

LES RAPPORTS DE LA VOLONTÉ DANS LES TRAITÉS-LOIS ET LES TRAITÉS-CONTRATS

par S. CASTANOS
Docteur ès Sciences Politiques

Si l'on prend en considération l'assertion ci-après de Hegel : « Le Droit International résulte des rapports d'États indépendants. Son contenu en soi et pour soi a la forme du devoir-être, parce que sa réalisation dépend de volontés souveraines différentes »¹, et qu'on veuille établir un parallèle avec les opinions de Triepel, savoir que « les manifestations de volonté doivent aussi, au contraire de ce qui se passe dans le contrat, être des manifestations de *volonté semblable* ; elles doivent non seulement tendre au même but, mais aussi révéler la même intention, éventuellement consister en actes de même sorte »² ou, plus explicitement, que « ce que le contrat ne peut jamais, la *Vereinbarung* le peut. Les États peuvent créer du droit objectif, quand ils adoptent par *Vereinbarung* une règle qui doit régir leur conduite ultérieure d'une façon permanente »³, on se rend compte du désarroi dans lequel nous plonge l'inconséquence des mots.

J'ignore si l'on doit jamais arriver à une compréhension commune définitive sur un objet — fût-il le plus important ou le plus digne d'être universellement saisi — mais il est presque de notre devoir d'essayer de nous entendre sur nos moyens d'approche, afin de nous conserver, au moins, l'illusion que notre désaccord est dû à des raisons profondes qui nous échappent — et non à notre propre refus d'appréhender ce qui doit l'être.

Estimons-nous donc suffisamment satisfaits si nous arrivons à déceler la nature du contenu de la volonté et de ses rapports dans le traité-loi et dans le traité-contrat, sans vouloir trancher la question de déduire ou non du premier une source juridique « obligationnelle » du droit international, comme l'a fait Triepel qui, après Bergbohm, a étudié cette matière de manière quasi exhaustive.

1. Cf. G.W.F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, 7^e éd., trad. A. Kaan, N.R.F. Gallimard, Paris, 1940, p. 251.

2. Cf. Heinrich TRIEPEL, *Droit international et Droit interne*, trad. R. Brunet, 1920, Paris, A. Pedone, et Oxford, Imprimerie de l'Université, p. 66.

3. Cf. Heinrich TRIEPEL, *op. cit.*, p. 69.

Quoi qu'il en soit de la détermination d'une source juridique à partir du traité-loi, il nous faut admettre le lemme faisant d'un acte juridique l'expression d'une volonté. Sans cela, il serait vain de continuer toute démonstration, puisque le droit serait ravalé au rang de l'instinct ou deviendrait un non-sens privé d'intérêt réel. Par acte juridique, j'entends l'action en vue de réaliser un état de droit. L'acte pré suppose donc un sujet — l'agent de l'action ; une volonté d'arriver à certaines fins juridiques — cette volonté est d'abord interne, puis elle se manifeste et devient externe au corps du sujet ; un objet — le destinataire de l'action, qui peut, dans certains cas, être identifié avec la volonté de faire (ou de ne pas faire) une certaine chose, puisqu'en dernière analyse il s'agit toujours de vouloir une certaine situation juridique, dont la réalisation est précisément le but de la volonté⁴. La décomposition de l'acte de droit nous donne quelques éléments fondamentaux constituant la nature de la volonté juridique : la volonté du sujet voulant créer la situation de droit susceptible de satisfaire à ou un besoin ; cette volonté, pour être juridique, c'est-à-dire pour s'adresser à une collectivité sociale en instituant des relations d'organisation entre ses membres, doit combiner l'intérêt de la volonté subjective avec l'intérêt objectif de la société prise comme un tout. En considérant la société comme un tout face au sujet, on donne à ce même sujet une existence d'un moi opposé au moi social et, du même coup, on le fait apparaître comme un des éléments constituant ce moi social dont il est l'opposé. Dans chaque rapport de droit, il y a donc deux sujets ; le premier sujet étant l'agent de l'acte et l'autre se présentant comme la totalité dont le premier sujet est partie⁵. Il appert que la volonté du sujet juridique est toujours une volonté subjective déterminée par l'objectivité. Cette dualité de la volonté crée le rapport ou la situation juridique, c'est-à-dire le mode d'action adéquat dans un cas d'espèce. Par conséquent, il ne peut jamais y avoir de volonté subjective à l'état pur : le droit sert de règle de coordination de sujets différents, il ne saurait être conçu comme l'expression de normes s'adressant à un moi privé de relations sociales.

4. Cf. CASTANOS, *Nouvel Essai de classification du droit civil*, Recueil Sirey, Paris, 1958, pp. 12-14.

5. Cf. HEGEL, *op. cit.*, p. 60 : « L'individualité de la personne qui décide et qui est immédiate entre en relation avec une nature donnée à qui la personnalité de la volonté s'oppose comme quelque chose de subjectif ; mais puisque la volonté est infinie en elle-même et universelle, cette limitation de la personnalité comme subjective se contredit et s'anéantit pour elle ». Nous verrons *infra* comment peut et doit s'effectuer dans le contrat cet « anéantissement de la limitation de la personnalité comme subjective », et nous nous rapprocherons, de ce fait, de l'unité conceptuelle entre le traité-loi et le contrat.

De plus, l'acte de droit est une action spécifique humaine dont le but est de créer (ou de faire durer ou cesser une situation ; mais l'extinction ou la prorogation nécessitent toujours un *faire*, donc une création) une situation originale. Vu sous le rapport de l'action, l'acte de droit suppose naturellement, au moins, un sujet, support matériel de l'action. L'acte, une fois réalisé, c'est-à-dire ayant acquis l'indépendance extérieure au sujet, revêt automatiquement un aspect social, qui est de forme inter-individuelle, d'une part, et objective, de l'autre, puisqu'il s'adresse simultanément et nécessairement aux sujets et aux objets du monde extérieur du sujet initial. Si l'appartenance de l'acte juridique à l'action humaine lui confère ce caractère de sociabilité neutre, sa spécificité inhérente met l'accent plus particulièrement sur l'essence inter-individuelle de tout acte de droit. Le droit est un mode de comportement de l'homme envers ses semblables et, par conséquent, l'acte de droit présuppose, en dehors du simple et neutre, pouvons-nous dire, sujet-agent de l'action (puisque cette action, si on la prive de sa spécificité juridique, peut aussi être une action morale — c'est-à-dire exclusivement subjective — ou une action indifférente — c'est-à-dire a-morale et a-juridique), un second sujet : c'est en vue de la réglementation des rapports entre ces deux sujets, au moins, que la règle de droit se crée et vaut. Outre la dualité du sujet, l'action juridique comporte aussi, dans sa forme réalisée, un objet, auquel l'acte se réfère, et un rapport, qui est justement la relation reconnue par le droit entre le sujet et l'objet de l'acte. On peut aussi ajouter que l'acte juridique implique une volonté, qui donne naissance et importance à l'acte. Et c'est précisément de la nature de cette volonté que dépendra l'essence de la règle juridique.

Si maintenant nous examinons le point de vue de Triepel, nous constaterons qu'il trouve dans le contenu de la volonté la source juridique d'où découle la règle juridique⁶. Mais, d'autre part, pour lui, une règle juridique étant le contenu d'une volonté supérieure aux volontés individuelles, manifestée en vue de limiter les sphères des volontés humaines qui lui sont soumises⁷, il s'ensuit que la source juridique est la volonté de l'État lui-même, dans lequel se consacre la réalisation de cette supériorité d'une volonté face aux volontés individuelles. Dans le droit interne, par conséquent, cette source juridique peut être facilement détectable et, de même, dans la sphère du droit international la source de droit ne peut être qu'une volonté émanant d'États. Cette volonté cependant pour être obligatoire pour tous ne

6. Cf. *op. cit.*, p. 30.

7. Cf. *Les Rapports entre le droit interne et le droit international*, Recueil des Cours, t. I, 1923, p. 82.

peut appartenir à un seul État. Il s'agit donc toujours de la volonté étatique, mais en droit international nous devons nous trouver en présence d'une volonté commune, née de l'union des volontés particulières, pour être à même de parler de source de droit, c'est-à-dire d'une volonté dont le contenu forme la règle juridique. Entre le droit interne et le droit international il y a différence de sources juridiques : la volonté de l'État constituant celle du premier, tandis que le droit international découle d'une *union* de volontés particulières. La « *Vereinbarung* » est le moyen pour créer une telle unité de volontés, que Triepel oppose aux « *contrats* », ces derniers étant considérés par lui comme des accords de plusieurs personnes pour des déclarations de volontés d'un contenu divergent.

Ayant déjà essayé d'expliquer⁸ pourquoi la « *Vereinbarung* » ne peut prétendre constituer un fondement, doublé de force obligatoire, du droit international, je ne me propose d'examiner ici que la nature de la volonté telle qu'elle se présente dans ces deux manifestations : le contrat et le traité-loi.

Une opinion qui fut très largement répandue depuis un certain temps estimait que le « *contrat* » (« *Vertrag* ») conclu entre États était susceptible de créer cette volonté commune, dont nous avons parlé, cette union des volontés particulières pour constituer la source de règles objectives. Ce contrat différait de celui du droit interne non point dans son essence, mais plutôt par la nature de ses sujets et la spécialité de ses dispositions. La force de la tradition a été telle qu'on a longtemps encore maintenu le mode bilatéral de conclusion d'accords internationaux, même s'il devait s'agir, quant à l'objet, de traités collectifs. Jules Basdevant donne les explications suivantes à ce sujet : « Si l'on considère un traité conclu entre deux États, il va de soi que celui-ci constitue un acte juridique unique, œuvre commune des deux États signataires. On dira la même chose aujourd'hui des traités collectifs signés par un nombre d'États parfois très élevé. Mais la pratique a longtemps hésité avant d'arriver au traité collectif acte unique. Autrefois, ce qui serait fait aujourd'hui par un seul traité collectif l'était par une série de traités à deux entre lesquels n'existait aucun lien juridique »⁹, tout simplement parce que même le « *traité-loi* » était considéré comme participant de la nature de l'acte contractuel. Or c'est justement cette conception qu'à voulu critiquer Triepel, en distinguant la « *Vereinbarung* » d'avec le traité-contrat.

8. Dans la *Critique du droit international public moderne*, Recueil Sirey, Paris, 1953, pp. 34-43.

9. Cf. *La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités*, Recueil des Cours, t. 15, 1926, p. 554.

Ainsi que nous l'avons fait *supra*, quand nous parlions du rapport juridique en général et de l'acte de droit, Triepel introduit ses opinions relatives à la nature du contrat en s'occupant plus particulièrement de sa notion telle qu'elle se présente dans le droit privé. Il reconnaît que d'après la doctrine dominante un contrat est l'union de deux ou plusieurs personnes¹⁰ dans une déclaration concordante de volonté, régissant leurs rapports juridiques, ou bien dans la création, l'abolition, la modification d'un rapport de droit, conditionnée par leurs volontés concordantes¹¹. D'après cette doctrine toujours, dans la conclusion du contrat, se manifeste la volonté concordante, *essentiellement concordante* des parties ; il n'y a pas de contrat si les parties n'ont pas décidément voulu la *même chose*, si elles n'agissent pas d'accord. Puis, Triepel expose un autre point de vue, qu'il déclare être plus exact, et qui est celui de Schlossmann, de Schott¹² et de Pernice, entre autres. Selon eux, la volonté et les déclarations de volonté des personnes qui s'opposent comme contractantes n'ont précisément pas le même contenu. Le débiteur veut livrer la chose, le créancier veut la recevoir ; celui qui prend en location la chose ou les services d'un autre veut utiliser dans son propre intérêt la chose ou la force de travail de l'autre, son cocontractant veut mettre à sa disposition sa chose ou ses services ; l'emprunteur *prend* l'argent, le prêteur le lui *fait passer*. Ainsi, la volonté d'un des contractants a un contenu précisément *opposé* au contenu de la volonté de l'autre, la déclaration de volonté de l'un a toujours un contenu différent et *complémentaire* de celle de l'autre¹³. Ici est intervenue une critique qui consistait à dire que la volonté des contractants, dans tous les cas cités,

10. Il est utile d'ajouter ici que Basdevant, dans son cours précité, rappelle comment on arrivait dans la pratique internationale à lier par un acte unique plusieurs parties, tout en sauvegardant la dualité nécessaire : « Une forme intermédiaire est assez fréquente vers le milieu du XIX^e siècle, celle du traité que l'on pourrait appeler mi-collectif. Il est signé par plusieurs États, mais de telle façon qu'un des États y constitue l'une des parties, l'autre partie étant formée par l'ensemble des autres États ». (Cf. *op. cit.*, p. 555).

11. Cf. la définition de Ripert (*Les Règles du droit civil applicables aux rapports internationaux*, Recueil des Cours, t. 44, 1933, p. 588) : « C'est au contraire une règle fondamentale du droit reconnue par tous les peuples que le consentement réciproque de deux sujets de droit suffit à créer, à transformer ou à éteindre un rapport juridique. Cet échange de volontés, c'est le contrat ».

12. SCHOTT dit : « La volonté doit être, du côté du débiteur, *translative*, du côté du créancier, *acquisitive* ». (*Obligatorischer Vertrag unter Abwesenden*, Heidelberg, 1873). Mais, nous verrons plus bas qu'on peut aussi dire que la volonté peut être « *acquisitive* » du côté du débiteur (l'emprunteur) et « *translative* » du côté du créancier (le prêteur) !

13. Voir, pour toute cette partie, Triepel, *Droit international et Droit interne*, pp. 36-37.

est égale, en ce sens que chacun veut non seulement son propre « avoir », mais aussi et précisément à cause de cela le « donner » de l'autre. Le prêteur veut, comme l'emprunteur, que celui-ci reçoive l'argent. L'acheteur veut-il seulement recevoir la chose et payer le prix, ou ne veut-il pas en même temps que le vendeur donne la chose et reçoive le prix, et inversement ?

A quoi Triepel a répondu que tout le malentendu découle d'une déficience du langage : le mot « volonté » (*Wille*) est appliqué à plusieurs phénomènes psychiques qu'il faut nettement distinguer ; plusieurs de ces phénomènes, tous souvent, se trouvent réunis dans toute déclaration de volonté juridiquement relevante, notamment dans tout contrat. Sans insister démesurément sur la différence entre la « volonté de déclaration » et la « volonté déclarée », on doit se rendre compte que même ce qui est révélé par la déclaration comme volonté contient différentes sortes de « vouloir ». Ainsi, dans la donation à titre d'exemple, le contrat de donation, par lequel une prestation est *promise* à titre de don, quel contenu a la volonté du donateur, manifestée par la déclaration de donation ? La volonté vise d'abord un acte *propre* et en l'occurrence futur de celui qui déclare : à savoir, la prestation promise ; la déclaration de volonté est la publication d'une volonté qui doit se réaliser dans l'avenir par un acte propre du déclarant. Cette déclaration de volonté est la déclaration d'un « vouloir se *conduire* ». Mais le donateur ne manifeste pas seulement *cette* volonté. Il donne en même temps à entendre, à celui qui reçoit la déclaration, qu'il désire qu'une modification se produise dans le monde extérieur, comme conséquence de son acte futur, à savoir : que le bien passe de son patrimoine dans celui du donataire. La déclaration de volonté est alors la déclaration de vouloir un événement, un résultat, elle est déclarative d'un « vouloir se *produire* ». Dans la déclaration de volonté dont se compose un contrat synallagmatique, l'événement futur, que « veut » chacun des contractants, sera, en premier lieu, un acte du partenaire. Le vendeur ne déclare pas seulement qu'il veut que la chose qu'il doit livrer passe dans le patrimoine de l'acheteur ; il déclare aussi qu'il « veut » en conséquence que l'acheteur lui paie le prix. Toujours et dans toute déclaration de volonté, il ne s'agit pas seulement d'une déclaration de « vouloir se conduire » ; il s'agit en même temps d'une déclaration de vouloir certains événements, qui ne consistent *pas* en l'acte auquel se trouve immédiatement conduit le déclarant par sa propre déclaration de volonté. Après cette analyse pénétrante des rapports de la volonté dans le contrat à caractère de promesse synallagmatique ¹⁴, Triepel poursuit sa démonstration en allé-

14. Cf. TRIEPEL, *op. cit.*, pp. 38-40.

quant que, comme un contrat n'est pas seulement une promesse synallagmatique, on peut conserver l'exemple de la donation en admettant que le donateur, au lieu de promettre, accomplit immédiatement sa prestation : il livre tout de suite, en pleine propriété, la chose à donner. Dans ce cas, il n'y a pas déclaration de vouloir un acte futur ; l'acte voulu est immédiatement exécuté. La « prestation » consiste en la déclaration de volonté, et coexiste avec elle. Dans la promesse, la « volonté de déclaration » et la « volonté déclarée », dans la mesure où celle-ci est le vouloir d'un acte personnel, sont séparées l'une de l'autre ; ici, elles coïncident. La volonté de déclarer est *en même temps* volonté de prêter. Mais, dans la volonté de déclaration, la volonté déclarée ne se réduit pas à « la volonté d'un événement ». Celui qui livre ne veut pas seulement livrer, il veut aussi que celui qui reçoit reçoive la chose et devienne propriétaire. En résumé donc, tout contrat consiste en plusieurs déclarations de volonté, dont chacune manifeste aussi bien la volonté de vouloir faire personnellement un acte (qu'il s'agisse d'un acte déjà réalisé par la déclaration ou d'un acte qui devra être exécuté dans l'avenir) que la volonté que quelque chose arrive.

Qu'en est-il maintenant de l'« accord de volonté » des parties contractantes ? La volonté des deux parties a indubitablement un *contenu différent*, dans la mesure où il s'agit de leur dessein ou de leur acte. L'acheteur promet de payer l'argent ; le vendeur de livrer la chose. Par suite, consistent en actes de nature différente, non seulement la conclusion du contrat, mais nécessairement aussi l'*exécution* du contrat, si les deux contractants sont tenus à une prestation, de même que l'*exercice* des droits naissant du contrat, si les deux contractants en acquièrent. En effet, le donateur qui livre la chose « veut » que l'autre la prenne, le déposant veut que son cocontractant accepte et conserve la chose, l'acheteur veut que le vendeur lui livre la chose. Le donataire, le dépositaire, le vendeur « veulent » la même chose. Mais ce qui est dans la représentation des premiers un événement extérieur, qui ne doit pas être directement produit par eux-mêmes, est précisément considéré, du point de vue des autres, comme un acte personnel. Ce que les premiers veulent voir *se produire*, les seconds veulent le *faire*. Le paiement du prix d'achat, que veut certes le vendeur aussi bien que l'acheteur, le premier le « désire » en tant qu'acte *d'autrui*, le second l'*envisage* en tant qu'acte *personnel*. De ce point de vue donc, ce que « veulent » les deux parties n'est pas pareil.

Il en est autrement du résultat extérieur, économique ou juridique, qu'« envisagent » le vendeur et l'acheteur. Ce résultat de leur contrat, ce « but » pour lequel ils agissent ou veulent agir, est le même. Il est également reçu dans la volonté des deux. Il est le « *idem placitum* » que vise

le consentement des parties. Néanmoins, ce résultat ne signifie pas la même chose pour les parties. C'est la caractéristique du contrat d'être le moyen de satisfaire des *intérêts différents, opposés l'un à l'autre, mais correspondants*. Le résultat économique ou juridique vers lequel tendent les deux parties a le pouvoir de satisfaire en même temps des besoins opposés. L'emprunteur et le prêteur *veulent* que la chose, sur laquelle est conclu un commodat, soit temporairement utilisée par l'emprunteur ; mais cette *utilisation* elle-même est l'intérêt propre de l'emprunteur, tandis que l'intérêt du prêteur se satisfait en *livrant* la chose à utiliser. On peut donc aussi dire : le but réel extérieur, en vue duquel agissent les contractants, est le même pour les deux, mais le but interne psychique, en vue duquel se produisent les actes, à savoir la suppression d'un déplaisir, est différente et contraire chez les deux. Le but extérieur est, pour tous deux, un déplacement de puissance ; mais *pour l'un c'est un élargissement de puissance, pour l'autre c'est une perte de puissance, qui constitue le besoin interne*, et c'est précisément de la perte de puissance de l'un que cherche à s'agrandir la puissance de l'autre. Le trait caractéristique du contrat n'est donc pas, comme on le dit habituellement, que les volontés des contractants aient *au début* seulement un contenu différent, leurs intérêts se posant d'abord en adversaires, et se rapprochant ensuite peu à peu jusqu'à se rencontrer en un point d'union ¹⁵.

Dans toute la mesure du possible, j'ai tenu à reproduire cette démonstration célèbre de Triepel dans son texte même, afin d'arriver progressivement, presque sans en avoir l'air — tellement ses arguments sont captivants — à heurter contre cette phrase, que j'ai soulignée, et qui consiste à dire qu'il peut y avoir un accord humain consensuel dont le but interne serait, pour l'un des cocontractants, la perte délibérée de puissance. Nous savons que, même en psychologie, cette éventualité est en pure réalité totalement irrecevable. Il nous faut donc essayer d'étayer une nouvelle acception.

Quoi qu'il en soit et avant que de ce faire, voyons comment est établie par Triepel la différence entre le contrat et le traité-loi (*Vereinbarung*). Étant donné que dans le traité-contrat chacune des deux parties veut des choses incontestablement différentes, ce n'est pas dans l'union de volontés particulières qu'on peut trouver la formation d'une *volonté commune*. Une volonté de ce genre ne se manifeste que par la *Vereinbarung* : comme le contrat, cette dernière consiste en déclarations concordantes de volonté de plusieurs personnes ; ces déclarations sont, comme dans le contrat, échangées l'une contre l'autre, mais, à la diffé-

15. Cf. TRIEPEL, *op. cit.*, pp. 41-43.

rence de ce qui se passe dans le contrat, chaque partie déclare ici une volonté qui est absolument *semblable* à la volonté des autres parties. Plusieurs copropriétaires, à titre d'exemple, d'un immeuble s'accordent pour établir une servitude sur cet immeuble. Chacun déclare ici à l'autre une même *intention*. Chacun « veut » en outre que l'autre fasse la même chose. Chacun veut enfin le même *résultat* que l'autre, que ce soit un résultat économique ou un résultat juridique. Il n'en est pas différemment dans le contrat ; mais, tandis que, dans celui-ci, le résultat touche et doit toucher les sphères juridiques des *contractants* d'une manière *opposée*, il doit avoir ici, pour tous ceux qui participent à la *Vereinbarung*, un *seul et même* effet. Tandis que le contrat doit servir à la satisfaction d'*intérêts opposés*, la *Vereinbarung* est destinée à satisfaire à des *intérêts communs* ou *semblables*¹⁶. Voilà donc quant au fond l'importante différenciation que Triepel a proposée et soutenue, et qui lui a permis de fonder son dualisme doctrinal entre le droit international et le droit interne ; je n'insisterai pas davantage, ces choses étant plus ou moins connues, mais ce qui me permettra de continuer c'est la preuve qu'il me reste encore à faire quant à la nature des rapports entre ces deux actes juridiques, entre ces deux manifestations de volonté, qu'on peut appeler plus couramment traité-contrat et traité-loi, sans vouloir insinuer par là (nous l'avons d'ailleurs vu et nous le verrons encore) qu'ils ne se rencontrent, en tant que formes d'acte ou relations de contenu, que dans le domaine du droit international, aberration à laquelle nous pourrions être conduits par le premier composant, soit par le mot : traité.

Au dualisme de Triepel s'oppose très naturellement un certain besoin d'unité, qui peut devenir le point ou la raison de départ de la critique. Stélio Sfériadès dit, plus explicitement, à cet effet : « a / que le droit international, presque autant que le droit interne, est aussi vieux que le monde, l'un apparaissant dès la vie en commun de deux êtres humains, l'autre dès l'existence de relations entre deux agrégats d'hommes régis au point de vue interne par des règles de droit différentes ; b / que le droit tout entier, aussi bien interne qu'international, ne se compose pas de règles ayant des raisons d'être disparates, mais qu'il est un, découlant tout simplement de la volonté humaine, qui elle-même n'est nullement la conséquence d'un hasard ou d'un caprice du moment, mais la conséquence de la conscience instinctive qu'a tout homme, non seulement des profits et des avantages que peut lui procurer la vie en société, mais la nécessité même d'une telle société pour

16. Cf. TRIEPEL, *op. cit.* pp. 51-52.

sa propre existence »¹⁷. A une réserve près : la substitution du mot « instinctive » par l'épithète « réfléchie », nous pouvons souscrire à une telle acception, qui aurait pour résultat de nécessiter la démonstration du rétablissement de l'unité d'essence entre le traité-contrat et le traité-loi.

Comme nous l'avons déjà vu, la première objection vient sous la plume au moment précis où Triepel affirme que, dans le contrat, nous nous trouvons en présence d'un déplacement de puissance, mais qui serait, pour l'un des contractants, un élargissement de puissance, tandis qu'il serait, pour l'autre, une perte de puissance ; il va plus loin, en précisant que ce serait là la chose en quoi consisterait le besoin interne des contractants, savoir pour le second la perte de puissance. Or, j'estime pour ma part, que si l'un des contractants se croyait spolié (la violence mise à part), l'accord n'aurait pas eu lieu. Même si l'un des deux contractants avait l'impression d'avoir sacrifié quelque chose à l'autre, sans une contrepartie capable d'éteindre cette impression, on ne pourrait plus parler d'accord synallagmatique. Pour que l'accord se fasse, les deux parties doivent trouver pleine satisfaction. Dans le cas de la vente, à titre d'exemple, la contre-prestation de l'acheteur, absolument nécessaire pour que l'accord devienne effectif, est la remise du *prix*, c'est-à-dire la somme payée, donc la perte subie par l'acheteur, pour l'assujettissement désiré du cocontractant. Le déplacement de puissance produit est, par conséquent, un élargissement de puissance pour l'acheteur, eu égard à l'objet de la vente, qui passe dans le patrimoine de l'acheteur en quittant celui du vendeur, et un élargissement de puissance, également, pour le vendeur, eu égard à la somme d'argent, contre-valeur vénale de l'objet de la vente, qui quitte le patrimoine de l'acheteur pour passer dans celui du vendeur. Il y a donc ici un double élargissement de puissance, dont les bénéficiaires sont, respectivement, l'acheteur et le vendeur. Nonobstant, ce n'est point cette satisfaction mutuelle des deux cocontractants qui permet la conclusion de l'accord, puisque chaque élargissement de puissance pour l'une des parties entraîne *ipso facto* une perte de puissance correspondante pour l'autre partie. C'est-à-dire que le transfert de l'objet équivaut à un gain pour l'acheteur et à une perte pour le vendeur, du fait qu'il en est dépossédé au profit de son cocontractant. Il y a donc, outre les rapports complémentaires de compensation qui procurent l'illusion d'une double acquisition (d'un élargissement de la puissance de l'acheteur, comme de celle du vendeur), un contre-mouvement dans les rapports qui consiste en une perte pour l'un et à un profit pour l'autre, pour autant qu'on veuille

17. Cf. *Principes généraux du droit international de la paix*, Recueil des Cours, t. 34, 1930, p. 184.

se limiter, dans notre exemple de la vente, soit à l'objet de la vente, soit au prix, qui complète la transaction, en y introduisant l'élément complémentaire correctif. Si l'on ne considère, en effet, que l'une de ces deux choses, l'objet ou le prix, on se rend compte qu'il y a toujours par rapport à elles perte pour l'un et profit pour l'autre : le vendeur est dépossédé de la chose vendue et l'acheteur en prend possession ; l'acheteur verse l'argent et le vendeur l'ajoute à son patrimoine. Il y a donc élargissement de puissance, pour l'un, et perte de puissance, pour l'autre. C'est, je crois, à ce point de vue qu'a dû se placer Triepel. Mais, cette manière de voir est fragmentaire, puisqu'elle ne tient compte que d'une partie de l'opération. Dans l'opération intégrale nous avons deux pertes de puissance (une pour chacun des deux cocontractants : le vendeur donne l'objet de la vente et l'acheteur verse le prix) et deux accroissements de puissance (un pour chacun : le vendeur reçoit le prix et l'acheteur prend possession de la chose, objet de la vente). Par conséquent, dans ce double rapport, l'accroissement et la diminution de puissance s'annulent réciproquement, et nous ne pouvons plus parler d'une satisfaction mutuelle des contractants, satisfaction qui serait d'après nous la raison essentielle de l'accomplissement de l'accord. Quelle est donc la raison déterminante de la conclusion de l'accord ?

Dans le cas d'un accord synallagmatique la raison déterminante de la conclusion de l'accord réside dans le besoin interne de chacun des contractants. L'un désire acquérir une chose dont il a besoin et est prêt à perdre une chose dont il a moins besoin par rapport à la première ; l'autre a précisément besoin et désire acquérir la chose que le premier est prêt à céder, et désire céder à l'autre précisément la chose dont le premier a besoin, parce qu'elle présente pour lui un intérêt moindre par rapport à la chose que le premier veut céder et que lui-même désire posséder. Il s'agit donc d'un déplacement de puissance dont la caractéristique essentielle est une augmentation de puissance subjective pour chacun des deux cocontractants. C'est de cette manière qu'un accord synallagmatique peut devenir réel en acte. Si nous prenons un exemple dans lequel il n'y aurait pas de contre-prestation visible du côté du second des contractants, c'est-à-dire l'exemple de la donation, où il n'y a pas de remise du prix pour l'objet reçu, nous constaterons la réalisation du même principe : le donateur désire effectuer un acte propre, qui consiste en la prestation de la donation, et le donataire désire recevoir cette donation ; on peut donc penser qu'il y a perte de puissance de la part du donateur et élargissement de puissance de la part du donataire, et que c'est précisément ce besoin interne de chacune des parties qui ferait que l'acte en question servirait à satisfaire des intérêts opposés. Mais, en y regardant de plus près, on voit que la seule différence qui

existe entre cet exemple et l'exemple de la vente, dont nous venons de parler, c'est que nous n'avons plus que deux rapports de volonté entre les deux parties, à la place de quatre rapports (deux fois deux pour chacune des parties), nécessaires si nous étions en présence d'une prestation et d'une contre-prestation, comme dans la vente. Nous verrons *infra* le sens de ces rapports, mais qu'il nous suffise de noter maintenant, puisque nous ne parlons que du désir interne de chacune des deux parties, qui doit consister en une augmentation de puissance subjective, que, pour ce qui est du donataire, l'élargissement de puissance ne peut faire aucun doute (puisque c'est lui le destinataire de la donation et que son patrimoine sera accru) ; quant au donateur, on ne peut certes prétendre qu'il désire satisfaire des « intérêts opposés » à ceux du donataire, puisque c'est précisément par la réalisation de la volonté du donateur que les intérêts du donataire seront satisfaits : ce qui vu par l'extérieur consisterait en une perte de puissance pour le donateur n'est, quant au fond, que le désir même de celui-ci, et, puisque la réalisation d'un désir ne peut être comparée à une diminution pour celui qui réalise son désir, il faut bien admettre que le donateur, si son intention devient effective, ne pourra prétendre qu'à un élargissement de puissance subjective, en conséquence de la réalisation de son propre vouloir.

Seulement, même en admettant que la raison déterminante de tout accord est un désir d'accroissement de puissance, qui se trouve satisfait pratiquement ou virtuellement au moment de la conclusion de l'accord, pour les deux parties, il reste encore à démontrer si ces « vouloir » ne sont pas de contenu différent, selon qu'il s'agit de contrat ou de traité-loi, ainsi que le prétend Triepel.

Pour reprendre nos exemples familiers, dans le cas de la donation, nous sommes en présence des rapports suivants : A (le donateur) veut 1^o effectuer un acte propre, c'est-à-dire remettre l'objet de sa donation, et 2^o que B (le donataire) accepte cette donation et en devienne le maître. D'autre part, B veut, de son côté, 1^o que A fasse l'acte propre dont il a manifesté l'intention et 2^o accepter en qualité de bénéficiaire cette donation. Par conséquent, A désire faire un acte et B désire voir se produire le même acte : c'est là où s'arrête l'analyse de Triepel ; mais, hormis cela, il existe un second rapport de volonté, qui consiste précisément en la volonté de A de voir se produire ce que B désire faire, savoir l'acceptation de la donation. Il y a donc deux rapports qui s'établissent entre les deux parties ; chaque rapport, ainsi établi, est composé de deux volontés (une pour chacune des parties), qui sont *identiques* et *complémentaires*. Elles sont *identiques*, dans le sens que toutes deux visent le même but extérieur : le déplacement de puissance consistant au transfert de l'objet de la donation, et *complémentaires*, dans le sens précisément

que l'une est active et que l'autre est passive, puisque la première veut *agir* et que la seconde veut *voir agir*.

Dans l'exemple d'une vente, nous établissons les rapports ci-après : A (l'acheteur) désire 1° acheter la chose, 2° que B (le vendeur) veuille la vendre. Simultanément B désire 1° vendre la chose et 2° que A veuille l'acheter. Jusqu'ici, nous nous trouvons être en présence des mêmes rapports de volonté comme ci-dessus. Mais, du fait que nous n'avons plus un seul objet extérieur, un seul transfert de puissance, mais plutôt deux : l'objet de la vente et la somme d'argent à payer, nous créons une nouvelle série de rapports, qui peut se résumer en ceci : A veut 1° payer le prix correspondant et 2° que B accepte ce même prix, tandis que le vouloir de B consiste 1° en l'acceptation du prix et 2° en le désir que A veuille, soit disposé à le lui donner. A la différence de l'exemple de la donation, il y a donc ici huit volontés, unies en quatre rapports, également passives et actives réciproquement, comme dans le premier exemple. Ce qui diffère, par conséquent, ce n'est pas le contenu des volontés des parties, puisque dans les deux cas elles voulaient réciproquement des choses identiques et complémentaires (le transfert de la donation, le transfert de l'objet de la vente ou du prix y afférent), mais bien plutôt l'objet du transfert, qui était unique, dans le cas de la donation, et double, dans le cas de la vente. Ces deux exemples étant des types contractuels, on voit que la modification de la situation extérieure, visée par l'exécution de l'accord, est toujours, et indépendamment du nombre d'objets en présence, d'essence synallagmatique, c'est-à-dire que les cocontractants trouvent leurs satisfactions mutuelles dans la possession d'objets complémentaires (chose vendue ou prix, dans l'exemple de la vente ; transfert d'un bien et réalisation du désir de ce transfert, dans l'exemple de la donation), mais, il faut bien l'avouer, différents, pour chacun des contractants.

Voyons maintenant comment s'établissent les rapports dans le cas d'un traité-loi. Prenons l'exemple de deux États qui veulent créer une institution internationale ; les rapports de volonté sont en tout semblables à ceux déjà étudiés pour le cas de la donation. Ils sont semblables à ceux de la donation, car ici aussi, comme dans celle-là, il n'y a qu'un seul objet extérieur et non pas deux, comme dans le cas d'une vente : A veut 1° créer l'institution avec B et 2° que B veuille aussi créer cette même institution avec lui ; B, de son côté, désire 1° créer une institution avec A et 2° que A accepte de créer cette même institution avec lui. Il y a donc aussi deux rapports de volonté, composés de deux volontés chacun, dont l'une est active et l'autre est passive, et inversement. Ces volontés sont également *identiques* et *complémentaires*, puisqu'elles désirent la même modification des conditions extérieures à laquelle,

cependant, elle ne sauraient arriver sans le concours de l'autre partie, c'est-à-dire sans le complément nécessaire apporté par la collaboration. La différence essentielle qui perce entre ce mode de collaboration et celui du contrat est que la satisfaction consécutive à la réalisation des volontés par la possession de l'objet convoité réside dans la possession d'un même objet pour les deux parties. C'est toute la différence et l'importance de cette différence.

Cette différence dans le but de la possession (et non pas dans le contenu des volontés qui est toujours pareil, soit dans les traités-contracts, soit dans les traités-lois, c'est-à-dire un désir de jouissance et d'accroissement du moi) correspond à la nécessité inéluctable de la solidarité sociale ou, ce qui est la même chose, à la nature spécifique de l'être humain.

Toute solidarité, en effet, de quelque forme qu'elle soit, peut se ramener à deux éléments essentiels et irréductibles, à savoir que les hommes sont solidaires les uns des autres : 1° parce qu'ils ont des besoins communs auxquels ils ne peuvent assurer satisfaction que par la vie en commun ; 2° parce qu'ils ont des besoins différents et des aptitudes différentes, et qu'ils assurent la satisfaction de leurs besoins différents par l'échange de services réciproques, dus au développement et à l'emploi de leurs aptitudes différentes. La première espèce de solidarité est la solidarité *par similitudes* ; la seconde, la solidarité *par dissemblances*.

R. von Ihering, en prétendant que la vie animale, telle que la nature l'a conçue et façonnée, est l'affirmation par l'être vivant de son existence par ses propres forces (*volo*, et non *cogito, ergo sum*), que la vie est l'adaptation pratique du monde extérieur aux fins de l'existence propre¹⁸, a vu clairement en quoi consistait le contenu du droit : en la recherche par l'être de sa propre utilité, par l'intermédiaire de manifestations de sa volonté, exprimée par des actes juridiques. Mais, puisque dans cette recherche le sujet est guidé tantôt par des besoins communs et tantôt par des besoins différents, il s'ensuit que selon la particularité du but désiré, selon la nature de l'objet qu'il désire posséder, il aura recours à des actes appropriés, relevant de la solidarité sociale, puisqu'il s'agira toujours d'arriver à ses fins par le truchement d'une collaboration. Selon donc l'objet du besoin, on emploiera le moyen du traité-contrat, qui correspond à la forme de la solidarité par dissemblances, ou celui du traité-loi, qui correspond à la forme de la solidarité par similitudes. Dans les deux cas, cependant, ce n'est que le genre de l'objet à appré-

18. Cf. *L'Évolution du droit (Zweck im Recht)*, trad. sur la 3^{ème} éd. allemande par O. DE MEULENAERE, Paris, 1901, p. 5.

hender qui varie, pour chacun des partenaires, et non leurs volontés, en tant que contenu, dans leurs rapports réciproques, bref : en tant qu'essence. Celle-ci est toujours identique : une expansion. On ne voit pas très bien comment un acte relevant d'une certaine forme de la solidarité (nommément, la solidarité par similitudes) impliquerait un contenu de volonté de *nature* différente, de celle du contenu de la volonté d'un acte correspondant à l'autre forme de la même solidarité.