juif — Extrait des *mémoires présentés à l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, t. XIV (2ème partie), Paris, 1944).

(68) Les relations entre les anciens codes mésopotamiens et les droits du monde moderne ont suscité beaucoup de commentaires. Les uns vont jusqu'à soutenir la thèse d'une dérivation commune d'un seul archétype (D.H. MULLER, *Die Gesetze Hammurabis und ihr Verhältnis zur mosaischen Gesetzgebung sowie zu den XII Tafeln*, Wien, 1903); tandis que les autres plus modérés essayent de prouver l'existence de certaines conceptions fondamentales communes à toute l'humanité, malgré les différences qui séparent les divers peuples dans la formation de leurs institutions juridiques (voir surtout: R. SCHWARTZ, *Adolf Bastians Lehre vom Elementar und Volkergedanken*, Berlin, 1909; et C. KUNDEREVICZ, *The problem of Anefang in ancient and medieval laws*, dans *Journal of juristic papyrology*, vol. IX-X, 1955-56, p. 401 ss.

civilisation millénaire mésopotamienne, continuèrent la même tradition marchande coutumière à vocation universelle. La filiation entre le droit mésopotamien du commerce international, d'une part, et les deux droits phénicien et juif, d'autre part, est un fait bien connu (69). Ce droit commun du commerce international, constitue l'un des apports les plus importants et les plus anciens de l'évolution historique, que l'on ne doit jamais oublier en abordant le problème de contrats internationaux.

Sous-Section III

LE CONTRAT INTERNATIONAL DANS LA CIVILISATION GRECQUE

30. — **Les Données du Problème dans les Cités Grecques:** Après le "légalisme" égyptien et le "pragmatisme" mésopotamien, l'essor des "conflits" sur la terre des Pharaons et la tendance "universaliste" du commerce oriental, il faut chercher la synthèse chez les Hellènes, les maîtres de l'Esprit humain et les princes de la mer.

Dès le début, ils se mirent au service du commerce international, qui nécessita des relations pacifiques avec les "barbares" (70). La situation de ces derniers n'était pas, en réalité, aussi défavorable que nous le ferai-ent croire les auteurs classiques (71). Le barbare n'était pas un hors la loi à l'égard duquel tout est licite; mais au contraire un homme qui bénéficia de l'hospi-

(69) En ce qui concerne l'influence du droit sumérien sur le droit phénicien, et la formation d'un droit du commerce maritime phénicien répandu sous l'action du commerce international par les commerçants voyageant de port en port, voir l'étude magistrale de M.J. PIRENNE: *A propos de droit commercial phénicien antique*, dans *Bulletin de l'Académie royale de Belgique*, 1955, pp. 586-613, et les références y citées. L'influence du droit suméro-babylonien sur le droit contractuel juif, n'est pas moins importante. Dans trois articles sur *Les institutions du peuple Hébreu*, M. PIRENNE a précisé l'importance de ce facteur (*Revue internationale du Droit de l'Antiquité*, (1ère série), t. IV, 1949, pp. 51-75; *ibid.*, t. V, 1950-51, pp. 99-131; *Archives d'histoire du droit oriental*, & *RIDA*, (2ème série), t. I, 1954, pp. 195-255). Beaucoup d'autres auteurs ont insisté sur le même point (voir surtout: HARTMUT-SCHMOCKEL, *Das angewandte Rechte in Alten Testament*, Leipzig, 1930; R. SUGRANYES de FRANCH, *Etudes sur le droit palestinien à l'époque évangélique - La contrainte par corps*, *Arbeiten aus dem juristische Seminar der Universität Freiburg, Schweiz*, 1944, p. 72 ss.; J. DAUVILLIER, *La "Litterarum obligatio" des pèlerins à la lumière des textes scripturaires*, dans *Revue Historique du Droit*, 1946-1947, p. 136; G. CARDASCIA, *Histoire des institutions*, *op. cit.*, p. 96 ss.; G. HORVITZ, *The spirit of Jewish law*, New-York, 1953, p. 445 ss.; J.J. RABINOVITZ, *Jewish law*, New-York, 1956, qui envisage précisément les relations entre les formules du droit babylonien et le droit juif exercées par la colonie juive d'Elephantine, p. 84 ss.).

(70) Le terme "barbare" signifia au commencement celui qui ne parlait pas un dialecte grec et dont on ne comprenait pas le langage. Il devint humiliant, dans une phase postérieure, quand les auteurs classiques affirmèrent la vocation inférieure du barbare en prêchant la haine à son égard.

(71) Les sources historiques attestent l'existence, au IIe millénaire avant notre ère, de relations pacifiques et commerciales entre les Grecs et les autres civilisations. (Cf. Q. =

talité qui lui accordait la protection juridique de sa personne et ses biens (72). En vérité, les impératifs de la vie et l'intérêt économique étaient plus forts que la xénophobie des auteurs; et l'histoire nous fournit plusieurs exemples de privilèges; accordés aux barbares utiles pour le commerce et la sécurité du monde hellénique (73). La situation de ces barbares n'était pas foncièrement différente de celle des étrangers de race grecque, et ceci s'explique par le fait que chaque cité était considérée comme une unité indépendante politiquement et juridiquement. Ainsi, parmi les non-citoyens, la distinction n'était pas d'ordre légal, mais plutôt d'ordre sentimental et culturel (74). Sur le plan juridique, la seule distinction valable fut celle entre les "xénos", c'est-à-dire les simples gens de passage, et les "métiques", qui signifie éty-

= AYMARD, *Les étrangers dans les cités grecques aux temps classiques*, dans *Recueils Jean BODIN*, t. IX, pp. 121 ss.; TENEKIDES, *Droit international et communautés fédérales dans la Grèce*, dans *Recueils des Cours de La Haye*, t. 90, 1956, pp. 476 ss., et 55 ss.). Les récits des temps héroïques, les plaidoyers des orateurs et les écrits philosophiques, confirment la réalité historique. Ainsi, dans les poèmes homériques, la bienveillance secourable envers l'étranger se manifeste si vivante et si forte que l'hospitalité constitue une véritable obligation religieuse. Les témoignages attestent, d'autre part, que les villes de la Crète dressaient, dans les repas publics, deux tables pour les étrangers qu'on servait même avant les magistrats. En outre, si l'on quitte la littérature pour parcourir les plaidoyers des orateurs grecs, on voit à chaque instant les négociants barbares circuler dans le monde grec et les marchands trafiquer d'une ville à l'autre sans la moindre difficulté, car ils étaient sous la protection de ZEUX-XENIOS. Enfin, il ne faut pas oublier que HOMERE, HESIDORE, TYRTEE, SOLON, ALCEE, TERPANDRE, THEOGNIS, AMACRION, PINDARE, LACCHYLIDE, ESCHYLE, EURIPIDE, EPICHRMÉ, ARISTOPHANE, MENANDRE, HIPPIAS, SOCRATE, PLATON, ARISTOTE, THEOPHRASTE, les CYRÉNAIQUES, les CYNIQUES et les STOICIENS étaient des pacifistes et des universalistes plus ou moins déclarés, et plusieurs d'entre eux ont dédié à l'union et à la concorde des Grecs et du monde entier fleur de leur pensée. (PERIPHANAKIS, *La théorie grecque du droit et le classicisme actuel*, Athènes, 1946, p. 42 ss.). Extraire quelques passages de cet ensemble pour appuyer la thèse de l'hostilité naturelle, sans tenir compte du reste de leurs oeuvres, c'est trahir le génie grec et méconnaître son apport principal à l'histoire des idées. Les passages, 1, 2, 13 de la Politique et la lettre III d'ISOCRATE à PHILIPPE, ne sont, en effet, qu'une exagération littéraire inspirée par la tendresse instinctive de l'esprit grec qui avait une grande fierté de sa supériorité politique, et qui craignait les invasions étrangères après la triste expérience des guerres médiques.

(72) L'hospitalité qui permettait aux étrangers de jouir de la protection juridique de la cité fut une institution commune à toute la Grèce. A l'origine, elle était privée, et puis elle fut transformée en une sorte d'hospitalité publique, accordée respectivement aux citoyens de différentes cités, en vertu d'un traité spécial. Dans une phase ultérieure, elle donna lieu à l'institution du proxène, c'est-à-dire d'un citoyen résidant dans sa patrie, auquel une autre cité a décerné ce titre en ce qui la concerne. Ce proxène joua le rôle d'hôte au sens matériel du mot, d'introduit par des autorités et surtout de protecteur en justice, des citoyens de la cité dont il est le proxène. (Cf. P. MONCEAUX, *Les proxénies grecques*, thèse, Paris, 1886; LAURENT, *Droit civil international*, t. I, p. 128 ss; WEISS, *Droit international privé*, t. II, p. 19 ss.).

(73) Cf. AYMARD, *op. cit.*, p. 123, note 3.

(74) Il paraît, en effet, qu'il y ait une relation d'interdépendance entre les deux critères politique et culturel; et que la prédominance de l'une comme critère de détermination de la notion d'étranger implique l'élimination de l'autre. Ainsi, l'effacement du critère culturel dans les cités grecques est la conséquence directe de l'indépendance initiale de chaque cité. Au contraire, l'effacement du critère politique en Mésopotamie aboutit, comme nous l'avons déjà remarqué, à la prédominance du critère culturel.

mologiquement. "ceux qui habitent avec" (75). L'existence de ces métèques ne soulève aucun problème de conflit, car leur activité était toujours régie par la loi de leur domicile de la même façon que cette loi régit les relations entre citoyens. Les conflits naissent par contre à propos des relations entre citoyens et "xénos" au sens d'étrangers non domiciliés.

31. — Les Règles de Conflit contenues dans les Traités de "Symbola": Pour résoudre de tels conflits en matière de commerce international et surtout à propos des contrats conclus entre citoyens de différentes cités, on recourut aux méthodes diplomatiques pour passer les accords connus sous le nom de *Symbola*. Ces traités couramment appelés "traités de caractère judiciaire" (*Rechtshilfeverträge*), sont les premiers traités internationaux qui s'occupent directement du problème des conflits de lois, et de la loi applicable aux relations mixtes.

Certains traités disposaient qu'un certain tribunal, parmi les tribunaux des deux cités contractantes, serait compétent pour résoudre les conflits éventuels et qu'une certaine loi parmi les deux systèmes nationaux serait applicable. En principe c'est la *lex domicilii* qui était choisie, mais cela n'empêche pas qu'ils optaient quelques fois pour la *lex loci contractus* (76). Dans d'autres cas, les deux cités stipulaient que le code de commerce d'une cité tierce, et non le code des parties contractantes, serait applicable en cas de différend (77). Dans un troisième type de traités, les parties inséraient dans le *symbolum* les dispositions de droit commercial matériel qui doivent régir les contrats conclus entre les commerçants appartenant aux deux cités (78). Enfin, dans la plupart des cas, les cités se contentaient de prévoir et d'organiser l'arbitrage devant un corps déterminé, en application des "coutumes ancestrales" (ἐπίτοις ἴσοις καὶ ὁμοίοις δίκας αἰδούτας κατὰ πάτριον) (79).

Mais à part ces quelques traités spéciaux, quelles étaient les règles générales préconisées par le droit grec pour la solution des conflits de lois en matière des contrats?

(75) Voir, AIMARD, *op. cit.*, p. 134.

(76) Cf. COLMAN PHILLIPSON, *The international law and custom of ancient Greece and Rome*, London, 1911, vol. I, p. 198 ss.; J.H. LIPSIUS, *Das attische Recht*, p. 965 ss.; H.G. ROBERTSON, *The Administration of justice in the Athenian Empire*, dans *University of Toronto-Studies in History and Economics*, t. IV, 1924, p. 141 ss.; R.J. BONNER, *The Oxford Classical Dictionary*, 1953, p. 870 ss.; TENEKIDES *op. cit.*, p. 540 ss.

(77) Cf. C. LECRIVAIN *Une catégorie de traités internationaux grecs, les Symbola*, dans *Bulletin de l'Académie des sciences, inscriptions et Belles-lettres de Toulouse*, vol. II, 1898-99, p. 150 ss.; C. PHILLIPSON, *op. cit.*, vol. II, p. 137 ss.

(78) Cf. PHILLIPSON, vol. I, p. 203 ss.; TDNEKIDES *op. cit.*, p. 541; LEWALD, *Conflits de lois*, *op. cit.*, p. 11.

(79) Cf. PHILLIPSON, vol. II, p. 136 ss.; TENEKIDES, p. 543 ss.; GLOTZ, *La Cité Grecque*, nouvelle édition, 1953, pp. 31 et 332.

32. — **Le Libre Choix de la Loi Applicable au Contrat:** Ce problème a été enrichi, il y a quelques années, par la thèse originale de M. ALLIOT⁽⁸⁰⁾. Il a bien démontré comment les grecs étaient conscients du problème, et comment "la cité grecque reconnaissait la valeur d'une législation qui n'était pas la sienne, qui n'était pas même celle d'un des groupes auxquels elle se superposa" (p. 99). M. ALLIOT arrive ainsi, au même résultat déjà acquis dix sept ans avant lui, par Hans LEWALD. Ce dernier considère comme certain que "dans l'ancienne Grèce, le problème du droit international privé était reconnu comme tel et que les tribunaux grecs n'ont pas, par principe, décliné l'application d'une loi qui n'était pas la leur" (81). L'originalité de M. ALLIOT réside, pourtant, dans le fait qu'il a essayé de reconstruire le système de conflits de lois en vigueur en Grèce ancienne, en partant des cas d'espèces, jusqu'aux principes généraux qui dominent les solutions particulières.

En matière contractuelle, l'auteur cite plusieurs cas de contractants qui jouissent d'une liberté qui paraît être complète dans la détermination de la loi applicable à leur contrat. "Le conflit, chez les Grecs, écrit-il, oppose des lois entre lesquelles il faut choisir celle qu'on fera valoir" (82). L'auteur déclare, en outre, que "rien n'est jamais définitivement établi: à la législation nationale, on peut préférer une législation étrangère et l'invoquer devant les juges de la cité" (83). Il va même jusqu'à dire que les parties contractantes pouvaient non seulement choisir entre les lois des différentes cités, mais encore soustraire leur contrat à toute loi italique. C'est ainsi qu'il interprète la clause της συμγραφης ρηδένεινχι κυρίω τερογ, c'est-à-dire "comme s'il y avait eu condamnation en justice et terme échu", que l'on retrouve plusieurs fois dans les documents grecs de cette époque (84).

Dans son plaidoyer contre LARCITES, DEMOSTHENE rapporte le texte du contrat qui s'achève par la stipulation: "A l'égard de tous ces points, rien ne pourra prévaloir sur la présente syngraphie" (§ 13), puis l'orateur paraphrase: "Aux termes du contrat, rien ne doit prévaloir sur ce qui est écrit, et il n'est pas permis d'alléguer ni loi, ni décret, ni quoi que ce soit contre la syngraphe" (§ 39) (85).

D'autre part, dans les contrats réglant les emprunts des citoyens de la ville d'Arrkésiné dans l'île d'Amorgos, et précisément dans un contrat

(80) Michel ALLIOT, *Les Conflits de lois en Grèce ancienne*, thèse avec préface de M. LEVY BRUHL, Paris, 1953 (Dactylographiée).

(81) H. LEWALD, *op. cit.*, p. 14.

(82) ALLIOT, *op. cit.* p. 127.

(83) *Ibid.*, p. 125.

(84) ALLIOT, *op. cit.*, p. 121 ss.

(85) DEMOSTHENE, *Plaidoyers civils*, t. I (Trad. L. GERNET), Paris, 1954, pp. 184 et 193.

passé entre Arkésiné et un certain Praxiclès de NOXOS, on retrouve le texte suivant :

“Il est convenu de la part des Arkésinéens que rien ne pourra prévaloir contre le présent contrat, ni loi, ni décret, ni résolution, ni stratège, ni magistrat décidant autre chose que ce qui est écrit dans le contrat, ni rien au monde, par quelque détour ou sous quelque prétexte que ce soit” (86).

Evidemment, cette clause était destinée à déroger à toute mesure législative ou administrative de la cité débitrice, même si cette mesure était d'ordre public. Mais peut-on conclure pour cette raison, avec M. ALLIOT, qu'un tel contrat était soustrait à tout droit ?

33. — **La Limite de cette Liberté: l'Observation des “Patria”:** L'idée de M. ALLIOT méconnaît une distinction fondamentale dans le monde hellénique, entre loi étatique et droit stricto sensu. Pour un moderniste nourri de la conception de la souveraineté nationale, toute réalité juridique réside dans l'Etat-Nation. La possibilité de soustraire le contrat à toute loi étatique, équivaut pour lui à la négation de l'ordre juridique. Cependant, la situation n'était pas la même pour les anciens qui admettaient, à côté des différentes loi étatiques et ordres juridiques, l'existence d'un autre droit plus général d'origine non-étatique. C'est précisément les patria (πατρία), c'est-à-dire “les coutumes ayant force légale qui se sont formées non pas au sein de la cité, mais dans le cadre plus large de la communauté inter-hellénique”, qu'on devait toujours appliquer, même en écartant toute loi étatique (87).

Les contractants renvoyaient souvent à ces (πατρία), pour désigner le droit qui sera applicable en vue de résoudre leurs différends (88). Toutefois, même en l'absence d'une telle référence, les patria étaient applicables et régissaient tous les contrats. Ce sont d'après THUCYDINE, “Les règles légales communes des Hellènes” (III, 59; IV, 97, DIODRE, 63), ou selon EURIPIDE “Les lois communes de la Grèce” (fragm. 221, DIDOT.) ou “les lois des Grecs” (Héraclides, 1010) ou “les règles légales de la Grèce entière” (Suppliantes, 311) ou, enfin “le droit commun des Grecs” (Suppliantes, 526; DIODORE, XIII, 23.4; HERODOTE, VII.136.3; et PLUTARQUE, vie de PERICLES, 29) (89).

Ensuite, ce droit commercial commun à toute la Grèce, s'élargit avec l'accroissement de l'influence des Hellènes, et la prédominance de leur rôle

(86) *Bulletin de correspondance Hellénique*, t. VIII, 1884, p. 23, et t. XVI, 1892, pp. 108, voir aussi, DARESTE HANSSOULIER & REINACH, *Recueils d'Inscriptions juridiques grecques*, t. I, pp. 313-321.

(87) Cf. I. CALABI, *Ricerche sui rapporti tra le polis*, Florence, 1953, p. 109 ss; TENEKEDIS, *Droit International dans la Grèce des cités*, op. cit., p. 533 ss.

(88) Les exemples cités par TENEKIDES, p. 547 ss.

(89) Cf. G. ZUNTZ, *The Political plays of Euripides*, Manchester, 1955, p. 33 ss.

dans le commerce de l'ancien monde. Il devint ainsi, chez POLYBE, "les lois reconnues par tous les hommes" (τά πάντων ἀνθρώπων νόμιμα) (90).

Ce nouveau droit commercial commun à tout le bassin méditerranéen, devait dans l'esprit grec, régir en dernier ressort le commerce maritime international; et ils réussirent à inculquer cette conviction à leurs partenaires étrangers. Cette situation s'explique par le fait que le droit commercial existait sous une forme coutumière pendant la plus grande partie de l'histoire hellénique et hellénistique. Les engagements contractés à propos du commerce international se fondaient essentiellement sur la notion de la *pistis* (πίστις), qui donna lieu plus tard à celle de la "fides" romaine (91). Ce régime coutumier fut reconnu par les systèmes juridiques étatiques des cités grecques à partir du IV^e siècle avant J.-C. (92). Mais le monde du trafic maritime international continua à vivre comme par le passé, en conservant son droit commun d'origine coutumière; et dans un conflit entre le droit civil et cette coutume c'était toujours la coutume internationale qui l'emportait (93).

Cette prépondérance du droit commun commercial est une donnée fondamentale de la civilisation grecque. Elle constitue, avec le principe de l'autonomie que nous avons déjà rencontré, les deux traits caractéristiques du droit international privé hellénique qui conquiert l'ancien monde, par sa commodité, à l'époque de l'hellénisation. Rome fit partie de cet ancien monde, mais notre matière acquit un nouvel essor dans la cité, puis dans l'Empire de Rome.

Sous-Section IV

LE CONTRAT INTERNATIONAL DANS LA CIVILISATION ROMAINE

34. — La Permanence du Problème de "Conflits de Lois" dans le Monde Romain: Il y a plus d'un siècle, la plupart des auteurs se contentaient d'affir-

(90) POLYBE, II, 58; IV, 67.4; 1.70.6; 11.8.12; ;IV.6.11; HERODOTE, IX.79; DIO-DORE, XIII, 23.4 — Voir: G. GLOTZ, *Le droit des gens dans l'antiquité grecque*, dans *Mémoires présentés à l'Académie des Inscriptions et des Belles-Lettres*, t. XLIII, 1923, pp. 91-103.

(91) Cf. DEMONGEL, *Variations sur la Pistis*, dans *Mélanges F. de VISSCHER*, t. I., pp. 223-241; TENEKIDES, *op. cit.*, p. 526.

(92) Dans la cité la plus commerçante de l'époque, Athènes, le droit commercial fut intégré dans le corps juridique interne vers l'an 350 avant J.-C., quand le régime des actions commerciales fut institué. En vertu de ce régime, l'étranger était assimilé au citoyen, et il pouvait s'adresser aux mêmes magistrats, sans avoir besoin de se faire représenter par un patron. Voir: BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République athénienne*, t. IV, 1897, p. 231 ss.; L. GERNET, *Sur les actions commerciales en droit athénien*, dans *Revue des études grecques*, t. LI, 1938, p. 11 ss.; *idem*, *Droit et Société dans la Grèce ancienne*, Paris, 1955, pp. 181 et 186.

(93) ALLIOT, *Thèse*, *op. cit.*, pp. 64 ss. et 241.

mer en passant que "chez les romains, nous ne trouvons aucune trace de ce qu'on appelle droit international privé" (94). Ce temps est heureusement révolu; et certains auteurs modernes trouvent un grand intérêt dans l'étude du droit international privé romain (95). Ce droit est particulièrement intéressant, parce qu'il fut le fruit d'une expérience singulière qui couvre douze siècles de longue évolution. Au point de départ, il était aussi élémentaire que le droit international privé des peuples primitifs que nous avons étudié dans notre première section. Puis, à la suite d'une lente évolution, il arriva à égaler et même à dépasser le droit grec que nous venons d'examiner. Cette évolution reflète honnêtement l'état social, économique et culturel de la société romaine; et la transformation qu'elle subit à travers les âges.

Dans la petite communauté terrienne et peu commerçante de paysans-soldats, les pater-familias qui échangeaient leur consentement, cumulaient sur leur tête plusieurs dignités juridiques. "Les contrats qu'ils signaient, écrit Melle Marie-Josèphe RUSTAN, avaient le caractère de traités entre deux puissances possédant la souveraineté" (96). Ces "contrats-traités" étaient extrêmement rares dans une économie à base presque exclusivement familiale. Mais la petite cité paysanne était obligée, avec la marche de la civilisation, à entrer en relations avec ses voisins. Ensuite, lorsque la cité s'engagea dans la voie des expansions guerrières, elle fut amenée à ouvrir ses portes au grand commerce.

Dès le Vème siècle avant notre ère, divers témoignages nous signalent la présence d'un très grand nombre d'étrangers à Rome; et tous ces étrangers étaient alors appelés *hostis* (97). Ce mot, loin de correspondre à un état naturel

(94) M. FOELIX, *Traité du Droit International Privé*, 4^e éd., revue, et augmentée par Ch. DEMANGEOT, t. I, 1866, p. 3; et A. LAINÉ, *Introduction du droit international privé*, t. I, 1888, p. 54.

(95) Cf. J. BEYSSAC, *Des conflits de lois à Rome*, thèse, Bordeaux 1888; Hans LEWALD *Conflits de lois dans le monde grec et romain*, dans *L'Archeion idiotikon dikorion*, vol. XIII, 1946, p. 30 ss., reproduit dans LABEO, t. V, 1959, pp. 334-369; NIEDERER, *Centurum quaero de legum Imperii Romani conflictu*, dans *Festschrift Hans Fritzsche*, Zurich, 1952, 115 ss., publié en français dans la *Revue critique du d.i.p.*, t. LIX, 1960, p. 126 s.; P. GUGGENHEIM, *Jus gentium, jus nature, jus civile et la communauté internationale*, dans *Comunicazioni e studi*, Milano, t. VII, 1955, pp. 1-31; *idem*, *jus naturale und jus gentium*, dans *Mélanges Spiropoulos*, 1957, p. 213 ss.; *idem* *Contribution à l'histoire des sources du naturel et D.I.P.*, dans *Mélanges Maury*, t. I, 1960, p. 113 ss. Dans la littérature anglo-américaine, voir surtout: HESSEL E. YNTEMA, *Roman law as the basis of comparative law* dans *Law: a century of progress*, New-York, vol. II, 1937, p. 346 ss.; *idem*, *The Historic basis of private international law*, dans *American Journal of Comparative Law*, vol. 2 1953, pp. 297-317; A. NUSSBAUM, *Significance of Roman law. in the history of international law*, dans *University of Pansylvania Law Review*, vol. 100, 1952, p. 678 ss.; et A.A. EHRENZWEIG, *The Historical and fioncional bases of the conflict of law*, dans *Academia Interamerica de Dericha comparado e internacional*, vol. V, 1956, p. 117 ss.

(96) M.-J. RUSTAN, *Le Fondement de la Force obligatoire du contract. Etude critique du système contractuel français*, thèse (dactylographiée), Montpellier, 1949, p. 80.

(97) Composée d'éléments latins, sabins et étrusques, Rome se trouva dès son origine en contact avec des peuples voisins qui présentaient avec elle, une communauté de =

d'inimitié ou de guerre entre les peuples, signifiait "égal" (98). Il confirma l'attitude bienveillante à l'égard de l'étranger, au service duquel on introduit l'usage de "*l'hospitium privatium*", du "patronat privé", de "*l'hospitium publicum*", de "traités d'amitié, d'alliance et de commerce", et du "patronat collectif" (99).

Ces cadres juridiques répondaient aux besoins du commerce étranger de la petite cité des Quirites, en régissant d'une façon plus ou moins satisfaisante les conflits qui pouvaient surgir à son propos (100). Mais ceux-ci éclatèrent avec la grande révolution économique, sociale et politique

= race et de coutumes. Des relations pacifiques et amicales se nouaient avec ces peuples sur un pied d'égalité absolue, et le cercle de relations devint de plus en plus large avec l'accroissement de l'économie romaine. Divers témoignages nous signalent la présence d'un très grand nombre d'étrangers à Rome dès le Ve siècle, parmi lesquels on trouve beaucoup de grecs, de carthaginois et de bien d'autres qui s'établirent à Rome ou y firent leur négoce. Voir: L. ADAMS, *A Study in the commerce of the latium*, dans *Smith College Classical studies*, 1921, p. 29 ss.; Goldschmidt, *Universalgeschichte de Handelsrechts*, nouvelle édition, 1959, p. 62 ss.; de BOECK, *Le prêtre pèlerin*, thèse, Paris, 1882, p. 9 ss.

(98) Cf. ERNOAT (A.) & MEILLET (A.), *Dictionnaire ethmologique de la langue latine*, 4ème éd., 1959, t. I, p. 536 ss.; WALDE (A) & HOFMANN (J.B.), *Lateinische etymologisches Wörterbuch*, 3ème éd. 1938, t. I, p. 661 ss.; SAUTEL, *Essai sur la notion romaine de "Commercium"* à l'époque ancienne, dans *VARIA*, t. I, p. 12 ss.; F. de VISSCHER, *La condition des pèlerins à Rome jusqu'à la Constitution Antonine*, dans *Recueils de la Société Jean BODIN*, t. IX, p. 196 ss. Les auteurs classiques invoquent généralement le texte de la loi des XII Tables, Table III: "*Adversus hostem aeterna auxtoritas*", et celui de Festus, *De verb. Ve Extrarius*: "*Extrarius est qui extraforum, sacramentum jusque sit*", pour appuyer leur position initiale de l'hostilité naturelle. Mais, ils oublient que la négation d'*auxtoritas* et de *sacramentum* n'exclue pas, la possibilité de réaliser la protection des étrangers par d'autres moyens. L'idée "aprioristique" de l'hostilité naturelle est combattue d'autre part, à l'unanimité, par des romanistes modernes qui ont traité ce sujet. (Voir surtout: *Postliminium in pace*, dans *Studia et Documenta Historia et Juris*, 1955, pp. 249-275; de MARTINO, *Storia della costituzione Romana*, t. II, pp. 11 ss, 37 ss.; F. de VISSCHER, *Droit de capture et postliminium in pace*, dans *Revue internationale des Droits de l'Antiquité*, t. III, 1956, pp. 197-226). Monsieur de VISSCHER a démontré nettement comment "l'hypothèse de l'état originaire d'inimitié des peuples semble bien procéder d'une représentation purement schématique des groupes sociaux, réduits à autant d'entités absolument isolées. Mais cette conception qui semble le postulat nécessaire à une reconstruction strictement volontaire et mécanique des rapports entre peuples, est contredite par l'histoire toute entière. Il n'y a pas plus de groupes sociaux "seuls" qu'il n'y a d'hommes "seuls". Le groupe social "Rome" a surgi du groupe latin sans que jamais les traces de leur "convivenza" puissent s'effacer; et l'hétérogénéité de sa population comme de sa culture ne permettrait pas davantage de concevoir son total isolément d'avec les peuples voisins" (p. 225).

(99) Cf. F. LAURENT, *Histoire du droit des gens et des relations internationales*, Gand, 1850, t. III, p. 85 ss.; *idem*, *Droit civil international*, t. I, p. 151 ss.; BEYSSAC, *Les Conflits de lois à Rome*, *op. cit.*, p. 20 ss.; SAVEROT, *Les récupérateurs*, thèse, Dijon, 1885, p. 12 ss.; WEISS, *Traité*, *op. cit.*, t. II, p. 24 ss.; HUVELIN, *Histoire de droit commercial romain*, 1929, p. 20 ss.; CUQ, *Les institutions juridiques du Romain*, t. I, 1929, p. 106 ss.; M. DAVID, *The treaties between Rome and Carthage*, dans *Symbolia Van Oven*, 1955, p. 231 ss.; SAUTEL, *La notion romaine de "commercium"*, *op. cit.*, p. 62 ss.; BONGERT, *Recherches sur les Récupérateurs*, dans *VARIA*, t. I, p. 103 ss.

(100) Ces conflits étaient purement internationaux au sens de conflits entre entités complètement souveraines et, à ce titre, ils étaient plus difficiles à résoudre, étant donné l'état rudimentaire de tous les droits primitifs des sociétés paysannes. (Voir: E. REVILLOUT, *Les rapports historiques et légaux des Quirites et des Egyptiens depuis la fondation de Rome*, Paris, 1902, p. 18 ss.).

qui s'effectua pendant les deux derniers siècles de la République (101). L'hégémonie romaine s'imposa, mais les "*civitates stipendiarias*" ainsi que les "*coloniae latinae*", les "*civitates liberae sine foedere*" et les "*civitates foederatae*" restaient hors de la cité de Rome et du droit romain, en gardant leurs propres lois, "*siu legibus*" ou "*leges snae*" selon les expressions courantes dans les traités de l'époque (102).

Dans une telle situation, on conçoit facilement la possibilité de conflits entre les diverses lois des différentes cités; mais il ne faut pas oublier que l'indépendance de ces "*civitates*" était selon la formule de KUHN "indépendance de jure et dépendance de facto", et que leur autonomie n'était qu'une autonomie "tolérée" comme s'exprime MOMMSEN (103). En même temps naquit une tendance vers la romanisation ou l'égalisation progressive des conditions des pèlerins et des citoyens vit le jour (104). La romanisation officielle couronnée en 212 après J.-C. par la "Constitution Antonine", était précédée par une longue période de "pénétration silencieuse" qui s'effectua dans les deux sens. On assista, en effet, à une "romanisation progressive de droits locaux, contrebalancée par une hellénisation du droit romain" (105). Cependant, il ne faut pas confondre cette tendance à la romanisation avec celle de l'uniformisation du droit. Les Romains n'ont jamais eu la prétention d'abolir les particularités locales ou de substituer leur système juridique à celui des peuples soumis (106). Le sentiment inné du particularisme juridique

(101) Cette évolution date des guerres puniques, dans les "années tournantes" qui marquèrent l'ouverture de Rome aux courants extérieurs et aux grandes relations commerciales. Le passage de "clans chrématistiques" comme forme d'organisation économique, à celle du capitalisme implique l'affranchissement économique des individus libres, l'exploitation du travail servile et le développement de l'esprit mercantile. (Voir: LEMOSSE, *Histoire du commerce*, t. II, p. 105 ss.; T. FRANK, *An economic history of Rome*, London, 1927, p. 40 ss.; et Max WEBER, *General economic History*, p. 114 ss.). On sentit alors la nécessité d'aménager l'ancien cadre juridique, pour faire face aux nouveaux besoins de la société commerciale, tandis que la cité de Rome s'engageait nettement dans la voie de la conquête.

(102) Voir: TITE-LIVE, 8, 13, 9 ss.; 14 I ss.; 25, 23, 4; 28, (a. 212); 35 46, 10 (a. 192); 37, 20, 2; 37, 32, 14 (a. 190); 43, 13 (a. 169 et a. 241); 8, 21 (a. 328); CICERON de *provcons.*, 3, 6; *pro Balbo*, 24, 54; in *Verr.* 2., 22, 53; 2, 37, 90; 6, 1, 15; *pro Faco*, 7, 17 et 8, 18; Dion Chrysostome, *Oratione*, Arnion II, 55; Pline le Jeune, *ad Traiam*, 108, 109 et 110; C.I. Gr., II, 2222. 1.17-18; idem, II, 1.18-23; et STRABON, *Geograph.*, 4, 1, 5. Sur ce problème, BEYSSAC, *op. cit.*, p. 22 ss.; MILHAUD, *op. cit.*, p. 34 ss.; BOECK, *Le préteur pèlerin*, p. 127 ss.; CUQ, *Manuel des institutions*, p. 57 ss.; GIRARD, *Droit Romain*, p. 256 ss.; LEWALD, *Conflits de lois*, p. 33 ss.; MONIER, *Histoire des institutions*, p. 205 ss.; ELLUL, *Histoire des institutions*, t. I, p. 465 ss.

(103) KUHN, *Die städtische und burgerliche Verfassung des Romischen Reiches*, t. II, 1865, p. 28; MOMMSEN, *Droit public romain* (Traduction française), t. III, p. 749.

(104) Cf. de VISSCHER, *La condition des pèlerins à Rome*, dans *Recueils Jean Bodin*, t. IX, p. 197.

(105) Cf. Fr. WITTINGHOFF, *Römische Colonisation und Bürgerrechtspolitik*, Mayence, 1951, p. 28; TAUBENACHJANG, *The Law of the greco-roman Egypt*, p. 46.

(106) Le maintien et le respect des institutions nationales est l'un des traits essentiels de la politique romaine; et la consécration de son autonomie juridique fut l'objectif principal de chaque groupe social. Voir: de VISSCHER, *op. cit.*, pp. 199, 200, 203, 204 et 206 où il confirme LIEBENAN qui réclame que "rien n'était plus éloigné de la politique romaine qu'une uniformisation générale du droit" (*Städtverwaltung*, p. 468).

se manifesta nettement à travers toute l'histoire romaine (107). Ainsi, les droits locaux subsistaient toujours, et on peut parler même d'une exaltation de droits locaux sous les Empereurs philhellènes (108). Les divers droits s'imposaient par la force des traditions et par leur meilleure adaptation aux besoins particuliers des populations de provinces bien différentes. La confrontation de ces droits avec le Droit Romain, droit général de l'Empire, engendra des conflits. Ces conflits qui n'étaient plus des conflits internationaux, persistèrent même après l'Edit de CARACALLA (109). Jusqu'à la fin de l'Empire,

(107) L'expérience du "*colonial civium Romanorum*" et des villes incorporées à la cité romaine, nous en fournit la meilleure preuve. A l'encontre de sa politique générale, Rome essaya dans certains cas d'incorporer des personnes séparées ainsi que des villes entières. Mais cette politique souleva beaucoup de problèmes, et se montra impossible dans le long terme. TITE-LIVE nous garde le souvenir de ces colonies et villes incorporées qui luttèrent pour avoir les "*leges certae*" et "*magistratus*" (TITE-LIVE, 9, 20, 10 (a. 318). L'expérience de "*civites sine suffragio*" est un autre exemple saisissant de particularisme juridique. Rome leur assura le maintien de leur intégrité nationale, de leur droit national, "*suae leges*", qui leur fut sùcher. Elles conservèrent leur administration, leur Sénat ainsi que leurs lois (TITE-LIVE, 23, 2, 2 et s. 26, 14, 3; 26, 16, 9; 8, 19, 10 (a. 330); 23, 35, 3 (a. 215); 2, 2, 3; 24 19, 2; 26, 6, 13; et 26, 16, 9). Certaines jouirent de leurs souverainetés en matière judiciaire (l'exemple de CAPOUE, TITE-LIVE, 23, 4, 3 (a. 216).

(108) Cf. J.H. OLIVER, *The Ruling Power*, dans *Transactions of the American Philosophy's Society*, t. 43, 1953, p. 958 ss.

(109) Une tendance à l'égalisation des conditions juridiques se manifestait longtemps avant la promulgation de cet Edit. Après la guerre sociale "Rome n'est plus dans Rome", et "il fallait donc, comme l'écrivit M. ELIACHEVITCH, trouver une formule qui permettrait d'acquiescer le droit de cité romain, sans cesser d'appartenir à sa ville natale. En d'autres termes l'unité d'un tout ne devait plus exclure l'autonomie d'une partie" (B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris, 1942, p. 90). On utilisa alors l'idée du "*mancipium*" pour incorporer les nouvelles cités alliées ou soumises dans la cité romaine; et celle-ci changea forcément sa physionomie. Elle n'était plus un Etat unitaire, mais un ensemble de villes et de communes autonomes qui formèrent un Etat Romain. L'empire Romain devint ainsi une sorte d'Etat fédéral, un Commonwealth avant le terme (cf. P. VINOGRADOFF, *Essays in legal History*, t. I, Oxford, 1913, p. 318 ss.; A.N. SHERWINS-WHITE, *The Roman Citizenship*, London, 1946). A l'intérieur de ce Commonwealth le rapprochement entre les différentes situations juridiques se manifesta clairement; et l'Edit CARACALLA ne fut que l'aboutissement de cette longue évolution. Il réalisa l'unité politique de l'Empire; mais cette unité n'entraîna pas son unité juridique. Il existait incontestablement des pègrins après l'Edit, et les provinciaux continuèrent à user de leurs droits locaux, du moins en certains domaines. (Cf. E. SCHONBAUER, *Das römische Recht nach 212 in ausschliesslicher Geltung*, dans *Anzeiger der Phil. Hist. Klasse der östern. Akademie der Wissenschaft*, 1929, pp. 369-389; *idem*, *Zur Frage der Const. Antoniana*, dans *Zeitschrift Savigny*, 1934, p. 339, ss.; *idem*, *Reichsrecht, Volkerecht und Provinzialrecht*, dans *Z.S.*, 1937, pp. 309-355; *idem*, *Dedizie Doppel-bürgersechaft und Personalitätsprinzip*, dans *Journal of Juristic Papyrology*, t. VI, 1952, pp. 17-72; *idem*, *Untersuchungen über die Rechtsentwicklung in der Kaiserzeit*, dans *J.J.P.*, t. VII-VIII, 1953-54, pp. 107-148; VOLTERRA, *Storia del diritto romano e storia dei diritto orientali*, dans *R.I.S.G.*, 1951, pp. 182; TAUBENSCHLAG, *Die römischen Behörden und die Volksrecht vor und nach constitutio Antoniana*, dans *X.S.*, 1952, pp. 102-127; MOUNIER, *Histoire des institutions romaines*, Paris, 1956, p. 421 ss.; J. GAUDEMET, *La Formation du droit séculier*, Paris, 1957, p. 35 ss, 119 ss; *idem*, *L'étranger au Bas-Empire*, dans *Recueils Jean BODIN*, t. IX, p. 209 ss.). Quoiqu'il en soit, le maintien des institutions nationales dans les provinces hellénisées est attesté par plusieurs textes (L. BOULARD, *La vente dans les actes coptes*, dans *Etudes Girard*, 1913, t. II, p. 2 ss.; TAUBENSCHLAG, *Geschichte die Reception des Römische Rechts in Aegypten*, dans *Studi Bonfante*, 1930, pp. 367-440; V. ARANGIO-RUIZ, *L'application du droit romain en Egypte après la Constitution Antoninienne*, dans *Bulletin de l'Institut d'Egypte*, t. 29, 1946-47, pp. 149-156; Cl. PREAUX, *Sur la réception des droits dans l'Egypte gréco-romaine*, =

les droits locaux (*Volksrechts*) ne se confondaient ni avec le droit romain général, ni avec le droit romain provincial; et les possibilités de conflits trouvèrent un nouvel essor avec la pénétration des éléments barbares dans le monde romain, qui gardèrent leurs coutumes et leurs tribunaux (110).

D'autre part, la discrimination religieuse devint un nouveau facteur de différence juridique dans l'Empire, à la suite de l'hégémonie de l'Eglise Chrétienne. La religion fut alors le critère de la "Romanité"; et le droit romain ne s'appliquait ni aux apostats, ni aux juifs (111).

De tout ce qui précède, nous pouvons donc conclure que le problème de conflits de lois n'était jamais étranger au monde romain, à aucun moment de sa longue évolution. Il y avait toujours une multiplicité des ordres juridiques applicables; cette multiplicité aboutit nécessairement à une confrontation, et la confrontation exigeait des règles pour la solution de conflits. Alors, quelles étaient les solutions préconisées pour résoudre les conflits en matière contractuelle?

35. — **Les Données du Problème dans le Monde Romain:** Les Romains ont-ils explicitement ou implicitement envisagé ce problème?

Il serait absurde d'attribuer aux Romains une construction achevée, fondée sur certains principes a priori. Une telle affirmation méconnaît l'esprit général et la méthode casuistique qui caractérisent leur science juridique.

D'autre part, il n'en serait moins vrai que le droit romain a conçu certaines solutions pour les divers cas de conflits nés à propos du commerce international (112).

= dans *Mélanges de Visscher*, t. V., 1950, p. 352 ss.; TAUBENSCHLAG, *The Roman authorities and local law in Egypt before and after the Constitution antoniana*, dans *Journal of Juristic Papyrology*, t. V. 1951, pp. 121-141; E. WEISS, *Zum römischen Recht in Aegypten nach den Ergebnissen der Constitution Antoniana*, dans *Z.S.*, 1953, pp. 390-399; Von BOLLA, *Zur Rechtskontinuität der Volksrechte in Aegypten*, dans *J.J.P.*, t. VII-VIII, 1953-1954, pp. 149-156).

(110) Cf. E. LEOTARD, *Essai sur les conditions des barbares dans l'Empire romain au IV^e Siècle.*, thèse, Lettres, Paris, 1873, pp. 97 ss.; J. GAUDEMONT, *L'étranger au Bas-Empire*, op. cit., pp. 222, 226.

(111) Grégoire de Tours exprima bien cette idée, en disant: "*Rommos enim natiuitas nostrae homines religions*" (Cité par PANAGUINE, *Nuovo Rivista Storica*, t. 26, 1942, p. 26). Voir sur ce problème: JUSTER, *Les Juifs dans l'Empire romain*, Paris, 1914; M. SIMON, *Verus Israel - Etudes sur les relations entre chrétiens et juifs dans l'empire romain*, Paris, 1948, p. 135 ss. Les prohibitions des échanges économiques avec les non-chrétiens étaient nombreuses en Bas-Empire, et on fixa les trois villes-frontières d'Aroxata, Nisibis et Callinicum, comme les seuls lieux où le commerce avec l'étranger devait s'effectuer. HONORIUS et Théodose établirent une interdiction formelle de toute transaction économique avec les étrangers ethniques ou religieux (Code Théodosien, 7, 16, 3; 16, 5, 40 S 4; et 16, 5, 54). C'était, pour Fritz SCHULZ, "le commencement du moyen-âge juridique" (*History of Roman legal Science*, Oxford, 1936, p. 265).

(112) La recherche de ces solutions avait retenu l'attention de deux juristes français de la fin du siècle dernier (J. BEYSSAC, *Des conflits de lois à Rome*, thèse, Bordeaux, 1888, =

Certes, dans la plupart des cas, le "*jus gentium*" permit aux romains de surmonter la difficulté sans avoir recours aux règles de conflits. Mais cela n'empêche pas que ces règles persistent subsidiairement, comme nous le verrons plus loin.

La notion de "*jus gentium*" se situe, sans aucun doute, parmi les créations romaines les plus discutées. Pour certains auteurs, le "*jus gentium*" n'est qu'un droit commun à tous les peuples, y compris Rome; droit qui provient de la nature et qui s'identifie plus ou moins avec le "*jus naturale*" (113). Les autres considèrent la notion de "*jus gentium*" comme une notion évolutive qui se développa parallèlement à la pensée juridique romaine. A l'origine, cette notion revêtit un caractère pragmatique. Elle désigna l'ensemble des règles applicables aux relations entre romains et pérégrins. Plus tard, sous l'influence de la philosophie grecque, ce terme prit un autre sens (114). Parmi ces deux tendances doctrinales, celle d'un *jus gentium* unique, d'origine purement théorique, méconnaît une grande partie de la réalité historique. L'autre tendance, plus complexe, d'une notion pragmatique antérieure à la première,

= et L. MOLHAUD, *De l'application de la loi pérégrine à Rome*, thèse, Paris, 1892). Mais, une condamnation de LAINE a entraîné une stagnation complète dans l'étude de ce problème. L'illustre historien du droit international privé, écrit en 1888; "Il est vrai de dire que le droit romain a exercé sur le développement de la théorie des statuts une influence considérable bien qu'indirecte(...). Mais, en ce qui concerne les règles mêmes dont elle se compose, cette théorie, née longtemps après la chute de l'empire romain d'un état de choses tout nouveau, ne se relie au droit romain, tel qu'il nous a été conservé par aucun précédent sérieux". (*Introduction du droit international privé*, t. 1, p. 56). LAINE chercha l'appui de sa thèse chez SAVIGNY; mais il semble que ce dernier portait d'une idée tout à fait contraire. SAVIGNY, qui consacra à l'étude des "limites de l'empire des règles du droit" la grande partie du Tome VIII de son traité de droit romain, exposa sa thèse en termes clairs: "Dès que le droit romain régit des Etats ou des peuples déterminés, et se trouve en contact avec d'autres droits positifs, son application pratique exige la solution de ces questions. Ce besoin existerait lors même que les jurisconsultes romains n'auraient jamais songé à ces questions et ne s'en seraient jamais occupés. Mais en fait les jurisconsultes romains ont traité ces questions, nous avons donc à rechercher et à constater leurs décisions. Quoiqu'elles soient en parties exclusives et incomplètes, et que l'on ne puisse pas toujours les appliquer directement, même dans les pays régis par le droit romain, il importe beaucoup de les bien connaître. En effet, les doctrines, des auteurs modernes et la jurisprudence qui s'y rattachent sont en grande partie fondées sur les décisions des Romains, souvent mal comprises; de sorte que l'intelligence et la critique de la théorie et de la pratique moderne n'est possible que par une étude approfondie des principes du droit romain en cette matière". (*Traité de Droit Romain*, Trad. de Ch. GUENOUX, t. VIII, 1851, pp. 9-10, italics ajoutés).

(113) La priorité du sens philosophique du terme "*jus gentium*" a été soutenu surtout par G. LOMBARDI, dans ses deux ouvrages (*Ricerchi in tema di "ius gentium"*, Rome, 1946; *Sul concetto di "ius gentium"*, 1947), et par SCHULZ (*Roman legal science*, Oxford, 1953, p. 73 ss.).

(114) Cette opinion a été vigoureusement défendue par F. de VISSCHER (compte rendu sur les deux ouvrages de LOMBARDI, dans *Studi et Documenti Historiae et Juris*, t. XIII-XIV, 1947-48, pp. 376-380); GROSSO (*Riflessioni sul concetto del jus gentium*, dans *Mélanges de VISSCHER*, t. 1, pp. 395-400); Ernst LEVY (*Natural Law in Roman Thought*, dans *Studia e Documenti*, t. XV, 1949, pp. 1-13); et H.F. JOLOWICZ (*Historical Introduction to the Study of Roman Law*, London, 1953, Appendix, p. 543 ss.).

semble, par contre, mieux correspondre à la réalité que nous allons analyser maintenant (115).

36. — La Notion "Historique" ou "Pragmatique" du Jus Gentium : Quand les anciens Romains entrèrent en relations d'affaires avec leurs voisins, ils se trouvèrent devant un problème assez compliqué. Le vieux droit des Quirites, comme tous les droits primitifs des sociétés paysannes, passait sous silence la question du commerce extérieur. En même temps, les étrangers n'auraient pas pu établir de relations commerciales, si le secours de la loi leur avait été inaccessible. Comment résoudre ce dilemme? Les données historiques ne permettent pas de répondre d'une façon certaine; et c'est pourquoi les divers systèmes proposés sont plus ou moins conjecturaux.

Selon la doctrine classique, l'hostilité naturelle n'était pas écartée, et les rapports d'échanges ne se nouaient entre citoyens et étrangers qu'en vertu "de traités stipulant pour les ressortissants de deux Etats la faculté de commercium" (116). Pour obtenir l'exécution d'actes juridiques privés, il fallut attendre, selon cette thèse, l'avènement des traités de *Reciperatio*. "Les actes juridiques internationaux quelconques ne sont possibles, écrit HUVELIN, que grâce à des conventions de commercium" (117). Ces traités constituent en outre la base même du "jus gentium". Selon cette doctrine, le processus de la formation de ce droit devait être le suivant: les traités internationaux, contenant entre autres clauses usuelles, les clauses de *commercium* et de *reciperatio* se multiplièrent. En faveur de ces traités, des sujets étrangers de plus en plus nombreux firent conclure avec les romains des actes juridiques non solennels et en poursuivre l'exécution devant des jurys de récupérateurs. Ces derniers, par leur jurisprudence, dégagèrent certaines règles de droit, qui devinrent le "jus gentium" (118). Par conséquent, ce "jus gentium" ne serait,

(115) L'apparition d'une "science du droit" chez les Romains était un phénomène assez tardif. Le "Droit", comme corps de normes abstraites, date seulement et au plus tôt de l'époque cicéronienne. Antérieurement, il n'y avait que des "institutions juridiques romaines comprenant une mosaïque de règles confirmées par les sentences particulières des tribunaux, sans aucun essai de systématisation ou d'abstraction (Cf. SCHULZ, *Roman legal Science*, p. 23 s.; KASER, *Das Romische Privatrecht*, t. 1, p. 20 s.; VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1957, p. 161 ss.) Dans un tel climat intellectuel, la notion théorique ou philosophique du "jus gentium" est inconcevable.

(116) Ce postulat est mis en avant par de très nombreux auteurs, parmi lesquels on peut citer: VOIGT, *Das Jus naturale aequum et bonum und jus gentium*, t. II, p. 44; IHERING, *Die Gastfreundschaft in Altertum*, *Deutsche Rundschau*, 1887, p. 362 ss.; MOMMSEN, *Römische Forschungen*, t. 1, 1864, p. 372 ss.; BONFANTE, *Histoire du droit romain*, Trad. J. CARRERE & P. FOURNIER, Paris, 1928, t. 1; p. 242; HUVELIN, *Histoire du droit commercial romain*, 1929, p. 13 ss.; L. GALLET, *Essai sur le senatus-consulte de Asclepeade sociisque*, dans *Revue historique du Droit*, 1937, p. 268 ss.

(117) HUVELIN, *Histoire du droit commercial romain*, p. 17.

(118) HUVELIN écrit à ce propos: "Il faut que les actes juridiques passés entre étrangers aient été admis par la jurisprudence des récupérateurs pour que le jus gentium ait pu se former" (*ibid.*, p. 17).

selon la doctrine classique, qu'une sorte du droit international d'origine inter-étatique.

Cet aboutissement logique, aussi bien que le fondement sur lequel il repose, sont vivement critiqués ces dernières années.

Dans son étude magistrale sur le "*commercium*" à l'époque ancienne, M. SAUTEL démontra que la doctrine classique repose sur une erreur. A l'origine, l'Etat n'intervenait pas dans les rapports du commerce étranger, qui était une affaire de groupes inférieurs. L'Etat avait à cet égard une attitude purement négative, une attitude générale de tolérance et de désintéressement. Les relations du commerce international privé étaient abandonnées ainsi au libre comportement des groupes familiaux ou gentiles. En éprouvant le besoin de réaliser des échanges commerciaux avec d'autres collectivités, ces groupes se sont ouverts vers l'extérieur, longtemps avant l'intervention des traités internationaux (119).

Mais alors, si on rejette le droit de marché établi par les accords internationaux comme source de *jus gentium*, quelle serait donc son origine? Vraisemblablement, le "*jus gentium*" nous vient de la "*fides*" qui est "l'expression de l'équité dans les stipulations verbales" (120). Personnification de la bonne foi qui doit présider aux conventions publiques et transactions privées, la *fides* joua, au-dessus des droits nationaux, le rôle de mesure commune entre les ressortissants de peuples différents (121). Mais, comment cette notion extra-juridique a-t-elle donné naissance au "*jus gentium*"? Dans une des phases premières, toute activité commerciale entre Romains et étrangers était "en dehors du droit"; et dans une des phases dernières, l'Etat prenait en considération, pour les sanctionner, les opérations commerciales accomplies par les étrangers aussi bien que par les Romains. Toutefois, cette transformation ne peut pas être achevée d'un seul coup. La substitution des usages extra-juridiques par un droit étatique sanctionné par la puissance publique se réalisa graduellement sur plusieurs étapes. La notion du "coutume commerciale" ne peut pas rester "en dehors de la sphère du droit", jusqu'au jour où elle sera sanctionnée légalement. La "*fides*" romaine, aussi bien que la "*πίστις*" grecque, constituaient la base d'un "droit commercial coutumier" qui exista longtemps avant la création des actions commerciales à Athènes, et l'intervention du prêteur dans les relations du commerce inter-

(119) Cf. G. SAUTEL, *Essai sur la notion romaine de "commercium" à l'époque ancienne*, dans *VARIA*, 1952, p. 16 ss.

(120) DAREMBERG SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t. II, p. 1115.

(121) Cf. A. MAGDELAIN, *Les Actions civiles*, Paris, 1954, p. 47 s.; COLLINET, *Textes sur la bonne foi dans les contrats*, Cours de Doctorat, Paris, 1936-37, pp. 11, 14, 17 ss.

national à Rome (122). Une protection étatique pour les actes conclus avec des étrangers était absolument inconcevable pendant la période antérieure aux XII Tables. Elle suppose, en effet, un développement de civilisation commerciale, une prise de conscience, par l'Etat ou ses organes, de l'intérêt d'une telle protection. Ces conditions ne se trouvent guère vérifiées à Rome avant la guerre punique, comme l'atteste M. SAUTEL (123).

Le commerce devait donc, dans une phase intermédiaire, se contenter de la protection des groupes qui prenaient alors conscience de son intérêt, c'est-à-dire, des "gentes" (124). Il paraît, en effet, que le terme "jus gentium" aurait signifié, à une époque reculée, "le droit des gentes"; et qu'il était connu longtemps avant l'époque cicéronienne (125).

Les relations du commerce international demeurèrent hors de l'emprise de l'Etat-Cité pour quelque temps encore; et il fallut attendre une époque

(122) Selon M. ALLIOT, "le droit du commerce international était en Grèce un droit propre fondé sur la confiance (ΠΙΣΤΙΣ) que se témoignaient entre eux les hommes d'affaires (*Thèse, op. cit.*, pp. 64, 65). D'après M.J. IMBERT, "ces derniers forment une société à part dont ne s'occupent ni la loi, ni les tribunaux, société dont les membres sont liés les uns aux autres par la foi mutuelle en la parole donnée. A tel point que si un commerçant, au lieu de suivre les usages traditionnels, s'adresse aux juridictions civiles pour faire sanctionner des opérations commerciales, ses adversaires le lui reprocheront amèrement" (*Histoire des institutions*, pp. 120-121). Cette situation ne paraît pas étrangère au monde romain (M.I. ROSTOVESOFF, *The Social and economic history of the Roman Empire*, t. I, 1957, p. 353 ss.); et elle se reproduit plusieurs fois dans l'histoire du moyen-âge, sous la forme de GUILDES (Cf. C. CROSS, *The Gild MERCHANT*. London, 1890; H. VANDER LINDEN, *Les Gildes marchandes dans les Pays-Bas au moyen-âge*, Gand, 1896; E. LEVASSEUR, *Histoire des classes ouvrières en France*, Paris, 1900; et G.F. RENARD, *The Gildes in the Middle Ages*, London, 1919). La thèse de M. Philippe KAHN déjà citée repose essentiellement sur cette idée fondamentale: l'existence d'une société internationale, extra-étatique, entre vendeurs et acheteurs, qui opèrent sur le plan international (*La Vente Commerciale Internationale*, Paris, 1961).

(123) SAUTEL, *La notion de "commercium"*, *op. cit.*, p. 82.

(124) C'est précisément dans cette direction que M. Jacques MICHEL a recherché les premières traces du *jus gentium*. L'auteur précise qu'au point de vue linguistique, le mot "ius" se construit dans la langue en droit romain avec un génitif objectif qui exprime la substance du droit envisagé. Deux termes seulement offrent la particularité de comporter un génitif subjectif qui désigne le titulaire du droit. Ces deux exceptions sont: "*jus Quiritium*" et "*ius Gentium*". "Nous croyons, poursuit-il, que les termes '*jus Quiritium*' et '*ius Gentium*' construits sur un même schéma grammatical qui les isole dans la langue technique du droit romain, ont dû à une certaine époque, s'opposer l'un à l'autre; et s'appliquer, le premier aux usages valables pour tous les citoyens en tant que tels, le second, aux droits exercés en corps par le gentes. Ainsi, à une époque reculée, *ius gentium* aurait signifié "le droit des gentes" (Jacques MICHEL, *Sur les origines du jus gentium*, dans *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, t. III, 1956, pp. 317 et 318).

(125) Cette ancienneté du terme "*ius gentium*" trouve un appui formel dans l'interprétation que M. J. MICHEL attribue au texte 49, 143 du plaidoyer *Pro Rescio Amerino* de Cicéron. Ce texte de l'an 80 avant J.-C. est vraisemblablement, le premier texte dans lequel on trouve le mot "*ius gentium*". L'importance de ce texte réside dans le fait que l'orateur n'a pas cru nécessaire d'expliquer aux jurés ce qu'est le *ius gentium*. "Ce texte, conclue-t-il, qui, le premier en date, mentionne le *ius gentium*, nous autoriserait à penser que, dès le début du premier siècle avant J.-C. l'expression, sinon la notion, était familière aux Romains formés par l'expérience de la vie publique" (*op. cit.*, p. 324).

sensiblement postérieure aux XII Tables, pour voir naître une certaine protection étatique des actes accomplis par des étrangers à Rome. Cette protection était assurée, au début par les soins du magistrat grâce à ses pouvoirs d'imperium et de police, moyennant le système des interdits (126). Mais, ces mesures de police, prises à propos de cas isolés, ne suffisaient point. Il était impossible de combler les lacunes légales par des ordres spéciaux; et un changement radical dans la structure juridique romaine fut alors inévitable pour faire face aux nouveaux besoins de la cité florissante (127). Cette tâche fut confiée, au commencement, au prêteur de la cité; mais on ne tarda pas à voir sur la scène de la vie juridique romaine, l'entrée d'un deuxième prêteur en 242 avant J.-C. Celui-ci était l'organe spécialement créé pour régler les problèmes juridiques qui naissaient à propos de relations mixtes (128).

Alors, comment le prêteur pérégrin arriva-t-il à résoudre ce problème? Nous avons vu auparavant, que le vieux droit des Quirites ne connaissait qu'un nombre relativement restreint d'institutions adaptées aux besoins d'une communauté terrienne et peu commerçante. En revanche, les gens qui vinrent à Rome pour faire du commerce appartenaient à des civilisations plus évoluées, pratiquant des techniques juridiques plus avancées (129).

Le maintien d'une telle situation était inconvenable; et le prêteur pérégrin devait réagir rapidement et habilement pour l'éviter (130). La réaction

(126) Certains témoignages de cette période parlent de l'intervention régulière et permanente du magistrat romain pour rendre justice à des non-citoyens, en utilisant le système des interdits. Voir surtout le texte de Denys d'HALICARMASSE rapporté par VOIGT, *Das Jus naturale, op. cit.*, t. II, p. 178.

(127) Il suffit de consulter le tableau dressé par de BOECK dans sa thèse pour se convaincre de l'importance considérable du trafic commercial à Rome de cette époque, importance qui impliquait une transformation radicale et urgente des anciens cadres juridiques. (Thèse, *op. cit.*, pp. 171 ss.).

(128) Les inscriptions de l'époque républicaine employaient, pour désigner ce deuxième prêteur, l'expression "*qui ius dicet inter peregrinos*"; puis sous Auguste son titre officiel devint "*qui ius dicet inter cives et peregrinos*". Ce changement de titre suscite une vieille controverse doctrinale sur l'étendue de sa compétence juridictionnelle sous la République. Certains auteurs ont prétendu que le deuxième prêteur n'aurait été établi que pour diriger les procès contre pérégrins à Rome, et là, se serait borné sa compétence juridictionnelle jusqu'au Principat (Voir surtout David DAUBE, dans *Journal of Roman Studies*, 1951, p. 68 ss.). M. ARRIAT a démontré à juste titre, que la compétence du prêteur pérégrin, à l'égard des pérégrins dans leurs relations avec les romains, était reconnue, dès le commencement (*Le prêteur pérégrin*, thèse, Paris, 1955, p. 21 ss.). Cette compétence pendant la période républicaine, a été attestée dès la fin du siècle dernier par la découverte de deux inscriptions latines recueillies par ORELLI et une inscription grecque rapportée par GRUTER (Voir dans le même sens, RODIERE, *Du prêteur pérégrin*, dans *Recueil de l'Académie de la Législation de Toulouse*, t. XVII, 1868, p. 327; HUMPERT, *De la condition des pérégrins*, dans le même recueil, t. XIX, 1870, p. 17; et BOECK, Thèse, *op. cit.*, p. 76).

(129) C'est un fait universellement connu que "lorsque deux sociétés sont placées à un étage différent de développement commercial, et entrent en rapports d'échange, la plus avancée joue dans ces rapports le rôle directeur" (HUVELIN, *Histoire du droit commercial romain*, p. 6).

(130) M. ARRIAT écrit à ce propos, que "si la procédure et le droit commercial romain ne s'étaient rapidement mis à l'école des grecs plus évolués à ce point de vue, ceux-ci, même =

prétorienne à cet égard est, en effet, une expérience singulière dans l'histoire juridique de l'humanité toute entière. En peu de temps, le prêteur pérégrin arriva à construire un droit propre aux relations du commerce international, applicable aussi bien aux étrangers qu'aux citoyens (131). L'ensemble de ces règles sanctionnées par le prêteur, dans le but d'organiser les relations entre gens de cités différentes, constitue ce que nous pouvons appeler avec JALOWICZ, la notion "pratique" ou "historique" du jus gentium (132).

37. — La Notion "Philosophique" ou "Théorique" du Jus Gentium: Pendant les deux derniers siècles de la République, cette notion pragmatique du "*jus gentium*" subit une transformation radicale, sous l'influence de la philosophie hellénistique. le "mirable grec" gagna le droit romain; et les jurisconsultes de l'époque classique tentèrent alors la construction d'une science juridique fondée sur les méthodes aristotéliennes pour la découverte "scientifiquement par l'observation de la nature des institutions juridiques" (133). Ceci incita les jurisconsultes à élaborer la notion de la "*naturalis ratio*", en considérant le "*jus gentium*" tout entier comme une manifestation de cette idée (134).

= de passage à Rome, eussent été aussi tentés d'y faire juger les procès qui les divisaient, que de notre temps on le serait de faire faire trancher une contestation semblable par le sorcier d'une tribu africaine" (Thèse, *op. cit.*, p. 40).

(131) Pour accomplir cette tâche, le prêteur se borna soit à copier des institutions étrangères, soit à créer des procédés nouveaux pour adapter l'ancien droit des Quirites. Dans tous les cas, il tenait compte de l'équité, des usages commerciaux, des besoins de la vie sociale et des réclamations de l'opinion publique" (Sur l'ensemble du problème des éléments avec lesquels le jus gentium fut constitué - Voir de BOEK, *op. cit.*, pp. 85 ss., 177 ss.).

(132) Cf. JALOWICZ, *Historical introduction to the Study of Roman law*, 2ème éd., Cambridge, 1952, p. 102 s. Cette notion n'est pas d'ailleurs étrangère à la conception moderne. Ainsi, par exemple, le doyen LEREBOURS-PIGEONNIERE, dans son commentaire sur l'arrêt de la Cour de Cassation du 2 Juin 1960, concernant la validité de la clause-or dans les relations internationales, l'interprète comme "admettant l'existence de deux ordres juridiques différents dans la législation monétaire française, l'un applicable en cas de "circulation monétaire intérieure", l'autre, applicable en cas de circulation au-dessus des frontières, d'importation et d'exportation, mais cette sorte de "*jus gentium*" n'a d'autorité que pour nos juridictions". Il poursuit: "Or, en matière de monnaie de compte, la réaction était soulevée contre la loi monétaire interne française dans un domaine où le commerce privé a besoin de deux ordres juridiques distincts, l'un pour les "règlements monétaires intérieurs", l'autre - *jus gentium* - pour les "contrats internationaux". (*A propos du contrat international*, dans CLUNET, 1951, p. 7, italics ajoutés). Ainsi, l'éminent professeur a invoqué, non seulement la notion historique du "*jus gentium*", mais encore le terme lui-même, pour interpréter l'un des aspects les plus modernes des conflits de lois.

(133) Michel VILLEY, *Logique d'ARISTOTE et Droit Romain*, dans *Leçons d'Histoire de la philosophie du droit*, 1ère éd. 1957, p. 127. Il ne faut pas oublier que le grand maître ARISTOTE enseigne que toute science doit être universelle, et que le juste ne repose pas sur l'opinion, ni sur la convention, ni sur la loi, mais bien sur la nature. En outre, il introduisit la notion d'un droit écrit et un droit non-écrit, la conception d'une loi universelle, conforme à la nature et l'idée que le droit positif, tel que l'applique les tribunaux, n'est pas écrit en entier, mais qu'il nous vient aussi d'autres sources (VILLEY, *op. cit.*, p. 162 ss.; et les références y citées).

(134) Les jurisconsultes classiques auraient désigné sous ce terme un simple état de fait, les nécessités de la nature (J. GAUDEMET, *La notion classique de "naturalis obligatio"*, dans =

Cependant, cette conception, que nous pouvons dire "sociologique", disparut aussitôt sous la pression des faits et des idées "universalistes".

Dans les limites de la cité de Rome, la distinction entre "*jus civile*", droit des citoyens dans leurs relations réciproques, et "*jus gentium*", droit des relations entre citoyens et étrangers, commença à s'atténuer (135). Un autre pas fut à nouveau franchi, quand les règles du "*jus gentium*" furent consacrées et appliquées autant que possible par l'Edit provincial, favorisant un nouveau rapprochement entre citoyens et pérégrins.

En somme, la transformation de l'Empire aboutit à une extension du "*jus gentium*" qui commença à revêtir un caractère quasi-universel. Cette vocation universaliste du "*jus gentium*" trouva alors dans la philosophie stoïcienne sa base idéologique (136). Ainsi, nous trouvons pour la première fois, chez CICERON, la notion du "*ius naturale*" comme "*ius commune gentium*" et l'opposition entre "*ius civile*", droit de la "*civitas*", et "*jus gentium*", droit de la "*societas omnium inter omnes*". Ces notions trouvèrent leur place, plus tard, dans les Institutions de GAIUS, qui fit de l'antipode: *jus civile* — *jus gentium*, la *summa divisio* de son ouvrage. Enfin, les fragments attribués à Ulpien, et placés à la tête des compilations de Justinien, envisagèrent une nouvelle distinction tripartite (137).

Ensuite, avec la propagation du Christianisme, la codification justinienne et la vocation universelle du Droit Romain, l'ancienne anti-thèse: *jus civile* — *ju gentium*, s'estompa complètement, pour former une seule entité. Cette

= *Labeo*, t. II, 1956, p. 112). En outre, le terme "*naturalis*" se joignait pour faire ressortir quelques effets à certaines catégories d'actes ou faits auxquels le "*ius civile*" refusait toute valeur (J. GAUDEMET, *Quelques remarques sur le droit naturel à Rome*, dans *Archives d'Histoire du Droit Oriental R. I. D. A.*, t. 1, 1952, pp. 457 s.). Cette conception était une conséquence des idées aristotéliennes. On envisagea alors le droit naturel comme un "droit résultant de la nature des choses"; et la "*naturalis ratio*" en tant qu'ordre inhérent aux conditions de la vie juridique.

(135) La plupart des innovations importantes du *jus gentium* étaient adoptées par les citoyens. Les institutions créées, à l'occasion des procès mixtes, passèrent ensuite dans l'album du prêteur urbain. En vertu de la "*lex Julia Indiciaiorum privatorum*", on arriva même à donner, aux citoyens, la possibilité de s'adresser au prêteur pérégrin pour les litiges nés de leurs relations. Et lorsque le *jus gentium* envahit le domaine réservé jusqu'à là au *ius civile*, les deux prêteurs furent réunis. (ARRIAT, thèse, *op. cit.*, p. 115; et de BOECK, *op. cit.*, p. 186 ss.).

(136) L'introduction de cette philosophie à Rome remonte à l'époque d'AUGUSTE. La nécessité d'une réforme juridique et la recherche d'un cadre politique pour l'Empire naissant, suscitèrent une admiration profonde pour l'idée stoïcienne de l'Etat universel et de droit commun à tous les peuples. (Cf. M. HAMMOND, *City-State and World-State in Greek and Roman Political theory until Augustus*, Cambridge/Mass., 1951, p. 144 ss.).

(137) Au "*jus gentium*" et "*jus civile*" s'est ajouté un droit naturel parfait, "*quod natura omnia animalia docuit*", c'est-à-dire un droit destinée par la nature à tous les animaux. (Voir sur l'ensemble de ce problème: SENN, *De la justice et du droit*, Paris, 1927; M. VILLEY, *Deux conceptions du droit naturel dans l'antiquité et Sur l'antique inclusion du droit dans la morale*, dans *Leçons, op. cit.* pp., 121-146, 107-160). Au Bas-Empire, ces distinctions ne furent que des hypothèses d'école, présentant peu d'intérêt pratique.

entité acquit sous l'influence de l'Église, la qualité de "*ius universalum*" en tant que droit commun à tous les fidèles, à l'exclusion des infidèles. Mais cette notion de "*ius universalum*" relève de la philosophie religieuse, et non pas du droit.

Le seul rapport positif de cette notion "philosophique" du *jus gentium* est la découverte de la directive "droit naturel — droit des gens" et son utilisation sur le plan du conflit de lois (138). Une telle conception repousse l'idée d'un droit commun à l'humanité toute entière et qui règle les petits détails de la vie juridique, en évitant toute possibilité de conflits. L'uniformité complète est une utopie qui n'a jamais existé. Il y a seulement un "fond commun" des institutions juridiques de nature internationale, c'est-à-dire qui existent partout et depuis toujours et qu'il faut découvrir par l'analyse comparative, pour l'utiliser comme directive dans la solution des conflits.

À la tête de ces phénomènes juridiques universels, se trouve, sans doute, le "contrat international"; et il faut voir maintenant si le Droit Romain nous fournit certaines "directives" pour résoudre les conflits qui se posent à son propos.

38. — **Le Principe du Libre Choix de la Loi Applicable:** Dans le cadre de la cité de Rome, puis dans celui de l'Empire, plusieurs textes témoignent de la possibilité de conflits en matière contractuelle (139).

Les textes que nous possédons se classifient en trois catégories: traités internationaux ou textes législatifs, certains passages de juriconsultes classiques, et enfin des récits historiques.

Dans la première catégorie, nous trouvons le traité de SPURIUS CASSIUS, conclu entre Rome et le *nomen latinum*, qui attribue compétence à la juridiction du lieu de contrat, et subordonne au droit local, aussi bien la

(138) Voir les pages pénétrantes consacrées à ce problème dans l'article de M. Ph. FRANCESKAKIS, *Droit naturel et Droit International Privé*, dans *Mélanges MAURY*, pp. 126-132.

(139) Cf. de BOECK, *Du prêteur pérégrin*, pp. 127 s., 155 ss.; BEYSSAC, Thèse, *op. cit.*, pp. 22 ss., 101; MILHAUD, *L'application de la loi pérégrine*, p. 34; LEWALD, *Les conflits de lois*, p. 33; NIEDERER, *Ceterum quaero*, version française dans la *Revue critique*, t. 49, 1960, pp. 138 ss. et ses références y citées. Après avoir affirmé que "les conflits de lois n'étaient sans doute pas rares dans l'empire romain" (p. 138), et "qu'il est vraisemblable que le problème de conflits de lois n'était pas épargné aux magistrats de l'Empire" (p. 145), M. NIEDERER arrive quand même à un résultat décevant à la fin de son étude, quand il déclare: "il n'y avait pas véritablement du droit des conflits dans l'ancienne Rome" (p. 150). Ainsi, il admet l'existence des conflits, tout en niant l'existence des règles de conflits. Il considère, suivant SCHONBAUER, qu'il n'y avait pas de droit international privé du type moderne dans l'Empire romain à cause de la prédominance du principe de la personnalité interne (NIEDERER, pp. 148 ss., 150 (note 1), et SCHONBAUER, *Studien zum Personalitätsprinzip in antiken Recht*, dans *Savigny-Zeitung*, t. 49, p. 369 ss.). Cette analyse ne retient qu'une partie de la réalité; et elle méconnaît toute une série de règles d'application territoriale dans l'Empire romain, comme nous allons voir dans les pages suivantes.

forme que le fond du contrat (140). Que ce traité nous ait été transmis dans ses termes exacts ou non, il devait certainement refléter l'esprit général du système suivi par les Romains pour la solution de conflits qu'entraînèrent les relations du commerce extérieur. Cette idée est confirmée par le décret du proconsul d'Asie, rendu l'an 66 de notre ère, à l'occasion d'un litige entre les habitants de Chios et ceux d'une autre cité (141). La liberté des contractants de choisir la loi applicable à leur contrat est enfin expressément reconnue par le Senatus Consulte de 561, qui permet aux débiteurs citoyens romains poursuivis par leurs créanciers *socii* ou *latini* de choisir le droit d'après lequel ils désirent être jugés, soit le *jus civile romanum*, soit le *jus civile* du créancier (142).

En ce qui concerne les jurisconsultes classiques, on se rend compte, en parcourant plusieurs textes, qu'ils parlaient de la même idée: le libre choix de la loi applicable (143). SAVIGNY fut le premier à souligner que chez les Romains, la volonté libre des personnes intéressées jouait un grand rôle dans la détermination de la loi applicable. En étudiant les sources romaines contenues dans la Digeste, il arriva à conclure que le point de départ du système romain est "la soumission volontaire à l'empire d'un droit déterminé" (144).

(140) La distinction entre la forme et la substance des contrats n'était pas connue chez les Romains. Cette fusion de deux éléments conduisit, sur le plan du droit international privé, à soumettre la forme et le fond des contrats à une loi unique. (Cf. DUGUIT, *Des conflits de législation relatifs à la forme des actes civils*, thèse, Bordeaux, 1882, p. 11 ss.; BEYSSAC, *op. cit.*, pp. 31, 35, 107).

(141) Cf. *Corpus Inscriptionum Graecarum*, No. 2222, traduction de VOIGT, *Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Romer*, t. II, Leipzig, 1856, sup. XIII, § XIV, p. 247.

(142) C'était pendant les dernières Feralia, vraisemblablement le dernier jour de cette fête des morts (*Parentalia*), le 21 Février que le débiteur choisissait la loi applicable à son créancier. (Cf. BREJON de LAVERGNEE, *Fraus legis* (2ème article), dans *Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes*, 1954, p. 23; BEYSSAC, *op. cit.*, p. 43 (note 1)).

(143) Les auteurs des compilations justiniennes, soucieux de réaliser un droit universel, avaient essayé d'éviter tout ce qui révèle la coexistence de différents droits au sein de l'Empire, ou la possibilité de conflits avec des droits étrangers. Mais certains textes les trahirent, comme le texte D. 21, 2, 6 en matière d'éviction, le texte de PAPIHIEN concernant la fixation des intérêts moratoires (D. 22, 1, 1) et ceux d'ULPIEN relatifs aux taux de l'intérêt (D. 17, 1, 1, 32 et 26, 7, 35).

(144) Cf. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, pp. 110 ss., 243 ss. Le grand savant a remarqué en même temps que cette soumission volontaire ne s'arrête pas dans le domaine de la loi applicable. "La soumission volontaire étend aussi son efficacité, écrit SAVIGNY, à la juridiction compétente, pour connaître des divers rapports de droits" (*ibid.*, p. 110). Cette extension du principe de libre choix causa une certaine confusion chez les commentateurs, confusion qui alla jusqu'à la négation de l'idée de conflits de lois à Rome. En réalité, la démonstration du "lien intime qui existait en droit romain, entre la juridiction et le droit local", ne signifie pas que la maîtrise allemande avait confondu les deux notions. Il les distingue nettement. Il démontra que la coïncidence entre la juridiction et le droit local applicable repose sur une "soumission présumée qui peut être écartée par une déclaration contraire expresse" (*ibid.*, pp. 201 et 246). C'est un fait bien établi actuellement, "qu'il n'y avait pas de for exclusif dans l'Empire romain", et que tout tribunal pouvait appliquer d'autres droit que le sien. (Voir NIEDERER, *op. cit.*, p. 144 ss. et les références y citées).

BEYSSAC arriva à la même conclusion⁽¹⁴⁵⁾; et LEWALD, compte tenu des données les plus récentes du problème, se prononça également dans le même sens⁽¹⁴⁶⁾.

Le principe du libre choix de la loi applicable, paraît en effet comme une application de la notion de "*leges privatae*". Parmi les significations nombreuses du terme "*lex contractus*", M. GEORGESCO a précisé qu'il désigna "le droit objectif qui régit, dans un cas contrat, les rapports entre les contractants"⁽¹⁴⁷⁾. IHERING s'était déjà prononcé dans ce sens, en démontrant que "chaque acte juridique particulier qui était conclu devait, outre son contenu matériel, renfermer l'ensemble des règles d'après lesquelles il voulait être jugé"⁽¹⁴⁸⁾. Cette conception de "*lex contractus*" trouve sa source primordiale, dans un texte d'ULPPIEN, où il déclare que les contrats reçoivent leur loi (*legem*) par consentement "*ex conventione*" (D. 16, 3, 1, 6).

Les récits historiques confirment l'existence de ce pouvoir reconnu aux contractants de choisir une loi étrangère, depuis une époque lointaine. L'exemple typique c'est celui que nous trouvons chez TITE-LIVE et TACITE, dans les développements qu'ils consacrèrent à l'usure⁽¹⁴⁹⁾. Les deux historiens racontent qu'il existait depuis longtemps des lois romaines qui limitaient les taux de l'intérêt; et pour éviter l'application de ces lois, les prêteurs trouvèrent un moyen ingénieux: mettre les créances au nom de "*latini*" ou "*socii*", afin de faire échapper les contrats aux lois romaines. Dans nos termes modernes, cette opération signifie l'utilisation d'un élément de rattachement fictif pour donner au contrat un caractère étranger qui permet aux contractants de le soumettre à un autre droit qu'on peut choisir normalement dans les relations mixtes.

Toutefois, le principe du libre choix de la loi applicable ne revêt pas un caractère absolu à Rome. Avec leur sens aigu de la réalité juridique, les jurisconsultes romains cherchaient toujours à maintenir l'équilibre entre les intérêts légitimes des individus et les exigences du commerce, d'une part, et les intérêts du groupe social et le respect de l'ordre public, d'autre part. Ainsi, le pouvoir reconnu aux individus de choisir une loi étrangère trouva,

(145) BEYSSAC, Thèse, *op. cit.*, pp. 99, 104-105.

(146) Cf. LEWALD, *Les conflits des lois dans le monde grec et romain*, *op. cit.*, p. 50.

(147) GEORGESCO (Valentin-Al), *Leges privatae*, Paris, 1932, p. 77; *idem*, *Essai sur l'expression "le contractus"*, *Etude de Philologie Juridique*, Extrait de *Revista classica* (Bucarest), t. 8, 1937.

(148) IHERING, *L'Esprit de Droit romain*, Traduction de O. de MEULENA, Gand, 1877, t. I, pp. 297 ss.

(149) TITE-LIVE, XXXV, 7; TACITE, *Annales*, VI, 16; *ibid*, VII, 42, 1; *ibid*, XXXV, 7, 2.

chez les Romains, certaines limites qui se manifestèrent à propos de contrats usuraires que nous venons de voir. La *lex Sennepromia* de l'an 193 avant J.-C. étendit, aux *socii nominis latini* créanciers de citoyens romains, les lois édictées contre les usuriers. Ainsi, la loi romaine fut imposée aux non-Romains dans leurs rapports avec les citoyens; mais elle fit une exception rendue, nécessaire pour des raisons d'ordre public. La même transformation se reproduisit en d'autres domaines, et on assista, dès lors, à la naissance d'une notion romaine de l'ordre public et de la "*fraus legis*" (150).

39. — La Règle de Conflit en l'absence d'une volonté expresse: Cependant, le principe du libre choix de la loi applicable, limitée par le jeu de l'ordre public et de la fraude à la loi, n'est pas toujours facile à appliquer en l'absence d'une volonté expresse; et il est insignifiant en l'absence d'une volonté déclarée.

La confusion entre ces deux derniers cas remonte aussi loin que les solutions romaines, que SAVIGNY a résumé dans les propositions suivantes:

(1° La loi applicable est en principe celle du lieu où doit s'accomplir l'obligation d'après la volonté des parties, soit que cette volonté résulte d'une déclaration expresse ou de la nature des actes qui accompagnent l'obligation et ne permettent pas qu'elle s'accomplisse ailleurs. C'est la solution d'ULPIEN *ad edictum* (D. 5, 1, 19 § 4), celle de JULIEN *de obligationibus et actionibus* (D. 44, 7, 21), et celle de GAIUS *ad edictum provinciale* (D. 13, 4, 1) (151).

(2° En l'absence d'un lieu fixé pour l'exécution, la soumission peut résulter de ce que l'obligation prend naissance dans un lieu où le débiteur a établi le siège de ses affaires. Il invoque à ce propos, ULPIEN *ad edictum* (D. 5, 1, 19 § 1) (152).

(3° La soumission est effectuée au lieu où l'obligation prend naissance, quand ce lieu coïncide avec le domicile du débiteur. C'est la solution de PAPINIEN dans sa troisième *responsarum* (D. 5, 1, 45) (153).

(150) Cf. MILHAUD, *L'Application de loi pérégrine*, p. 70 ss.; CHENON, *La condition de pérégrins*, dans *Bulletin des travaux historiques et scientifiques*, 1890, pp. 243 ss.; MOUTIER, *La condition du pérégrin*, thèse, Paris, 1891 p. 33 ss.; BREJON de LAVERGNEE *Fraus legis* (2ème article), dans *Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes*, 1954, p. 8 ss. Toutefois, il ne faut pas exagérer la portée des lois d'ordre public en droit privé romain. On cite par exemple la loi *FURIA* et les lois somptuaires, comme une application de la notion de l'ordre public. Cependant, il paraît que ces dernières lois ne posaient aucun problème de conflits; mais elles s'étendirent aux pérégrins en tant que lois de polices, du caractère essentiellement territorial.

(151) SAVIGNY, *op. cit.*, pp. 209 ss., 223 ss.

(152) SAVIGNY, *op. cit.*, p. 214 ss.

(153) *ibid.*, p. 217 ss.

(4° Indépendamment du domicile du débiteur, le lieu où l'obligation prend naissance détermine la juridiction et la loi applicable dans les cas où les parties ont dû compter que sur l'accomplissement de l'obligation. Il invoque ici encore *ULPIEN ad edictum* (D. 5, 19 § 2) (154).

(5° En l'absence de toutes les conditions qui précèdent, c'est le domicile du débiteur qui fixe, non seulement le *forum* compétent, mais encore la loi applicable. Il s'appuie à ce propos sur le cas cité par *ULPIEN* du voyageur qui fait un contrat dans une ville où il réside passagèrement (D. 5, 1, 19 § 2) (155).

Ce tableau est pourtant incomplet. *SAVIGNY* n'a pas insisté sur les textes romains montrant le lieu de conclusion du contrat comme le point de départ du système romain de conflits en l'absence d'un choix exprès ou tacite (D. 21, 2, 6; 42, 5, 5; et 44, 7, 21) (156).

Ces textes démontrent clairement que si le lieu d'exécution détermine la loi ou le forum compétent, ce n'est pas comme lieu d'exécution, mais parce qu'il est considéré fictivement comme lieu de la conclusion du contrat. Dans les deux derniers textes nous rencontrons le mot "*intelligitur*", qui signifie que le lieu de l'exécution du contrat est fictivement considéré comme étant celui de sa conclusion. Précisément, si le pouvoir de déterminer le *forum* du contrat et la loi applicable était inhérent à l'endroit de l'exécution, il n'y aurait aucune raison pour traiter cet endroit "comme si c'était celui de la conclusion" (157).

Ainsi, la "*lex loci contractus*" peut être considérée comme la principale règle de rattachement en matière des contrats. Seulement, le lieu du contrat peut être, soit le véritable lieu du contrat, soit un lieu simulé. Dans ce dernier cas, le lieu d'exécution est considéré par la volonté expresse ou tacite des contractants, comme le lieu fictif de la conclusion. Alors, on se trouve en présence du principe du libre choix de la loi applicable; et l'application de la *lex loci executionis* ne constitue ainsi aucune dérogation à la règle générale.

Cette interprétation présente un double avantage. Elle permet d'harmoniser les différentes solutions préconisées dans les divers cas d'espèces par

(154) *SAVIGNY, op. cit.*, p. 219 ss.

(155) *ibid.*, p. 221 ss.

(156) *GAIUS*, D. 21, 2, 6: "*Si fundus venierit ex consuetudine eius regionis, in qua negotium gestum est pro evictionis caveri oportet*".

GAIUS, D. 42, 5, 5. "*Contractum autem non utique in eo loco intelligitur quo negotium est, sed quo solvenda est pecuni*".

JULIEN, D. 44, 7, 21: "*Contraxisse unersquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit*".

(157) Voir dans ce sens: *BEYSSAC, Les conflits de lois*, Rome, p. 65 ss.

les jurisconsultes romains; et elle correspond mieux avec les civilisations et l'état de droit à cette époque (158). Elle évite, par ailleurs, toute contradiction entre les deux thèses de SAVIGNY (*lex loci executionis*) et BEYSSAC (*lex loci contractus*), en démontrant que la première ne joue qu'en présence d'une volonté exprimée, alors que la seconde concerne le cas d'absence totale de volonté, expresse ou tacite.

En somme, nous pouvons conclure que le droit romain, pour résoudre les conflits qui se posent en matière contractuelle, a reconnu deux règles: primaire, selon laquelle les parties contractantes ont le pouvoir de choisir la loi applicable à leur contrat et une règle subsidiaire, qui prévoit l'application de la "*lex loci contractus*" en l'absence d'un choix explicite ou implicite résultant de la nature des rapports ou des circonstances de fait.

(158) Il est normal d'accorder au lieu de conclusion un grand pouvoir d'attraction dans une époque où les moyens de transports très rudimentaires rendaient les déplacements difficiles. Les inconvénients que présente le lieu de la conclusion sont récents. A cette époque, les transactions se localisaient normalement dans l'endroit où elles étaient conclues. D'autre part, l'importance considérable du lieu de la conclusion était une conséquence naturelle de l'absence de la distinction entre le fond et la forme des contrats. Sur le plan juridique, les mêmes considérations qui militent actuellement en faveur de la règle "*locus regit actum*" en ce qui concerne la forme des contrats jouaient en droit romain pour le maintien du contrat tout entier sous l'empire de la "*lex loci contractus*".

... of the ...
... of the ...
... of the ...
... of the ...

... of the ...
... of the ...
... of the ...
... of the ...

INFORMATIONS BIBLIOGRAPHIQUES

I - OUVRAGES REÇUS كتب حديثة

Afrique أفريقيا

- K.M. BARBOUR & R.H. BROTHERS. — Essays on African population, p. 10.336, Routledge, London, 1961.
- K. KIRKWOOD, Ed. — African papers, p. 164, Chatts & Windas, London, 1961.
- R. PATAL. — Golden river to golden road, p. 422, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 1962.
- M. ROWLATT. — Founders of modern Egypt, p. 188, Asia Publishing Co., London, 1962.
- A. SOUTHALL. — Social Change in modern Africa, p. XI, 337, Oxford University Press, London, 1961.

Droit قانون

- دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ١٩٦٢
- WRIGHT, QUINCY. — International law and the United Nations, p. 9.134, Asia Publishing House, London, 1959.
- احمد حسين : قضية التحريض على حرق مدينة القاهرة . ص ٥٥٩ - مطبعة مصر - القاهرة
- دكتور فؤاد عبد المنعم رياض : الوسيط في القانون الدولي الخاص ج - ص ٧٢٥ -

Economie اقتصاد

- K. ARROW & M. HOFFENBERG. — Economic analysis: A time series analysis of interindustry demands, p. 292, North Holland Publishing Co., Amsterdam, 1959.
- R.E. ASHER & OTHERS Eds. — The United Nations and promotion of the General Welfare, p. 9, 1216, Bookings Institution, Washington, 1957.
- B. BALLASA. — The theory of economic integration, p. 13,304, Allen & Unwin, London, 1962.
- F.S. BROOMAN. — Macroeconomics, p. 256, Allen & Unwin, London, 1962.
- M. BUDIN. — Statistical measurements for economics and administration, p. 10.404, Asia Publishing House, London, 1962.
- CENTRO DI AZIONE LATINO. — Italie économique 1961, p. 7,418, Guiffre Editoe, Milano, 1961.
- A. DATTA. — Socialism, democracy and Industrialization, p. 188, Unwin, London, 1962.
- D.R. GADGILL. — Planning and economic policy in India p. 18,272, Asia Publishing, House, London, 1962.
- G.P. GUPTA. — The reserve bank of India and monetary management, p. 391, Asia Publishing House, London, 1962.
- D.C. HAGUE. — Inflation, 8, 509, Mac Millan, London, 1962.
- HISHRA, VIKAS. — The growth multiplier and general theory of economic growth, p. 5,164, Asia Publishing House, London, 1962.
- C.B. HOOVER. — The economic liberty and the state p. 10,430, Anchor Book, New York, 1961.
- INTERNATIONAL ECONOMIC ASSOC. — International Congress on economic development, 30-8 — 6-9-1962, Vienna, 35 papers for several authors, 1962.
- JOHNSON, H.G. — Money, trade and economic growth, p. 199, Unwin, London, 1962.

- MAHALANOBIS, P.C. — Talks on planning, p. 6,159, Asia Publishing House, London, 1961.
- MAYNARD, G. — Economic development and the price level, p. 295, Mac Millan, London 1962.
- MEADE, J.E. & OTHERS. — Case studies in European economic Union, p. 8,424 & maps, Oxford University Press, London, 1962.
- RAMAKRISHNA, K.T. — Finances for small-scale industry in India, p. 5,79, Asia Publishing House, London, 1962.
- K. SANTHANAM. — Democratic planning problems and pitfalls, p. 201, Asia Publishing House, London, 1961.
- E. SCHNEIDER. — Pricing and equilibrium : An introduction to static and dynamic analysis, p. 16,375, Unwin, London, 1962.
- G.L.S. SHACKLE. — Time in economies, p. 111, North Holland Publishing Co., Amsterdam, 1958.

Questions Politiques مسائل سياسية

- H. FINER. — The theory and practice of modern government, p. 14,982, Methuen, London, 1962.
- T.M. FRANCK. — Race and rationalism: The struggle for power in Rhodesia—Nyasaland, p. 369, Unwin, London 1960.
- G.F. HUDSON & R. LOWENTHAL. — The Sino-Soviet dispute, p. 9,277, Praeger, New York, 1961.
- D. INGRAM. — The Commonwealth Challenge, p. 291, Unwin, London, 1962.
- W. LAQUER & L. LAEDZ Eds. — The future of Communist Society; p. 196, Praeger, New York, 1962.
- D. LERNER. — The passing of the traditional society, p. 3,466, Free Press of Glencoe, Illinois, 1962.
- K. LONDON Ed. — Unity and contradiction : Major aspects of Sino-Soviet relations, p. 12,464, Praeger, New York 1962.
- R.P. MASANI. — Britain in India, p. 15, 278, Oxford University Press, London, 1960.
- A.M. McBRIAN. — Fabian Socialism and English politics 1884-1918, p. 10,387, Cambridge University Press, London 1962.
- R. MILLIBAND. — Parliamentary socialism, p. 356, Unwin, London, 1961.
- J. ROMEN. — The Asian Century : History of modern nationalism in Asia, p. 448, Unwin, London, 1962.
- E. SNOW. — The other side of the river red China to-day, p. 810, Random House, New York, 1962.
- S.S. WOLIN — Politics & vision, p. 10, 529, Unwin, London, 1960.
- H. ZINK. — Modern governments 2nd Ed., p. 15,804, Van Nostrand, New York, 1962.

Voyages رحلات

- M. CARLYLE. — The awakening of Southern Italy, p. 6,147, Oxford University Press, London, 1962.
- L.F. EDWARDS. — Introducing Yugoslavia, p. XII, 225, Methuen, London, 1954.
- G.E.R. GEDYE. — Introducing Austria, p. 13,254, Methuen, London, 1956.
- J. GUNTHER. — Inside Latin America, p. XI,498, Harper Bros., New York, 1941.
- J. GUNTHER. — Inside U.S.A., p. 22, 1121, Hamilton, London, 1960.
- F. KING. — Inside Greece, p. 264, Methuen, London, 1956.
- C. SALTER. — Inside Turkey, p. 192, Methuen, London, 1961.
- C. SALTER. — Inside Spain, p. 12,258, Methuen, London, 1958.
- D.S. WALKER. — The Mediterranean lands, p. 23,254, Methuen, London, 1960.
- M. WINCK. — Inside Germany, p. 276, Methuen, London, 1958.

Divers متنوعات

- A. BRUMBERG Ed. — Russia under Khrushchev. "An anthology from problems of communism, p. XI, 660, Methuen, London, 1962.
- R.S. EDWARDS & J.S. HINES. — Budgeting in public authorities, p. 299, Unwin, London, 1959.
- ALBERT HOURANI. — Arabic thought in the liberal age 1798-1939, p. IX, 403, Oxford University Press, London, 1962.
- B.C. LEMKE & J. DON EDWARDS Eds. — Administrative Control and executive action, p. 17, 795, C.E. Merrill Bookshop, Inc., Ohio, 1961.
- B. LEWIS & P.M. HOLT Eds. — Historians of the Middle East, p. XI, 519, Oxford University Press, London, 1962.
- W. LITTLE, H.W. FOWLER & J. COULSON. — The shorter Oxford & English dictionary, 2 vols, Clarendon Press, Oxford, 1959.
- F. LJUNGGREN, Ed. — An international directory, p. 150, Djambatan, Amsterdam, 1962.
- A.R. RADCLIFFE BROWN & D. FORDE. — African systems of Kinships and marriage, p. 8, 399, Oxford University Press, London, 1960.
- C.R. WALKER. — Modern technology and civilization : An introduction to human problems in the machine age, p. IX, 469, McGrawHill, New York, 1962.

II-Microfilms الأفلام الدقيقة

- PERKINS, J.E. — Theories of economic development considered in relation to agriculture growth, Texas University 1958.
- BRYAN, W. — The economics of Anglo-Iranian oil dispute, Wisconsin University, 1957.
- GROVE, D.L. — Central banking in underdeveloped countries, Harvard University 1952.
- STEIN, G. — Economic theory and industrialisation, Yale University 1955.

III - REVUES LOCALES مجلات محلية

المجلة الاقتصادية للبنك المركزي المصري

المجلد الثاني - العدد الثالث - القاهرة سنة ١٩٦٣

- | | |
|---|--|
| - التجارة الخارجية يناير / يونية سنة
١٩٦٢ | - تقديرات الميزانية للسنة المالية ١٩٦٣/٦٢ |
| - الاوراق المالية | - التطورات النقدية فى الجمهورية العربية
المتحدة (يناير / يونية سنة ١٩٦٢ و عام
١٩٦٢/٦١) |
| - التسهيلات الائتمانية المصرفية يناير/
يونية ١٩٦٢ | - تقديرات ميزان المدفوعات يناير/ يونية ١٩٦٢
موقف القطن واحتمالاته |
| - التطورات اللوية : | - التطورات النقدية فى العالم ١٩٦٢/٦١ |
| - التطورات الاقتصادية فى الشرق الاوسط
١٩٦١/٥٩ | - التطورات الاقتصادية فى الشرق الاوسط
١٩٦١/٥٩ |
| - البنك الامريكى الاقليمى للتنمية
القسم الاحصائى : | - النقد الاجنبى |
| | - اتفاقات التجارة والدفع |
| | - الرقابة على النقد |

ECONOMIC REVIEW

Vol. 2 No. 3

CENTRAL BANK OF EGYPT.

Cairo, 1962

ARTICLES

- The 1962/63 budget estimates.
Monetary developments in the U.A.R.
(Jan./June 1962 & 1961/62).
Balance of payments estimates, Jan.—
June 1962.
Cotton situation and prospects.
Industrial development in 1961.

INTERNAL DEVELOPMENTS

- Foreign exchange.
Trade and payments agreements.
Exchange Control regulations.

- Foreign trade, Jan./June 1962.
Stock exchange.
Bank Credit facilities, Jan./June 1962.

INTERNATIONAL DEVELOPMENTS

- International Monetary development,
1961/1962.
Economic developments in the Middle
East, 1959/1961.
The Inter-American development Bank,
In'ecedents First Year of activity.

STATISTICAL SECTIONS

المجلة المصرفية التجارية والصناعية

السنة الرابعة عشرة - ١٤٣ - ١٤٤ - اسكندرية - يوليو - اغسطس ١٩٦٢

مشروع لائحة نظام موظفى وعمال الشركة من وضع الدكتور زكى بدوى

LA GAZETTE FISCALE COMMERCIALE ET INDUSTRIELLE

14ème année, Nos. 143-144

Alexandrie, Juillet—Août 1962

DOCTRINE. — Les objectifs du développement libanais.

CHRONIQUES. — La conférence du développement économique.

LEGISLATION. — Modification au code de procédure.

DOCUMENTS. — U.A.R.—GREAT BRITAIN (Exchanges of notes). Accords R.A.U.—Grèce.

السنة الخامسة عشرة : ١٤٥ - ١٤٧ اسكندرية - سبتمبر - أكتوبر - نوفمبر
سنة ١٩٦٢

لائحة العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات
العامة (بحث • القرار الجمهوري • المذكرة
الإيضاحية)

15ème année 145-147

Alexandrie, Sept.-Oct.-Nov. 1962

LEGISLATIONS

DOCUMENTS

CHRONIQUES

Transport des passagers par Mer. Académie de La Haye.

Ligue Arabe — F.A.O.

Loan Agreement (AID).

مجلة غرفة الاسكندرية التجارية

السنة ٢٦ - العدد ٣١٣ - اسكندرية - أكتوبر سنة ١٩٦٢

- كلمة الشهر :
- أضواء على المعرض الزراعي الصناعي الاقليمي الثاني
 - الحكم المحلي وأثره في تطوير مجتمعنا
 - مع الاخبار
 - الآثار الاقتصادية والاجتماعية للتعاون الاستهلاكي
 - الجمهورية العربية اليمنية
 - الضريبة الجمركية ونظام الدروبك
 - التقرير الاقتصادي الشهري
 - وراء ندوة تنشيط الاسكندرية

السنة ٢٦ - العدد ٣١٤ - اسكندرية - نوفمبر سنة ١٩٦٢

- كلمة الشهر :
- أضواء على المعرض الزراعي الصناعي الاقليمي الثاني لمحافظة الاسكندرية
 - المؤسسات العامة النوعية ودورها في التنمية الاقتصادية
 - التقرير الاقتصادي الشهري
 - الضريبة الجمركية ونظام الدروبك
 - مع الاخبار
 - صناعة تجفيف الخضروات
 - أبناء وقرارات
 - المساواة بين التجار والجمعيات التعاونية
 - التعاون التجاري :
 - في توزيع السلع

السنة السادسة والعشرين - العدد ٣١٥ - الاسكندرية - ديسمبر سنة ١٩٦٢

- | | |
|---|--|
| - كلمة الشهر - حول مشكلة تكديس البضائع بالمينا . | - التقرير الاقتصادي الشهري للغرفة عن ديسمبر سنة ١٩٦٢ |
| - التأمينات الاجتماعية | - شئون الضرائب |
| - الرسوم الجمركية المستحقة عن العجز في محتويات الطرود . | - مع الاخبار |
| - تطور العلاقات التجارية بين الجمهورية العربية المتحدة وجمهورية السودان | - نص بيان خطة وزير الخزانة عن نتائج خطة التنمية |
| | - آنية وقرارات |
| | التعارف التجارى |

مصر الصناعية

السنة ٣٩ - العدد الاول - القاهرة - يناير - مارس سنة ١٩٦٣

- | | |
|---|--|
| علاقاتنا الاقتصادية الخارجية | نحو الاتحاد الاشتراكي العربي |
| - العلاقات الاقتصادية بين الجمهورية العربية المتحدة والولايات المتحدة الامريكية | من انباء الغرف الصناعية |
| - اشتراك الجمهورية العربية المتحدة في المعارض والاسواق الدولية | - غرفة صناعة الغزل والنسيج والتجهيز |
| موضوعات عامة : | - غرفة صناعة الجلود |
| - التوزيع السلمي لبنود الاستيراد على الشركات العامة المستوردة | - غرفة صناعة الحبوب |
| - التشريعات التى تمه الصناعة والصادرة خلال نوفمبر وديسمبر سنة ١٩٦٢ | - غرفة صناعة الزيوت |
| - مطبوعات الاتحاد | - غرفة صناعة حلج وكبس القطن |
| - الاحصاءات | الجمهورية العربية المتحدة فى مؤتمرات العمل الدولية |
| | علاقاتنا الاقتصادية الخارجية |

النشرة الاقتصادية للبنك الاهلى المصرى

المجلد الخامس عشر - العددان الثانى والثالث - القاهرة سنة ١٩٦٢

- | | |
|---|--|
| الاحوال الاقتصادية فى الجمهورية العربية المتحدة | ملاحظات وتعليقات |
| - البنك الاهلى المصرى | - الاستقرار مع التقدم |
| - حركة النقود والايمان | - تصريح القاهرة للدول النامية |
| - القطن | المقالات الرئيسية |
| - التجارة الخارجية (يناير/يونيو سنة ١٩٦٢) | - تقديرات ميزانية الجمهورية العربية المتحدة عن السنة المالية ١٩٦٣/٦٢ |
| - اتفاقات التجارة والدفع | - تطور الاقتصاد المصرى فى العقد السادس من القرن العشرين |
| - السياحة فى عام ١٩٦١ | - الصناعة |

- التقرير الثالث عشر لصندوق النقد
الدول عن قيود الصرف
- تطورات أسعار الخصم خلال النصف
الاول عن عام ١٩٦٦

ملحق

- النص الرسمي لتصريح القاهرة للدول
النامية
- القسم الاحصائي

- الاسعار
- حركة الملاحة في قناة السويس (يناير/يونيو سنة ١٩٦٢)
- التشريعات الجديدة

الخارج

- خطة التنمية في نيجيريا (١٩٦٢ - ١٩٦٨)

ECONOMIC BULLETIN OF THE NATIONAL BANK OF EGYPT

Vol. 15, Nos. 2 & 3

Cairo, 1962

NOTES AND COMMENTS

- Stability and progress.
- Cairo declaration for developing countries.

- Trade and payments agreements.
- Tourism in 1961.
- Prices.
- Suez Canal Traffic (Jan.-June 1962).
- New Legislation.

LEADING ARTICLES

- THE UAR budget estimates 1962/63.
- The Egyptian economy during the fifties — Industry.

FOREIGN

- Nigeria's development plan 1962-68.
- IMF Thirteenth annual report on exchange restrictions.
- Bank rate developments — Mid 1962.
- Appendix (Cairo declaration of developing Countries).
- Statistical Section.

QUARTERLY ECONOMIC REVIEW

- The National Bank of Egypt.
- Money and credit.
- Cotton.
- Foreign trade (1962 Jan.-June).

النشرة الاقتصادية لبنك مصر

السنة السابعة - العددان الاول والثاني - القاهرة - مارس ويونيو سنة ١٩٦٢

- تطور الميزانية الاجمالية للبنوك التجارية وعلاقتها بخطة التنمية
- سوق الاوراق المالية
- اهم الاخبار الاقتصادية

القسم الاحصائي

- الاقتصاد الدولي
- السوق المشتركة بين دول اوربا اللاتينية
- التحليل المثل لقطاع صناعة المقاولات
- القطن في الداخل

ETUDE MENSUELLE SUR L'ECONOMIE ET LES FINANCES DE LA SYRIE ET DES PAYS ARABES

5ème Année, No. 60

Damas, Décembre 1962.

LES NOTES DU MOTS

- 1962 dans les économies arabes.
- La Syrie construit son barrage sur l'Euphrate, avec sans aide extérieure.
- Nouveaux progrès dans le finance-

ment extérieur du développement économique syrien.

PROBLEMES D'ACTUALITE

- Dr. CHAFIK AKHRAS. — Autour de quelques problèmes actuels de l'économie égyptienne.

ARTICLES ET ETUDES

Dr. YOUSSEF HELBAOUL — Force Humaine et Force Productrice en Syrie — II —

LES CHRONIQUES

CHRONIQUE FINANCIERE

Présentation, volume et rôle du budget égyptien 1962.1963.

CHRONIQUE ECONOMIQUE

M. WALID NIAZI. — L'évolution du commerce extérieur irakien de 1940 à 1962.

LA SITUATION ECONOMIQUE ET FINANCIERE

S Y R I E

Monnaie et crédit :

— La circulation fiduciaire.

Le marché des changes.

Le marché financier.

Les prix.

Le coton.

— La situation générale.

— L'approvisionnement cotonnier.

— Le marché local du coton.

— Les exportations cotonnières.

Le commerce extérieur :

— La balance commerciale.

— Le trafic du Port de Lattakié.

L I B A N

Monnaie et crédit :

— La circulation fiduciaire.

Finances Publiques.

Le marché des devises.

Le marché financier.

Commerce Extérieur :

Les exportations de fruit.

I R A K

Le marché financier.

ARABIE SEOUDITE

Monnaie et crédit :

— La circulation fiduciaire.

— Situation du département bancaire.

M A R O C

Monnaie et crédit :

— La circulation fiduciaire.

— La masse monétaire.

Marché des valeurs.

Les prix.

L'industrie :

— La production industrielle.

Le commerce extérieur :

— La balance commerciale.

T U N I S I E

Monnaie et crédit :

— La circulation fiduciaire.

— La masse monétaire.

Les prix.

— La production agricole.

— L'activité industrielle.

Le commerce extérieur :

— La balance commerciale.

STATISTIQUES

Voir sommaire spécial.

THE EGYPTIAN COTTON GAZETTE

Vol. 47

Alexandria, Sept.-Oct. 1962

The cotton policy for the 1962/63 season.

Egyptian Cotton Commission Buying and Selling Conditions during the 1962/63 Cotton Season.

INTERNATIONAL COTTON ADVISORY COMMITTEE. — Record supply in prospect this season, Courtesy.

Egyptian cotton crop control measures.

J.E. DALE. — Fruit shedding and yield in Cotton.

R. DABBOUS. — The statistical position of Egyptian Cotton on the end of the 1961/1962 season.

Statistical tables.

IV - REVUES ÉTRANGÈRES مجلات اجنبية

I. - Droit

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARE

4ème Année, No. 4

Paris, Oct.-Déc. 1962.

I. — DOCTRINE

ANDRE PANCHAUD. — La décision administrative, Etude comparative.

B.A. WORTHEY. — Le "trust" et ses applications modernes en droit anglais.

II. — ETUDES — VARIETES
DOCUMENTS

ARNOLD WALD. — La réforme de droit brésilien.

MICHEL FRIDIEFF. — L'organisation judiciaire soviétique.

JAN TOLAR ET GUSTAV PRENOSIL. — Le nouveau code pénal et le nouveau code de procédure pénale de la République socialiste tchécoslovaque.

III. — ACTUALITES ET INFORMATIONS

IV. — Bulletin de la Société de Législation comparée.

V. — Bibliographie.

II. - Economie

THE BANKER

Vol. CXII; No. 442

London, December 1962.

A financial notebook.

Should the banks bid for deposits ?

CHRISTOPHER JOHNSON. — France's golden surplus.

ERNEST ROCK. — Unifying Europe's capital market.

New priorities for housing.

An artist's sketchbook — Westminster Bank, Crix, Horsham.

SPECIAL CORRESPONDENT. — Latin America on the Brink.

Annual book survey.

America Review.

Publications received.

Appointments and retirements.

Financial Statistics.

Vol. CXIII, No. 443

London, January 1963.

A financial notebook.

Can America Force the Peace ?

M.H. FISHER. — Europe — the Crunch.

KURT RICHBACHER. — Germany's Fading boom.

J.R. CUTHBERTSON. — Gold revaluation without tears.

An Artist's Sketchbook — Midland Bank; Overseas Branch.

CLEARING BANKER. — Banking Perspectives... The Changing scene.

New growth for HP credit ?

SPECIAL CORRESPONDENT. — Banks and businessmen in the Courts.

American Review.

International Review.

Appointments and retirements.

Financial statistics.

Vol. CXIII, No. 444

- A financial notebook.
 Priorities unchanged.
 Credit for reflation — Then and now.
 Britain's unbuoyant exports.
 A.B. CRAMP. — Banks and their competitors.
 An Artist's sketchbook — Barclays Bank, Wimbledon Common.
 Banking perspectives... The chairman report — to Whom?

London, February 1963.

- E. VICTOR MORGAN. — New light on the 1931 crises.
 From the bank chairmen.
 JOHN CASEY — J.W. Bilbert, gentleman.
 The bank accounts.
 American Review.
 International Review.
 Appointments and retirements.
 Financial statistics.

ECONOMETRICA

Vol. 30, No. 3

- FRANK DE LEEUW. — The demand for capital goods by manufacturers: A study of quarterly time series.
 KARL BORCH. — Equilibrium in a re-insurance market.
 ROBERT J. AUMANN. — Utility theory without the completeness axiom.
 FRANK H. HAHN & TAKASHI NEGISHI. — A theorem on non-tatonment stability.
 J. WOLFOWITZ. — Bayesian inference and axioms of consistent decision.
 A.R. BERGSTROM. — The exact sampling distributions of least squares and maximum likelihood estimators of the marginal propensity to consume.
 Z. GRILICHES, G.S. MADDALA, R. LUCAS & J. WALLACE. — Notes on estimated aggregate quarterly consumption functions.

New Haven, Connecticut, July 1962.

- RONALD I. McKNNON. — Wages, capital costs, and employment in manufacturing: A model applied to 1947/58 U.S. data.
 P. ZUSMAN. — An investigation of the dynamic stability and Stationary states of the United States Potatoe Market, 1930-1958.
 A.P. BARTEN, H. THEIL & C. T. LEENDERS. — Farmer's Budget in a depression period.
 FRANKLIN M. FISHER. — The place of least squares in econometrics comment.
 E. MALINVAUD. — Efficient capital accumulation: A corrigendum.
 Report of the New York Meeting.
 Book Reviews.
 Announcements and notes.

THE ECONOMIC JOURNAL

Vol. LXXII, No. 288

- J.R. HICKS. — Liquidity.
 M.C. KEMP. — The gain from international trade again.
 M.J. FARRELL. — On the structure of the capital market.
 C.D. HARBURY. — Inheritance and the distribution of personal wealth.
 G. CLAYTON. — British Financial intermediaries in theory & practice.
 C.S. SHOUP. — Debt financing and future generations.

London, December 1962.

- C. KENNEDY. — The character of improvements and of technical progress.
 W. BECKERMAN. — Projecting Europe's growth.
 PHYLLIS DEANE. — Long-Term trends in capital formation and financing.
 REVIEWS.
 NOTES & MEMORANDA
 RECENT PERIODICALS & NEW BOOKS.

ETUDES ET CONJONCTURE

Supplément No. IA-1963

Paris, 1963

La situation et les perspectives dans le commerce et dans l'industrie en décembre 1962.

Supplément No. IB

Paris, 1963.

La situation et les perspectives dans l'industrie d'après l'enquête effectuée

par l'I.N.S.E.E. en Janvier 1963 auprès des chefs d'entreprise.

18ème Année, No. 1

Paris, Janvier 1963.

M. LENCO. — Enquête par sondage sur le matériel de culture.

sommation industrielle d'énergie en France en 1960.

F. DOUSSET.—L. CAHEN. — La con-

L.-A. VINCENT. — La notion de valeur ajoutée et la prévision économique.

THE JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY

Vol. LXX, No. 5

Chicago, October 1962.

FRANKLIN M. FISHER, ZVI GRILICHER & CARL KAYSEN. — The costs of automobile model changes since 1949.

LESTER G. TELSTER. — Advertising and cigarettes.

T. ALDRICH FINEGAN. — Hours of work in the United States : A cross-sectional Analysis.

PAUL E. SMITH. — The demand for durable goods : Permanent or transitory income ?

Book reviews.

Books received.

Vol. LXX Supplement No. 5, part 2

Chicago, October 1962.

INVESTMENT IN HUMAN BEINGS

Papers presented at a conference called by the Universities — National Bureau Committee for Economic Research.

LARRY A. SJAASTAD. — The costs and returns of human migration.

THEODORE W. SCHULTZ. — Reflections on investment in Man.

GEORGE J. STIGLER. — Information in the labor market.

GARY S. BECKER. — Investment in human capital : A theoretical Analysis.

BURTON A. WEISBROD. — Education and investment in human capital.

JACOB MENCER. — On-the-job training : Costs, returns, and some implications.

EDWARD F. DENISON. — Education, economic growth, and gaps in information.

SELMA J. MUSHKIN. — Health as an investment.

QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS

Vol. LXXVI, No. 4

Mass. November 1962.

HOLLIS S. CHENERY. — Development policies for Southern Italy.

ALFRED E. KAHN. — Agricultural aid and economic development : The case of Israel.

EDMUND S. PHELPS. — The new view of investment : A neoclassical analysis.

WILLIAM R. HUGHES. — Short-run efficiency and the organisation of the electric power industry.

MANCUR OLSON & DAVID McFERLAND.
— The restoration of pure monopoly
and the concept of the industry.

JOHN A. MENGE. — Style change costs
as a market weapon.

ROBERT E. KUENNE. — The stationary
state and the technological superiority
of recent goods.

PREM SINGH LAUMAS. — Schumpeter's
theory of economic development and
underdeveloped countries.

NOTES AND DISCUSSIONS

RECENT PUBLICATIONS

REVUE D'ECONOMIE POLITIQUE

72ème Année, No. 6

ARTICLES

- I. — PAUL LAMBERT. — Malthus et Keynes.
- II. — JACQUES AUSTRUY. — Le prix de la croissance.
- III. — ELIANE BETOUT-MOSSE. — Sous développement de jadis et sous-développement d'aujourd'hui.
- IV. — HOTOI-PHANG. — L'Etalon or en France de 1820 à 1960.

Paris, Nov.-Décembre 1962.

NOTES ET MEMORANDA

- I. — HENRI GUITTON. — Nécrologie : Eraldo Fassati.
- II. — GEORGES LUTFALLA. — Un nouveau "PARETO" de G. H. BOUSQUET.
- III. — ANDRE GARRIGOU-LAGRANGE. — Les paysans soviétiques.
- IV. — G.H. BOUSQUET. — Une société fabienne à rebours.
- V. — JEAN BOURDON. — La proportion actuelle des âges en France, illusions et réalités.

3 - Questions Politiques et Internationales

REVUE FRANÇAISE DE SCIENCE POLITIQUE

Vol. XII — No. 4

REVUE DES LIVRES

- GEORGE LAVAU. — Réflexions sur le régime politique de la France.
- JEAN-LUC PARODI. — Quatre années de controverses constitutionnelles.
- JEAN LAPONCE. — Bipartisme de droit et bipartisme de fait.
- ALBERT MABILEAU. — Le renouveau du parti libéral et les élections partielles en Grande-Bretagne.

Paris, Décembre 1962.

GUY FEUER. — Madagascar : Etat des travaux.

J.-B. DUROSELLE. — Paix et guerre entre les nations : La théorie des relations internationales selon Raymond Aron.

PIERRE RONDOT. — Les Arabes et l'arabisme en orient.

NOTES BIBLIOGRAPHIQUES.

INFORMATIONS BIBLIOGRAPHIQUES.

INTERNATIONAL CONCILIATION

No. 540

New York, Nov. 1962.

LAWRENCE S. FINKELSTEIN. — Arms inspection.

No. 541

New York, January 1963.

I. WILLIAM ZARTMAN. — The Sahara Bridge or Barrier ?

4 - Sociologie**DROIT SOCIAL**

25ème Année, No. II

Paris, Novembre 1962.

**STRUCTURES ET TECHNIQUES DE LA
POLITIQUE ECONOMIQUE DE
L'ORGANISATION
PROFESSIONNELLE****MICHEL LESAGE.** — Note sur le nouveau programme du parti communiste de l'Union Soviétique.**M. NICOLAY & P.H. TEITGEN.** — Jurisprudence récente en matière professionnelle et sociale avec une conclusion de M. NICOLAY.**ALFRED SAUVEY.** — La situation économique.**T R A V A I L****YVES DELAMOTTE.** — Chronique des Etats-Unis : Le président Kennedy en face du chômage et des menaces d'inflation.**JEAN SAVATIER.** — Un exemple d'intéressement du personnel : les établissements Renault à Fougères.Commentée par **JEAN SAVATIER.** — Jurisprudence récente en matière sociale.**FRANÇOIS SELIER.** — La situation sociale.**SECURITE SOCIALE ET
PRESTATIONS FAMILIALES****M. POUSSIERE.** — Notion d'enfant à charge. Enfant devenant lui-même chef de famille. Arrêt du Conseil d'Etat du 5 Juin 1961 avec les conclusions de...**PIERRE VOIRIN, PIERRE RAYNAUD & J.-J. DUPEYROUX.** — Jurisprudence récente en matière de sécurité sociale, commenté par...**BIBLIOGRAPHIE.**

25ème Année, No. 12

Paris, Décembre 1962.

**STRUCTURE ET TECHNIQUES DE LA
POLITIQUE ECONOMIQUE ET DE
L'ORGANISATION
PROFESSIONNELLE****PIERRE BAUCHET.** — La croissance de l'économie et les plans français.**ROBERT BADOUIN.** — Structures rurales et développement économique au Niger.**M. NICOLAY.** — Jurisprudence récente en matière de droit professionnel.**ALFRED SAUVY.** — La situation économique.**T R A V A I L****M. LESIRE-OGREL.** — L'indemnisation du Congé — éducation par les comités d'entreprise.**RAYMOND LEGEAIS.** — L'exercice des fonctions de délégué du personnel et la discipline de l'entreprise. Arrêt de

la cour de cassation (ch. crim.) du 22 février 1962.

JEAN SAVATIER. — Jurisprudence récente en matière sociale.**SECURITE SOCIALE ET
PRESTATIONS FAMILIALES****XXX.** — La médecine générale dans le service national de santé en Grande-Bretagne.**M. POUSSIERE.** — Notion d'enfant recueilli au foyer du contribuable. Arrêts du conseil d'Etat du 19 avril 1961 et du 14 février 1962.**A. BRUN.** — Jurisprudence récente en matière de sécurité sociale.**BIBLIOGRAPHIE**

26ème Année, No. I

Paris, Janvier 1963.

STRUCTURES ET TECHNIQUES DE
LA POLITIQUE ECONOMIQUE ET DE
L'ORGANISATION
PROFESSIONNELLE

ANDRE G. DELION. — Les services industriels en règle de l'état.

ROBERT RADOUIN. — A la recherche d'un système économique en Guinée.

ALFRED SAUVY. — La situation économique

TRAVAIL

M. PAUL DURAND. — La situation juridique des lettres en scène de théâtre. Consultation donnée le 11 Juillet 1959.

M ROSIER. — L'avenir professionnel des jeunes.

JEAN SAVATIER. — Jurisprudence récente en matière sociale.

FRANÇOIS SELIER. — La situation sociale

SECURITE SOCIALE ET
PRESTATIONS FAMILIALES

XXX. — Place des services de santé parmi les services sociaux en Grande-Bretagne.

R. JAMBU-MERLIN — Jurisprudence récente en matière de sécurité sociale.

BIBLIOGRAPHIE.

REVUE INTERNATIONALE DU TRAVAIL

Vol. LXXXVI, No. 6

Genève, Décembre 1962.

OSVALDO MOLINARI. — La formation à la sécurité dans les écoles italiennes.

JIRI MUSIL. — Les facteurs sociologiques dans la planification de la construction de logements en Tchécoslovaquie.

RAPPORTS ET ENQUETES

INFORMATIONS.

BIBLIOGRAPHIE.

Vol. LXXXVII, No. I

Genève, Janvier 1963.

Les incidences du commerce international des textiles sur les salaires et l'emploi dans l'industrie textile.

FRANCIS NETTER. — La sécurité sociale des travailleurs migrants.

Rapports et enquêtes.

Informations.

Bibliographie.

Vol. LXXXVII, No. 2

Genève, Février 1963.

GUNTER HALBACH. — L'encouragement à la constitution individuelle d'un capital dans la République fédérale d'Allemagne.

P.S. SISON. — La place des femmes

dans la vie économique aux Philippines.

Rapports et enquêtes.

Informations.

Bibliographie.

5 - Statistique

APPLIED STATISTICS

Vol. XI, No. 2

London, June 1962.

F.R. OLIVER. — A cross-section study of marginal cost.

A.R. KLINGEL Jr. & R.G. McINTYRE. — An experimental strategy for investigating commercial process.

W.F.F. KEMSLEY. — Some technical aspects of a postal survey into professional earnings.

P.G. MOORE. — Regression as an analytical tool.

WILLIAM BELSON & JUDITH A. DUNCAN. — A comparison of the checklist and open response questioning system.

Meetings of sections and focal groups of the Royal Statistical Society.

Book reviews.

JOURNAL OF THE AMERICAN STATISTICAL ASSOCIATION

Vol. 57, No. 300

Washington, December 1962.

W.J. YOUDEN. — Memorial to Sir Ronald Almer Fisher 1890-1962.

MILTON FRIEDMAN. — The interpolation of time series by related series.

DENNIS C. GILLILAND. — Integral of the bivariate normal distribution over an offset circle.

LIONEL WEISS. — A sequential test of the equality of probabilities in a multinomial distribution.

JOHN E. WALSH. — Some two-sided distribution — free tolerance intervals of a general nature.

R.J. TAYLOR & A.H. DAVID. — A Multi-stage procedure for the selection of the Best of several populations.

HENRY ADLER & EDINBORN. — Changes in concentration of domestic manufacturing establishment output: 1939-1958.

ROBERT H. SOMERS. — A similarity between Goodman & Kruskal's Tau and Kendall's TAU, with a partial interpretation of the latter.

ABNER HURWITZ. — Constants and compromise in the consumer price Index.

FRANK DE LEEUW. — The concept of capacity.

JAMES D. TARVER. — Evaluation of census survival rates in estimating intercensal state net migration.

LESLIE KUSH, N. KRISNAN NAMBOODIRI & R. KRISNA PILIAI. — The ratio bias in surveys.

JAMES E. GRIZZLE. — Asymptotic power of tests of linear hypotheses using the probit and logit transformations.

BERNARD D. KARPINOS. — Current Weight-Height relationships of youth of military age.

ZAKKULA GOVINDARAJULU. — The reciprocal of the decapitated negative binomial variable.

NOTES ABOUT AUTHORS.

BOOK REVIEWS.

PUBLICATIONS RECEIVED.

JOURNAL OF THE ROYAL STATISTICAL SOCIETY

Vol. 125, Part 4 Series A (GENERAL)

London, 1962.

D.J. FINNEY. — The statistical evolution of educational allocation and selection.

CHARLES STEIN. — A remark on the likelihood principle.

G.A. BARNARD. — Comments on Stein's "A remark on the likelihood principle".

M.J.R. HEALEY & E.L. JONES. — Wheat yields in England 1815-1959.

S.S. ZARKOVICH. — The supplement to "Note on the history of sampling methods in Russia".

GRACE O. JEFFCOATE. — The change of being killed in a road accident for people born during different years.

A.S. PRAKASA RAO. — A note on small value transactions in India's foreign trade.

P.W.S. ANDREWS, FRANK A. FRIDAY AND THE EDITOR OF STATIST. — The recent controversy over resale price maintenance: A rejoinder.

Wholesale prices in 1961.

Annual report of the council.

Proceedings of a special general meeting.

Proceedings of the 128th. Annual general meeting.

Reviews.

Current notes.