

ESSAI
SUR LA THÉORIE
DE
L'ABUS DU DROIT

(ART. 2 C. C. S.)

DANS SES RAPPORTS AVEC
LA RESPONSABILITÉ POUR ACTES ILLICITES

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ
DE NEUCHÂTEL.

pour obtenir le grade de Docteur en droit

PAR

ANDRÉ PERROCHET

Licencié en droit, avocat.

LAUSANNE
IMPRIMERIE CHARLES PACHE, CITÉ-DERRIÈRE, 3

1920



ESSAI
SUR LA
THÉORIE DE L'ABUS DU DROIT
(ART. 2 C. C. S.)
DANS SES RAPPORTS AVEC
LA RESPONSABILITÉ POUR ACTES ILLICITES

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, sur le rapport de M. le professeur Ed. Béguelin, autorise la publication de la présente thèse de M. André PERROCHET : *Essai sur la théorie de l'abus du droit (art. 2 C. C. S.) dans ses rapports avec la responsabilité pour actes illicites*. Elle ne donne ni approbation ni improbation aux opinions émises, ces opinions devant être considérées comme propres à l'auteur.

Neuchâtel, le 15 mai 1919.

Le Doyen de la Faculté de Droit
F.-H. MENTHA.

ESSAI
SUR LA THÉORIE
DE
L'ABUS DU DROIT
(ART. 2 C. C. S.)
DANS SES RAPPORTS AVEC
LA RESPONSABILITÉ POUR ACTES ILLICITES

THÈSE
PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ
DE NEUCHÂTEL
pour obtenir le grade de Docteur en droit
PAR
ANDRÉ PERROCHET
Licencié en droit, avocat.

LAUSANNE
IMPRIMERIE CHARLES PACHE, CITÉ-DERRIÈRE, 3

1920



BIBLIOGRAPHIE

- AB-YBERG, Alois. Die Strikes und ihre Rechtsfolgen. Thèse de Zurich 1902-1903.
- AHRENS, Heinrich. Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates, 6^{me} édition. Vienne 1870.
- Annuaire de législation étrangère.* Paris.
- APPERT, Georges. Des droits du propriétaire vis-à-vis de ses voisins dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906, p. 71 et suiv.
- Archiv für bürgerliches Recht.* Berlin.
- Archiv für die civilistische Praxis.* Tübingen und Freiburg i/ B.
- BEHR. Ist der Begriff der Anspruchsverjährung im Sinne des Entwurfs des B.G.B. beizubehalten? dans *Verhandlungen des 20. Juristentages*, Vol. 1 (Gutachten), p. 285-305. Berlin 1889.
- BARDESCO, Antoine. L'abus du droit. Thèse de Paris 1912-1913.
- BAUKE. Rechtswissenschaftliche Untersuchungen. Die Bestrafung der Chikane. Berlin 1902.
- BERGBOHN. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie.
- BESELER, Georg. System des gemeinen deutschen Privatrechts. Berlin 1885.
- BEUDANT. Le droit individuel et l'Etat. Paris, Rousseau 1891.
- Blätter für zürcherische Rechtssprechung*, Neue Folge der *Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen.* Zürich.
- BLÜMNER. Die Lehre vom böswilligen Rechtsmissbrauch (Chikane) nach gemeinen Recht und nach dem Recht des B.G.B. Heft III. der *Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien* de Ebering. Berlin 1900.

- BOSC, JEAN. Essai sur les éléments constitutifs du délit civil. Thèse de Montpellier 1900-1901.
- BOSSCHE, van den. Des limitations imposées par les relations de voisinage à l'exercice du droit de propriété sur les immeubles dans la *Flandre judiciaire* du 3 avril 1904, p. 309 et suiv. Gand.
- BOUGLÉ, C. Les sciences sociales en Allemagne. Paris 1896.
- BRENTANO LUJO. La question ouvrière. Traduit par L. Caubert. Paris 1885.
- BRU, CÉSAR ET MORIN. La responsabilité, la faute, le risque, l'abus du droit dans *Annales de la Faculté d'Aix*. Juin 1906.
- BRUGI. Note sur l'invasion de la fumée des bateaux à vapeur dans les édifices voisins, dans *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale dei obbligazioni*. Milan 1910. T. 2., p. 875.
- BRUNSCHWIG. La responsabilité civile des syndicats professionnels à raison des atteintes à la liberté du travail. Paris 1902.
- BUCH, G. Schuld und Haftung im geltenden Recht. München 1914.
- BUFFNOIS, E. Propriété et contrat. Paris, Rousseau 1900.
Bulletin des lois de la République française.
Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 4^{me} année, 1905. Paris.
Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse. Berne.
Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft. Bern.
- BURKHARDT, C. CHR. Die Revision des schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht. Referat für den schweizerischen Juristentag. 1903, dans *Zeitschrift für schweizer. Recht*, Vol. 22, p. 469-586.
- BURKHARDT, W. Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874.
- BUTTIN. L'usage abusif du droit. Thèse de Grenoble 1904.
- CAPITANT. Des obligations de voisinage, dans *Revue critique de législation*, 1900, p. 156 et suiv. et p. 228 et suiv.
- CARPZOW. *Jurisprudentia forensis romano-saxonica*. 1638.

- CHARMONT. L'abus du droit, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 119.
- CHARMONT. Note à propos de l'affaire Ressayrier c. Jaurès, dans *Revue critique de législation*, 1898, p. 129 et suiv.
- CEDRESCHI, M. L'abuso del diritto. Thèse de Turin 1911.
- CORDEY, E. La notion de l'abus du droit, dans *Journal des Tribunaux*, 1905, p. 98 et suiv.
- COROI, C.C. La théorie de l'abus du droit et « l'excès » du droit en droit français. Thèse de Genève 1910.
- COQUILLE, Guy. Les coutumes du pays et duché de Nivernais. Paris 1635.
- COSACK. Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 5^{me} édition, 1909.
- CROME, Carl. System des deutschen bürgerlichen Rechts. Berlin 1900-1912, 5 vol.
- DALLOZ. Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine. Paris.
- DEMOLOMBE. Commentaire du Code Napoléon. T. 11. Traité des servitudes. Paris 1832.
- DENKSCHRIFT ZUM Entwurf eines B.G.B. nebst drei Anlagen dem Reichstag vorgelegt. 2^{me} édition, Berlin, 1896.
- DERNBURG, H. Pandekten. 7^{me} édition, Berlin 1902.
- DERNBURG, H. Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens. 2^{me} édition, Halle 1902.
- DESCHANEL, Paul. La question sociale. Paris, Lévy 1898.
- DESSERTAUX, Marc. Abus de droit ou conflit de droit, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906, p. 119 et suiv.
- DOBROVICI, Constantin. De l'abus de droit. Thèse de Paris 1909-1910.
- DOHNA, Alexander zu. Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. Halle a. S. 1905.
- DOMAT. Œuvres. Les lois civiles dans leur ordre naturel, publiées par A. Carré. Paris 1823.
- DUFFAU-LAGAROSSE, L. Du droit aux dommages-intérêts dans le louage de services à durée indéterminée d'après la loi du 27 septembre 1890, dans *Revue critique*, 1899, vol. 48, p. 479 et suiv.

- DURKHEIM, Emile. De la division du travail social. 2^{me} édition, Alcan, Paris.
- EGGENSCHWYLER, W. Das freie Ermessen des Richters, ein Schritt zur Ungleichheit vor dem Gesetze? dans *Schweizerische Juristenzeitung*, 1912, p. 264.
- EGGENSCHWYLER, W. Der Schutz des guten Glaubens nach schweiz. Z.G.B. Thèse de Zurich 1912.
- EGGER, A. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Personenrecht. Zurich 1911.
- EGGER, A. L'idée de la liberté au temps présent. Conférence faite à Genève et à Zurich, en février 1917. Publications sur la vie et l'art suisses, N° 10. Rascher & Cie. Zurich 1918.
- EHRlich, Eugen. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. Conférence faite à la Société juridique de Vienne le 4 mars 1903. Leipzig 1903.
- ELZBACHER, Paul. Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht. Vol. 1. Das rechtswirksame Verhalten. 1903.
- ENDEMANN, F. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des B.G.B. 8^{me} édition. Berlin 1903.
- Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.*
- ENTWURF eines B.G.B. für das deutsche Reich. Edition officielle. Berlin 1888.
- ERNST. Die Bedeutung des Merkmals «widerrechtlich» in Art. 50 des schweiz. O.R. Thèse de Leipzig 1910.
- EXPOSÉ DES MOTIFS de l'avant-projet du Département fédéral de justice et police. Code civil suisse. Berne 1902.
- FEIGENWINTER. Zur Kasuistik des Vergleichs in Strafsachen. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsmissbrauch, dans *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*. XX^{me} année (1907), p. 323-340.
- FENET. Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil.
- FISCHER, H. A. Die Rechtswidrigkeit. Giessen 1910.
- FORESTIER, Victor. La notion de la faute dans l'application des lois fédérales spéciales sur la responsabilité civile en matière d'accidents de transport et de travail. Thèse de Lausanne 1897.

- FOUILLÉE, Alf. L'idée moderne du droit en Allemagne, en Angleterre et en France. Paris 1878.
- FROMAGEOT, Henri. De la faute comme source de la responsabilité en droit privé. Paris 1891.
- FULD. Der Chikaneparagraph des B.G.B., dans *Blätter für Rechtsanwendung*, Vol. 63 (1898), p. 501 et suiv.
- GAREIS. Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche. Der allgemeine Teil des B.G.B. Berlin 1900.
- GAUDEMET. Notes de jurisprudence française. Personnes et droits de famille, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 669-693.
- GÉNY, François. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Préface de M. Raymond Saleilles. Paris 1899.
- GÉNY, François. Risques et responsabilités, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 812.
- GÉNY, François. Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 333.
- GERMETTE. Essai sur les rapports de l'élément matériel et de l'élément intellectuel dans la responsabilité civile. Thèse de Paris 1900.
- GIERKE, Otto. Der Entwurf eines B.G.B. und das deutsche Recht. Leipzig 1899.
- GIERKE, Otto. Deutsches Privatrecht. II. Abteilung, 3. Teil, des systematischen Handbuchs der deutschen Rechtswissenschaft de Karl Binding. Leipzig 1893.
- Gmür, Max. Inwieweit ist die Uebereinstimmung der Begriffe in Civil- und Strafrecht wünschenswert und durchführbar? Referat für den schweizerischen Juristentag 1903, dans *Zeitschrift für schweiz. Recht*, vol. 22, p. 587-650.
- Gmür, Max. Kommentar zum schweizerischen Z.G.B., herausgegeben von Prof. Dr M. Gmür. Vol. 1. Einleitung (M. Gmür), Personenrecht (Dr Hafer). Bern 1910.
- GOLDENBERG. Die Stellung des B.G.B. zur Chikane. Thèse de Rostock 1903.

- GOLDMANN-LILIENTHAL. Das bürgerliche Gesetzbuch. 2^{me} édition, 1903.
- GRUCHOT. *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, fondé par Gruchot. Berlin.
- GRÜNHUT'S. *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht*. Vienne.
- GUËX, R. La relation de cause à effet dans les obligations extra-contractuelles. Thèse de Lausanne 1904.
- HABERSTICH, J. Handbuch des schweiz. Obligationenrechts Zurich 1884.
- HAGER, L. W. Schikane und Rechtsmissbrauch im heutigen bürgerlichen Rechts. München 1913. Bd. 26. Heft II, der *Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess des deutschen Reiches* von Otto Fischer.
- HALSBURY, Earl of. The laws of England being a complete statement of the all law of England. Londres 1913.
- HARTMANN, G. Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprincip und die Richterstellung, dans *Archiv für civ. Praxis*, Bd. 73 (1888), p. 309-407.
- HAURIOU. Principes de droit public, 1910.
- HEGETSCHWEILER, Otto. Der Schutz des guten Glaubens nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch. Sachenrecht Thèse de Zurich 1912-1913.
- HEINE, E. Ueber das Verhältniss der § 226 und 826 B.G. B. zueinander. Thèse de Heidelberg 1906.
- HEUBERGER, J. Ueber einzelne Bestimmungen des Entwurfes des schweizerischen Civilgesetzbuches, dans *Zeitschrift für schweiz. Recht*. Vol. 46 (N. S. 24), p. 128 et suiv.
- HOLD V. FERNECK, A. Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts. I, 1903. — II, 1905. Jena.
- HÖLDER, Ed. Kommentar zum B.G.B. München 1900.
- HÖLDER, Ed. Pandekten. Allgemeine Lehren. Mit Rücksicht auf den Civilgesetzentwurf. Freiburg i/Br. 1891.
- HOFSTETTER-LEU, F. Ein neue Etappe in der Frage nach der Widerrechtlichkeit des Boykott, dans *Schweizer Juristenzeitung*, Vol. 8, p. 3 et suiv.

- HOMMEAU, P. de P. Maximes générales du droit français avec notes de P. Chailine (1665). II^{me} partie.
- HUARD, René. L'idée de risque et la notion de faute en matière de responsabilité. Thèse de Paris 1913.
- HUBER, Dr A. Zur Kodifikation des Rechtsmissbrauches, dans *Schweizerische Juristenzeitung*. 2^{me} année (1905-1906), N^o 21, p. 267 et N^o 22, p. 279.
- HUBER, Engen. System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes. 4 vol. Bâle 1886.
- HUBER, Karl. Ueber den Rechtsmissbrauch (Schweiz Z.G.B Art. 2.) Thèse de Berne 1909-1910. Fascicule 37 des *Abhandlungen zu schweiz. Recht*, de Gmür.
- HUG. Commentaire théorique et pratique du Code civil.
- HUMBOLDT, Wilhelm von. Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen. Breslau 1851.
- IHERING. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes*, puis *Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*. Jena.
- IHERING. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 3^{me} édition.
- IHERING. L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, traduit par O. de Meulenaere. 3^{me} édition. Paris 1888.
- IHERING. Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn, dans *Iherings Jahrbücher*, Vol. 6, p. 81-130.
- IHERING. Passive Wirkungen der Rechte, dans *Iherings Jahrbücher*, Vol. 10, p. 387 et suiv.
- IHERING. Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, dans *Iherings Jahrbücher*, Vol. 23, p. 155-338.
- IHERING. Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Giessen 1867.
- IHERING. Der Zweck im Rechte. 1^{re} édition. Leipzig 1877.

- IHERING. Ein Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn
dans *Iherings Jahrbücher*, Vol. 18, p. 1-128.
- JACUBEZKY. Zur Frage des allgemeinen Chikaneverbots,
dans *Gruchots Beiträge*, Vol. 40 (1896),
p. 591 et suiv.
- JANNOT, R. De la responsabilité civile par suite de l'abus
de droit. Thèse de Dijon 1906.
- JOSSERAND, L. L'abus du droit. Paris 1905.
- JOSSERAND, L. De la responsabilité du fait des choses inanimées.
Journal des Tribunaux, Lausanne.
- JURISTENZITUNG, deutsche, édité par Laband et Staub, Berlin.
- JURISTENZITUNG schweizerische, édité par Eug. Curti et A. Curti,
Zurich.
- KELLER, Rudolf. Die Ueberschreitung des Eigentumsrechts an
Grundstücken. Thèse de Berne 1910-1911.
- KOCH. Das Chikaneverbot des § 236 und seine
praktische Anwendung. Thèse de Fribourg
en Brisgau 1902.
- KOHLER, Joseph. Autorrecht, dans *Iherings Jahrbücher* 54, 2.
Folge 18 (1908), p. 129 et suiv.
- KOHLER, Joseph. Lehrbuch des bürgerlichen Gesetzbuches.
Vol. 1 Der allgemeine Teil. Berlin 1906.
- KORNITZER. Zur Theorie des österreichischen Nachbar-
rechtes, dans *Grünhut's Zeitschrift*, Vol. 22,
p. 625 et suiv.
- KRAINZ, Joseph. System des österreichischen allgemeinen Pri-
vatrechtes. Vol. 1, 5^{me} édition. Vienne 1913.
- KRAINZ, Joseph. Schadenhaftung ohne Verschulden.
- LAMAZF, Paul de. Des limites du droit de grève. Thèse de Paris
1910-1911.
- LANGHEINECKEN, P. Anspruch und Einrede. 1903.
- LAPARRE, Etienne. La théorie de l'abus du droit et la théorie du
détournement de pouvoir. Thèse de Paris
1912-1913.
- LAROMBIÈRE. Théorie et pratique des obligations. Paris 1857.
- LAUN, von. Das freie Ermessen und seine Grenzen.
Leipzig 1910.
- LAURENT, F. Principes de droit civil français. Bruxelles et
Paris.

- LEHR, Ernest. Eléments de droit civil anglais. Paris 1885.
- LESOUDIER, Charles. De la responsabilité de l'exploitant du tréfonds vis-à-vis du propriétaire de la surface, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906, p. 545 et suiv.
- LEVY, Emmanuel. Capital et travail.
- LEVY, Emmanuel. Responsabilité et contrat dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1899, p. 361 et suiv.
- LIECHTI, Eugen. Die Verurtheilungen im modernen Erwerbsleben, speziell Boykott und Arbeitsperre. Thèse de Zurich 1897.
- LISZT, FRANZ VON. Die Deliktobligationen, dans *Das Recht des B.G.B. in Einzeldarstellungen*, Heft 8. Berlin 1898.
- MAHMOUD-FATHY, M. La doctrine de l'abus des droits, dans *Fascicule 1^{er} des travaux du Séminaire oriental d'études juridiques et sociales*. Paris 1913.
- MARTIN, Alfred. L'abus du droit et l'acte illicite, dans *Zeitschrift für schweizer. Recht*, Vol. 47 (N. S. 25), p. 21 et suiv.
- MARTIN, Alfred. Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le C.C.S. Mémoire publié à l'occasion du jubilé de l'Université. Genève 1909.
- MARTIN, Alfred. Observations sur les deux premiers articles de l'avant projet du C.C.S., dans *Semaine judiciaire*, T. 23, p. 1. et suiv.
- MARTIN, E. Das Chikaneverbot des B. G. B. Thèse de Würzburg 1907.
- MERKEL, Adolf. Die Kollision rechtmässiger Interessen, 1895.
- MESSAGE du Conseil fédéral concernant le projet du C.C.S. du 28 mai 1904, dans *Feuille fédérale* 1904. Vol. 4.
- MEVIUS. Commentarium in jus iudicense. 1664
- MICHEL, Henry. L'idée de l'Etat. Essai critique sur l'histoire des théories sociales et politiques en France depuis la Révolution. Paris 1895.
- MONGIN. Le droit de congé dans le louage de services, dans *Revue critique de législation*, 1893, p. 342 et suiv.
- MOTIVE zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich Edition officielle. Berlin 1888.

- MUGDAN. Die gesammten Materialien zum B.G.B. für das deutsche Reich. 5 vol. Berlin 1899.
- NAST, Leo. Das Chikaneverbot im B.G.B. Thèse de Rostock 1908.
- NEUMANN, Friederich. Verstoss gegen die guten Sitten und Chikane in ihrem Verhältnisse zu einander. Thèse de Breslau 1912.
- CERTMANN, Paul. Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar zum B.G.B. 3^{re} et 4^{re} édition. Berlin 1910.
- CERTMANN, Paul. Sittenwidrige Handlungen, dans *Deutsche Juristenzeitung*, 1908, p. 326.
- ORTOLAN. Explication des Institutes.
- OSER, H. Das Obligationenrecht. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. 5. Band. Zurich 1915.
- OSER, H. Das Sachenrecht des Entwurfes zum Schweiz. Zivilgesetzbuch in der Expertenkommission, dans *Schweiz. Blätter für Wirtschafts- und Sozialpolitik*, Vol. 11 (1908), p. 1 et suiv.
- OTTO, Henry. Zur Chikane. Thèse de Heidelberg 1913.
- Pandectes françaises.* Nouveau répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence. Paris.
- PAUL-BONCOURT, J. Les rapports de l'individu et les groupements professionnels. Thèse de Paris 1900; publié aussi en volume sous le titre : «le Fédéralisme économique».
- PAULSEN, Friederich. System der Ethik mit einem Umriss der Staats- und Gesellschaftslehre. 6^{re} édition. Stuttgart et Berlin 1908.
- PERREAU, E.-H. Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, p. 229 et suiv.
- PERREAU, E.-H. Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1912, p. 609 et suiv.
- PFAFF, L. Zur Lehre von Schadenersatz und Genugtuung nach österr. Recht. Ein Gutachten. Vienne 1880.
- PLANCK, G. Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert von G. Planck. 9^{re} édition. Berlin 1909.

- PLANTOL. Etudes sur la responsabilité civile, dans *Revue critique de législation*, 1905, p. 277 et suiv.
- PLANTOL. Traité élémentaire de droit civil. 3^{me} édition. Paris 1905.
- POLLOCK, Frederick. The law of torts: A treatise on the principles of obligations arising from civil wrongs in the common law. 5^{me} édition. Londres.
- POGHEROT, Ernest. De l'abus de droit. Thèse de Dijon 1901.
- POTHIER. Introduction générale aux coutumes, dans Tome 10, des œuvres de Pothier, publiées par M. Dupin. Paris 1837.
- PROTOCOLES de la Commission d'experts du C.C.S. 4 volumes.
- PROTOKOLLE der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des B.G.B. 8 vol. Berlin 1897-1898.
- PROUDEHON. Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens considérée principalement par rapport au domaine privé. Dijon 1839.
- RAMDOHR. Rechtsmissbrauch, dans *Gruchots Beiträge*. Vol. 46 (1902), p. 577 et suiv. et 806 et suiv.
- Rechtsprechung, (die) der Oberhandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechtes*. Mugdan et Falkmann. Leipzig.
- Recht (das)*. Rundschau für den deutschen Juristenstand. Hanover.
- REGELSBERGER, F. Pandekten. I. Abteilung, 7. Teil des Systematischen Handbuches der deutschen Rechtswissenschaft de Karl Binding. Leipzig 1893.
- REHBEIN. Das bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Dr H. Rehbein. 1903.
- REICHEL, Alex. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Einleitung. Zurich 1911.
- RENSING, E. Die Widerrechtlichkeit als Schadenersatzgrund nach dem schweizer. O.R. und dem Entwurf eines B.G.B. Annexe à l'Index lectionum de l'Université de Fribourg en Suisse. Semestre d'hiver 1892-1893.
- Revue critique de législation et de jurisprudence*. Paris.
- Revue trimestrielle de droit civil*. Paris.
- REWOLDT, M. Das Verbot der Chikane, dans *Gruchots Beiträge*. Vol. 24 (1880), p 677 et suiv.
- REYNAUD, Lucien. L'abus du droit. Thèse de Paris 1904.



- RIEZLER. Arbeitskraft und Arbeitsfreiheit in ihrer privatrechtlicher Bedeutung, dans *Archiv für bürgerliches Recht*, Vol. 27, p. 219.
- RIPERT, Georges. Abus des droits, dans *Revue critique de législation*, 1911 (Vol. 60), p. 148.
- RIPERT, Georges. L'exercice des droits et la responsabilité civile dans *Revue critique de législation*, 1906 (Vol. 55), p. 352.
- RIPERT, Georges. De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines. Thèse d'Aix-Marseille 1902.
- RIVIÈRE. Du principe de l'imputabilité civile, dans *Revue critique de législation*, 1864.
- ROGUIN, E. Etude de science juridique pure. La règle de droit. Lausanne 1889.
- ROSSEL et MENTHA. Manuel du droit civil suisse. 2 volumes. Lausanne. Payot
- ROSSEL, Virgile. Code (révisé) des obligations. Volume 3, du Manuel de droit civil suisse de Rossel et Mentha.
- ROSSEL, Virgile. Les principes du futur Code civil suisse, dans *Bibliothèque universelle*, Avril 1905 Tome 38, p. 16 et suiv.
- ROSSEL, Virgile. Un principe nouveau. Article du *National suisse* du 11 février 1906.
- ROUSSEL, Pierre. L'abus du droit. Etude critique. Thèse de Paris 1913.
- RÜMELIN, Max. Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches zur objektiven Schadenersatzpflicht 1896.
- RÜMELIN, Max. Die Verwendung der Causalbegriffe im Straf- und Civilrecht, dans *Archiv für civilist. Praxis*, Vol. 90, p. 171 à 344.
- RUMPF. Gesetz und Richter. Versuch einer Methodik der Rechtsanwendung. Berlin 1906.
- SALANSON, Louis. De l'abus du droit. Thèse de Paris 1903.
- SALEILLES, R. Les accidents du travail et la responsabilité civile. Paris 1897.
- SALEILLES, R. Etude sur la théorie générale de l'obligation, d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand. 2^{me} édition. Paris 1901.

- SALEILLES, R. La législation italienne relative à la conservation des monuments et objets d'art, dans *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1895, p. 1.
- SALEILLES, R. De l'abus du droit. Rapport présenté à la première sous-commission de la Commission de révision du Code civil, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 325 et suiv.
- SALIS, L.R. de. Le droit fédéral suisse. Traduction de Eugène Borel, 2^{me} édition, Berne 1905.
- Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. obersten Gerichtshofes*, édité par Glaser, Unger et Walther, actuellement par Pfäff, von Schey et Krupsky.
- SAUZET. Etude sur le nouvel article 1780 du Code civil, dans *Annales de droit commercial*, 1891, n° 28, p. 49 et n° 30, p. 101.
- SEUFFERT'S. *Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten*. Munich et Berlin. (La numérotation des volumes adoptée ici est celle de la série générale.)
- SCHBY, Josef von. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für Oesterreich. 19^{me} édition.
- SCHNEIDER, A. und FICK, H. Das schweizerische Obligationenrecht. 2^{me} édition. Zürich 1896.
- SCHNEIDLER. Das Schikaneverbot des § 226 B.G.B., dans *das Recht*, 10^{me} année (1906), p. 603 et suiv.
- SCHULZ-SCHAEFFER. Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlungen. I. 1915.
- Schweizer Blätter, katolische, für Wissenschaft, Kunst, u. s. w.*
- SIBER, Dr Heinrich. Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht, dans *Ihering's Jahrbücher*, Vol. 50 (3. F. 14), p. 55 à 276.
- SIPPEL, Karl. Die Schikane im früheren und modernen Recht unter besonderer Berücksichtigung des § 226 B.G.B. Thèse de Marburg 1912.
- SIREY, J. B. Recueil général des lois et des arrêts, fondé par J.B. Sirey. Paris.
- SOHM, Rudolf. Institutionen des römischen Rechts. Leipzig 1884.
- SOURDAT, M. A. Traité général de la responsabilité. Paris 1872.

- SPECKER, Karl. Die Persönlichkeitsrechte mit besonderer Berücksichtigung des Rechts auf die Ehre im schweizerischen Privatrecht. Thèse de Zurich 1910-1911.
- STÄHELIN, M. Zu Art. 8. 1 des Zivilgesetzentwurfs, dans *Zeitschrift für schweizer. Recht*, Vol. 48 (N.S. 26), p. 355 et suiv.
- STAMMLER, Rudolf. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin 1902.
- STAMMLER, Rudolf. Theorie der Rechtswissenschaft. Halle 1911.
- STAUDINGER, J. von. Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und den Einführungsgesetzen. 7^{me} et 8^{me} édition. Munich et Berlin 1912.
- STOOS. Zu Art. 1. des schweiz. Z.G.B., dans *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, Vol. 45, p. 593-649.
- STRYKIUS, Samuel. De æmulatione juris. 1678.
- TANON. L'évolution du droit et la conscience sociale. Alcan. Paris 1914.
- TARDY. Les transformations du droit.
- TEISSIERE, M. Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité. Etude de droit civil. Thèse d'Aix-Marseille 1900-1901.
- THOMASIIUS. Non-ens actionis forensis contra ædificationem ex æmulatione Halle 1703.
- THON, August. Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.
- TIRLEMONT, Paul. Etude sur la nature juridique de la grève et sur l'abus du droit de grève par les ouvriers ou par leurs syndicats. Thèse de Lille 1904-1905.
- TOULLIER, C. B. Droit civil français suivant l'ordre du Code. 5^{me} édition. Paris 1830.
- TRUEB, Hans. Der Rechtsmissbrauch im modernen Recht. Thèse de Berne 1909. Fascicule 34 des *Abhandlungen zum schweiz. Recht*, de Gmür.
- TUHR, A. von. Eigenes und fremdes Interesse bei Schadenersatz aus Verträgen, dans *Grünhut's Zeitschrift*, Vol. 25 (1898), p. 529-584.

- TOHR, A. von. Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses, dans *Zeitschrift für schweiz. Recht*, Vol. 39 (N.S. 17).
- TUOR, P. Das neue Recht. Eine Einführung in das schweizerische Zivilgesetzbuch. Zurich 1912.
- UNGER, Joseph. Handeln auf eigene Gefahr. Ein Beitrag zur Lehre von Schadenersatz. 1893.
- UNGER, Joseph. Die Lehre vom österreichischen Nachbarrechte, dans *Grunhut's Zeitschrift*, Vol. 13, p. 715 et suiv.
- UNGER, Joseph. System des österreichischen allgemeinen Privatrechtes. Leipzig 1856.
- Verhandlungen des deutschen Juristentages*. Herausgegeben von dem Schriftführer Amt der ständigen Deputation.
- WECHTER, Carl-Georg von. Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. Stuttgart 1843.
- WECHTER, Carl-Georg von. Pandekten. Leipzig 1880.
- WEIL. Verschuldensbegriffe.
- WEISS, Theodor. Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen. Berne 1908.
- WEHRENBARGER. Ueber die Collision der Rechte verschiedener Grundeigentümer, dans *Iherings Jahrbücher*. Vol. 6, p. 1-80.
- WIELAND, Carl. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuche. Das Sachenrecht. Zurich 1909.
- WINDSCHEID, B. Lehrbuch des Pandektenrechts. 8^{me} édition, revue par Th. Kipp. Frankfurt a. Main 1900.
- WORMS, René. Organisme et société. Paris 1895.
- ZAHN. Zur Auslegung von § 226 B.G.B., dans *das Recht*, 40^{me} année (1906), p. 847 et suiv.
- Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*. Bern.
- Zeitschrift für schweizerisches Recht*. Bâle.
- ZITELMANN, E. Ausschluss der Widerrechtlichkeit, dans *Archiv für civ. Praxis*, Vol. 99, p. 1-130.

ABRÉVIATIONS

- A.B.G.B. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.
Code civil autrichien.
- A.T.F. Collection des arrêts du Tribunal fédéral.
- B.Bl. Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft.
Feuille fédérale de la Confédération suisse.
- B.G.B. Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich.
- CASS. CIV. Arrêt de la Cour de Cassation. Chambre civile
- CASS. REQ. Arrêt de la Cour de Cassation. Chambre des requêtes.
- C.C.F. Code civil français.
- C.C.S. Code civil suisse.
- C.O. 1831. Code fédéral des obligations du 14 juin 1831.
- C.O. Code fédéral des obligations révisé.
- D.P. Jurisprudence générale. Recueil périodique fondé par
Daloz.
- R.G.E.-C.S. Reichsgericht's Entscheidungen in Civilsachen.
- SIREY. Recueil général des lois et des arrêts fondé par J.B. Sirey.
- Z.G.B. Zivilgesetzbuch (schweizerisches).
-

La finalité est l'idée créatrice
de tout le droit.

HERING.

INTRODUCTION

Parmi toutes les dispositions nouvelles introduites dans le domaine du droit formulé par le Code civil suisse, il n'en est pas de plus générale, mais aussi à première vue de moins explicite, que celle-ci : « L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi ». Le désir de faire du nouveau code une œuvre adaptée aux conceptions modernes, a poussé le législateur à inscrire au fronton de notre droit civil cette disposition éminemment décorative et riche de conséquences ; mais sa justification et son application n'ont pas été envisagées, semble-t-il, d'une manière suffisante, au cours des débats des diverses commissions qui ont élaboré la loi.

Un tel problème eût mérité mieux que l'honneur d'une formule lapidaire et imprécise ; à en juger par l'abondante littérature qu'il a suscitée, il touche aux questions les plus délicates, et peut-être les plus passionnantes, de la doctrine juridique. La cause de cet intérêt réside pour nous dans l'attrait qu'exerça toujours sur les juristes la question des rapports entre le droit et l'équité, ou mieux, entre le droit et la morale. Le problème de l'abus du droit appartient à ces confins de la science juridique si mal délimités encore en raison de leur intime liaison avec les principes fondamentaux de morale, de

justice et de solidarité, qui guident l'humanité dans sa recherche du bien-être.

« L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi », cela ne veut-il pas dire que le droit n'a pas la souveraineté complète dans son domaine, qu'il y a une limite à sa puissance et qu'un principe nouveau peut intervenir dans certains cas, pour déclarer, au nom d'une discipline sociale ou morale supérieure, que l'exercice d'un droit est condamnable, bien qu'exercé selon la lettre de la loi ? Cette formule, expression plus ou moins nette d'un prétendu conflit entre le droit et la morale, semble résoudre dans un sens affirmatif la question de savoir si la règle juridique ne doit pas céder le pas, lorsqu'elle entre en conflit avec les principes apparemment moraux de la bonne foi et de l'équité.

Etudier la question de l'abus du droit, c'est en une certaine mesure se demander s'il convient d'élever une barrière entre le droit et la morale ; c'est prendre position au sujet de la valeur relative ou absolue de la norme juridique et décider s'il faut y voir un simple moyen ou en faire un but, ou encore, à supposer qu'elle ne soit qu'un moyen, si des exigences supérieures au droit formulé n'obligent pas parfois à sacrifier la lettre de la loi à son but final.

Cette recherche fait l'importance fondamentale de ce débat et ne peut être menée à bien que par l'examen des différents éléments qui conditionnent l'exercice du droit. Elle exige une étude exacte des tendances législatives de notre époque en cette matière ; elle attire l'attention sur les conditions nouvelles créées à l'exercice du droit et à la vie juridique par l'existence moderne. Voilà pourquoi c'est dans l'examen des phénomènes les plus caractéristiques de notre activité et notamment des problèmes nouveaux surgis en matière de responsabilité, qu'on peut le mieux se rendre compte de la signification, de la tendance et de la portée de la disposition nouvelle de l'art. 2 C.C.S.

Pour résoudre la question si complexe de l'abus du droit, ou tout au moins pour essayer d'y projeter quelque lumière et d'en hâter la solution définitive, il nous avait paru intéressant d'étudier une de ses applications essentielle et relativement moderne, celle qui a trait aux conflits du travail. C'est en effet dans les relations qui touchent directement à l'activité économique et au bien-être social des hommes que les possibilités de conflits des droits et des devoirs sont les plus fréquentes ; toutes les questions ayant trait à cette activité, se posent avec une acuité extrême ; mais, du fait de leur nouveauté

même, elles sont moins bien délimitées et, par suite des transformations constantes qu'elles ont subies au cours des cinquante dernières années, sont en quelque sorte prédestinées à engendrer une foule de conflits.

Il est vrai que le problème de l'abus du droit s'est posé également et même antérieurement dans le domaine de la propriété, institution dont toutes les modalités avaient été dès longtemps réglées d'une manière précise; mais ici encore, c'est le bouleversement apporté par la jurisprudence du XIX^e siècle dans la conception de l'exercice de ce droit, qui a amené les législateurs à en examiner de plus près certains aspects et à réprimer les abus.

En étudiant l'application de la théorie de l'abus du droit aux conflits du travail, nous nous sommes bientôt aperçu qu'il était impossible de prendre position sur plusieurs points importants, sans résoudre préalablement les questions fondamentales posées par ce problème: nature de l'abus du droit, recherche du critère à adopter, responsabilité résultant de l'abus. Or la complexité même de cette notion juridique exige une étude complète de ses éléments distinctifs avant qu'on puisse tenter de l'appliquer à une de ses manifestations. Négliger cette recherche serait s'exposer à ne donner qu'une interprétation fragmentaire et tendanciense de la formule de l'art. 2, al. 2 de notre Code.

La réalisation complète du programme que nous nous étions tracé nous eût donc contraint de dépasser beaucoup le cadre d'une étude comme celle-ci. Nous ne pouvions nous dissimuler non plus qu'une œuvre définitive ne verra le jour qu'après la mise en vigueur prolongée de la disposition de l'art. 2. Nous nous sommes donc borné à étudier les différents éléments du problème de l'abus du droit et à les appliquer sommairement à celle de ses formes qui nous paraît la plus symptomatique.

Nous espérons avoir réussi à nous approcher ainsi dans une faible mesure, mais d'une manière utile, de la solution vraie, sans avoir la prétention d'ouvrir des voies entièrement nouvelles. Nous aurons l'occasion de voir que les doctrines étrangères, notamment en France et en Allemagne, ont étudié l'abus du droit sous ses formes les plus diverses; mais il n'était pas sans intérêt de reprendre cette étude au point de vue du droit suisse. Chose curieuse, en effet, notre pays, qui est seul à avoir admis dans son Code une formule très large répressive de l'abus du droit, ne possède pas, sur ce sujet de première importance, de littérature postérieure à l'entrée en vigueur

de ce Code. La Suisse romande en particulier semble s'être désintéressée d'une question qui, en France, est apparue au premier rang des préoccupations juridiques contemporaines.

Il n'était donc pas inutile, dans un pays où le libéralisme est une tradition, de présenter aux juristes un problème dont le caractère le plus apparent est de saper les bases mêmes de l'exercice des droits individuels, seul véritable fondement du libéralisme.

PREMIÈRE PARTIE

Le problème de l'abus du droit.

§ 1. But social des normes juridiques. Le droit vrai.

Quelqu'un demandait à Solon s'il croyait avoir donné à sa patrie la constitution la meilleure. « Non pas, répondit-il, mais celle qui lui convient le mieux ! » Cette parole du grand législateur résume en quelques mots toute l'évolution subie par la philosophie du droit dans le premier stade de son développement. Elle marque la substitution du principe d'utilité, au principe métaphysique et moral qui servait de guide au droit, lorsqu'il se rattachait encore à la religion.

Dès cette époque, et quelles que soient les divergences qui ont pu se produire au cours des siècles dans la manière d'envisager le droit, son fondement est resté le même : il apparaît comme le moyen de régler la vie sociale. Par là même, il se caractérise comme une discipline qui ne confère pas à l'individu, à l'unité sociale, une puissance théorique absolue, c'est-à-dire un maximum de possibilités d'action, mais il a plutôt la tendance à restreindre et à limiter d'une manière pratique la liberté de l'activité humaine¹. L'homme isolé sur une île déserte peut déployer son activité sans limite et sans mesure ; il ne lèse pas pour cela les principes du droit. A proprement parler, Robinson n'a que faire de normes juridiques ; capable d'exercer librement et indéfiniment tous les droits, il n'a nullement besoin d'une règle de droit.

¹ DURKHEIM. *De la division du travail social*. Préface de la 2^{me} édition p. IV.
« Je ne puis être libre que dans la mesure où autrui est empêché de mettre à profit la supériorité physique, économique ou autre, dont il dispose pour asservir ma liberté, et seule la règle sociale peut mettre obstacle à ces abus de pouvoirs. »

Le droit positif se révèle donc comme un moyen de réaliser une vie sociale ordonnée ; il ne trouve pas en lui-même sa justification¹, et ses propositions ne valent que pour autant qu'elles sont en rapport avec la possibilité et la nécessité d'assurer le bon fonctionnement de la communauté et qu'elles sont en mesure de donner une sanction obligatoire aux règles établies. Le droit positif n'a pas de valeur théorique absolue ; c'est une science d'application, une technique. Ainsi que l'a très bien dit M. Paulsen² : « Comme en matière de droit, il s'agit toujours d'intérêts, on peut définir le droit positif : un système de normes, limitant réciproquement les intérêts et les sphères d'activité des membres de la communauté dans le sens de la justice. »

Pendant longtemps, le droit s'est borné à définir aussi exactement que possible cette sphère d'activité de chaque individu ; il était dominé par l'idée de la protection des intérêts individuels contre les ingérences d'autrui. Il visait à préciser dans quelles conditions chaque sujet de droit peut exercer ses droits avec le maximum de rendement pour lui. C'est la Révolution française, issue philosophiquement des idées de Rousseau, qui formula nettement cette conception de l'individualisme. Elle part du point de vue que l'homme isolé et ne vivant pas en société, devrait jouir d'une liberté complète ; celle-ci doit subsister, aussi étendue que possible, quand bien même d'autres activités humaines viennent s'y heurter. Sans doute convient-il de la limiter ; mais en dehors des restrictions précises prévues par la loi, il importe qu'elle demeure intangible.

Au cours du XIX^{me} siècle, et pour des motifs qu'il serait trop long d'exposer ici, cette conception du droit subit une évolution profonde. Rappelons seulement qu'à la suite du développement de la vie industrielle et commerciale et de l'extension tentaculaire des réseaux de chemins de fer et de navigation, les rapports des individus entre eux se sont multipliés ; d'autre part, les inventions modernes, en créant des besoins et des relations nouvelles dans une proportion inconnue jusqu'alors, ont rapproché les hommes à un tel point que

¹ TANON. *L'évolution du droit*, p. 169. « Le droit ne trouve pas en lui-même la représentation des rapports sociaux qui forment la matière de ses prescriptions. Il ne crée ni les intérêts matériels, ni les intérêts moraux que ces rapports recouvrent... Sa fonction propre est de reconnaître et définir les relations de la vie dans lesquelles ces intérêts trouvent leur satisfaction la plus sûre et la plus large. »

² PAULSEN. *System der Ethik*. Vol. 2. p. 142.

nul aujourd'hui ne peut vivre pour lui seul. L'individualisme théorique a vécu et a fait place à une *conception sociale* des rapports humains. La solidarité apparue dans les faits s'est immédiatement traduite dans le droit, selon un processus qui est le fondement même de cette science ¹.

Cette évolution a eu une répercussion marquée sur les théories juridiques en général. Tous les domaines du droit, même ceux où la trace de l'individualisme paraissait la plus profonde en ont été transformés. Il n'est pas jusqu'à l'institution sacrée entre toutes, celle de la propriété individuelle, qui ne soit soumise à la règle commune. M. Saleilles écrivait déjà à la fin du siècle dernier ² : « A la conception purement individualiste du droit romain se substituerait une conception que l'on pourrait appeler plus volontiers une conception coutumière du droit de propriété, d'après laquelle celle-ci apparaît comme dominée par le point de vue des nécessités sociales et de l'intérêt général. ³ »

Mais la répercussion exercée sur le droit par la vie sociale nouvelle, si vive qu'elle ait été, n'a pas eu une action immédiate sur le droit formulé ; ainsi qu'il arrive toujours en pareil cas, il s'est produit une fissure dans l'harmonie du droit, ou plutôt, une fissure existant à l'état latent s'est accentuée sous l'influence de la nouvelle conception qui prévalait déjà dans les esprits, sans apparaître encore dans les textes de loi. C'est peu à peu seulement que naquit une interprétation des textes juridiques, qui subordonne leur application à leur signification et à leurs buts sociaux. M. Porcherot a fort bien exprimé cette tendance moderne : ⁴ « Les progrès énormes faits par l'idée de solidarité ont amené les philosophes à modifier cette vieille

¹ DURKHEIM. Op. cit. p. 29. « La vie sociale partout où elle existe d'une manière durable tend inévitablement à prendre une forme définie et à s'organiser, et le droit n'est autre chose que cette organisation même dans ce qu'elle a de plus stable et de plus précis. »

² SALEILLES. *La législation italienne relative à la conservation des monuments et objets d'art*, p. 1.

³ Voir une opinion tout à fait analogue de IHERING, *Der Zweck im Recht*. Vol. 1. p. 506 et 507. « Si une insinuation quelconque du droit privé pouvait consacrer l'idée que le droit n'existe que pour l'ayant droit, ce serait assurément la propriété... J'estime que c'est là une profonde erreur ; la propriété se trouve vis-à-vis de la société dans le même rapport que la famille... Le propriétaire est poussé à faire régulièrement de sa propriété un usage qui répond à son propre intérêt et à celui de la société. »

⁴ PORCHEROT. *De l'abus de droit*. Introduction. p. 14.

doctrine, traditionnelle en France, qui faisait de la liberté l'unique fondement du droit. Cette transformation a eu pour conséquence directe l'apparition d'une théorie qui... a posé la conception vraiment sociale du droit.¹ »

Nous avons dit que le droit apparaît comme un ensemble de règles formelles appelées à régir les rapports sociaux. Ces règles fournissent à elles seules toute la matière et le contenu du droit formulé qui n'a pas d'autre raison d'être². Il en résulte que tous désaccords entre le droit et la réglementation pratique des conflits particuliers nés de la vie devraient être exclus ; et même, faisant un pas de plus, on peut affirmer avec M. Stammler³, qu'on ne devrait pas admettre l'existence possible d'une règle de droit bonne en théorie, mais sans valeur dans la pratique ; car si elle était inapplicable en pratique, ce serait précisément un indice qu'elle n'est pas un moyen juste d'atteindre le but poursuivi par le droit et cette règle, dès lors purement théorique, ne se justifierait plus.

En réalité, il en va un peu différemment et cela nous amène à revenir sur le conflit déjà signalé, entre le droit individualiste et le droit que nous pourrions appeler social. Ce conflit n'est qu'une manifestation d'un phénomène plus général que l'on rencontre à toutes les époques de l'histoire du droit. Il a été l'objet de nombreuses études. Les besoins juridiques subissant une évolution constante, il en résulte que leur expression formelle, c'est-à-dire le droit positif formulé, ne reste pas adéquate aux conditions nouvelles. Le but même du droit est de régler la vie sociale ; mais celle-ci se modifie chaque jour et le droit positif, qui, pour remplir son but, doit être une science stable et nettement formulée, ne peut suivre l'idéal juridique dans ses diverses évolutions, correspondantes à celles de l'ordre social.

Il est nécessaire d'autre part, que le juge, pour appliquer le droit, ait à sa disposition des règles formulées servant de base à son appréciation de l'état de fait qui est en cause. Pour être efficace, l'application du droit doit serrer la réalité d'aussi près que possible. Un

Le grand Ihering avait dit déjà : « Tous les droits du droit privé sont influencés et vinculés par des considérations sociales. »

² Il va sans dire que nous parlons ici du droit positif seulement ; le droit naturel lui, qui n'est qu'une branche de la philosophie, a une valeur théorique, en dehors de toute idée d'application.

³ RUDOLF STAMMLER. *Die Lehre von dem richtigen Rechte.* p. 16 et 17.

droit formulé très général, et qui serait par là même susceptible de s'adapter à toutes les situations et de suivre toutes les transformations de la vie sociale, ne suffirait pas¹. Ihering l'a dit déjà :² « Les droits ne sont possibles que là où ils atteignent leur destination, c'est-à-dire là où ils peuvent être utiles à leur titulaire. Un droit qui ne peut jamais atteindre ce but dans la personne de l'ayant droit, est une chimère inconciliable avec l'idée fondamentale du principe du droit. »

C'est dans la nécessité de rédiger le droit en formules claires et nettes, que réside en même temps le danger de formalisme, auquel il a peine à échapper. Comme l'a très bien fait remarquer M. Stammer,³ il convient en effet d'opérer une distinction entre une science formelle et une méthode formaliste de jugement (*eine formale Wissenschaft und eine formalistische Weise der Betrachtung*).

Pour qui admet ce principe général que le droit, pour répondre à son but, doit fournir aux individus des règles précises, leur permettant d'user de leurs droits subjectifs sans les dépasser, et qu'il doit par conséquent être résumé et traduit en formules, il apparaît bien vite qu'un tel droit ne saurait suffire à régler la vie sociale et cela pour deux raisons.

Tout d'abord, le législateur ne peut prévoir et enserrer dans une définition, si générale soit-elle, l'infinie variété, toujours mobile, des cas particuliers que le juge est appelé à trancher. Il n'a d'ailleurs pas à le faire. Portalis⁴ le disait déjà dans son Discours préliminaire au Code civil : « Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multiples, leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout... C'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires, qui ne sauraient entrer dans la place d'une

¹ Kant développe un point de vue un peu différent lorsqu'il dit : « Es ist ein alter Wunsch, der, wer weiss wie spät vielleicht einmal in Erfüllung gehen wird, dass man doch einmal, statt der endlosen Mannigfaltigkeit bürgerlicher Gesetze ihre Prinzipien aufsuchen möge; denn darin kann allein das Geheimnis bestehen, die Gesetzgebung, wie man sagt, zu simplifizieren. » Citation tirée de STAMMLER. *Die Lehre*, p. 168. Ce point de vue est celui de beaucoup de juristes à l'heure actuelle; nous aurons à y revenir.

² IHERING. *Geist des römischen Rechts*. III. Teil. 1. Abtg. p. 342 3^o éd.

³ STAMMLER. *Die Lehre*, p. 8.

⁴ Voir FENET. *Travaux préparatoires*. Tome 1, p. 467 à 476.

législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur et tous les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir, ou qu'une prévoyance trop précipitée ne pourrait définir sans danger. C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler on ne les fait pas ».¹

La deuxième raison qui empêche le droit positif formulé d'être apte à régler tous les cas, c'est que la transformation même de la vie sociale et son développement font apparaître à chaque instant de nouveaux problèmes, d'ordre général d'ailleurs, mais que le législateur n'a pu prévoir. Il ne faut pas oublier que le droit n'est qu'un moyen de régler les rapports sociaux. Or un simple moyen, un instrument, sera toujours imparfait, quand l'objet auquel il s'applique est aussi varié et aussi compliqué dans ses manifestations que la vie des hommes.

En réalité, le droit formulé ne constitue que le côté technique de la science du droit. La forme supérieure de cette dernière, celle qui embrasse toute la vie sociale et évolue avec elle, toujours adaptée à ses modifications, c'est le droit positif, au sens large du terme, exprimé ou non exprimé, que quelques-uns appellent dans cette acception, à tort selon nous, droit idéal. C'est cet aspect du droit positif, expression toujours adéquate de la règle de droit aux manifestations de la vie, que M. Stammler, dans un ouvrage remarquable, appelle le « *richtiges Recht* ».²

Sans vouloir développer ici une théorie qui ne touche qu'indirectement à notre sujet, il nous suffira de dire que cette œuvre a été notre guide et que nous nous sommes inspiré largement de son idée directrice. Pour nous, comme pour M. Stammler, le « *richtiges Recht* », que nous appellerons le *droit vrai* est l'expression exacte du droit positif, qui satisfait en toute circonstance au but final du droit : organiser la vie sociale. Envisagé sous cet aspect, il représente l'esprit du droit positif, planant au-dessus du droit for-

¹ En ce sens STAMMLER. *Die Lehre*, p. 271, un peu paradoxal : « Un moyen efficace, souvent employé et même inévitable d'établir le contenu vrai du droit est de garder le silence... Pour autant qu'on considère seulement la mise en formules du droit positif, il existe des lacunes dans le droit ; mais il n'y en a pas lorsqu'il s'agit de ce devoir : établir ce qui est le droit dans un cas défini. »

² RUDOLF STAMMLER. *Die Lehre von dem richtigen Rechte*. Berlin 1902.

mulé ¹. Ce dernier, en effet, subordonné qu'il est aux conditions formelles inhérentes à toute législation, doit présenter un certain caractère de stabilité et ne peut suivre au jour le jour l'évolution de l'idéal social; il s'efforce, il est vrai, de lui rester fidèle et d'exprimer le *droit vrai* : mais il arrive aussi qu'il s'en écarte et qu'il se crée une fissure entre la lettre de la loi et son esprit. En pareil cas, c'est toujours d'après le *droit vrai* qu'il faut se diriger pour résoudre le conflit. On peut donc dire, en résumé, que tout le droit formulé cherche à atteindre au *droit vrai* et y atteint le plus souvent, et que, dans la mesure où il donne satisfaction aux besoins de la vie sociale, il se confond avec le *droit vrai* qui lui sert de guide.

Pendant longtemps, on ne s'est pas rendu suffisamment compte des liens qui unissent ces deux aspects du droit. Cette distinction s'applique, en effet, non pas seulement au processus de développement du droit, au *jus ferendum*, développement au cours duquel le droit doit être formulé en conformité avec le *droit vrai*, mais elle intervient aussi dans toute interprétation ou application de la loi, dans le règlement des relations privées, comme en matière d'administration publique ou de décisions judiciaires. Comme l'a dit justement M. Stammler, « le *droit vrai* est une face de l'organisation de la vie sociale ; c'est l'appréciation méthodique des buts par-

¹ Il nous paraît nécessaire de définir plus exactement quelques-unes des expressions dont nous faisons usage ici, afin de mieux préciser la place occupée par le droit vrai.

Dans notre idée, le droit positif est l'ensemble des règles juridiques en vigueur dans l'Etat et servant à réglementer la vie sociale. Il comprend aussi bien le droit formulé (loi), que le droit non formulé exprimé par la coutume, l'usage, les mœurs, etc.

Nous appelons droit formulé l'œuvre du législateur, c'est-à-dire la loi écrite en vigueur, sans préoccupation d'examiner si son interprétation formelle est conforme aux conditions sociales du moment.

A côté de ce droit formulé, le droit vrai est pour nous l'expression du droit positif demeurant par delà la formule et malgré ses imperfections adéquat aux réquisits actuels de la vie sociale. A ce titre, le droit vrai et le droit formulé peuvent se couvrir partiellement et tous les deux rentrent dans la notion plus générale de droit positif.

Enfin, il faut distinguer encore du droit vrai le droit idéal, dans lequel on ne doit pas voir une espèce du droit positif. Le droit idéal constitue une sorte de droit parfait à l'état purement théorique de *jus ferendum*, qui s'adapterait en toutes circonstances aux conditions de la vie et par là-même à l'idéal social.

Quant au droit naturel, c'est pour nous le droit dont le contenu correspond aux lois naturelles résultant de la raison et de l'équité.

ticuliers, conformément au but final de la communauté sociale, qui peut être qualifiée d'idée fondamentale du *droit vrai*. »¹

L'idée du *droit vrai* apparaît, d'ailleurs, dans le droit formulé sous des formes variées et la nécessité d'en tenir compte a été, comme nous le verrons, prévue par le législateur.

Le concept du droit positif dépend donc du concept plus général de vie sociale, dont il est une espèce, une manifestation, et dans le champ d'action duquel il se trouve². Pour juger d'une règle de droit, on doit se demander si elle atteint au but visé, si l'individu, en s'y conformant, accomplit son devoir social.³

Il en résulte que le critère général permettant d'apprécier la valeur d'un principe juridique, réside dans l'examen de la valeur sociale de ce principe. Cette idée jouera un grand rôle dans notre étude de l'abus du droit.

L'idée exprimée par M. Stammler sous une forme dogmatique et originale est d'ailleurs reconnue dès longtemps par tous les auteurs. La doctrine française elle aussi, s'est parfaitement rendu compte de l'opposition fréquente entre le droit formulé et le *droit vrai*, opposition qui s'est accentuée de nos jours, ensuite de la rapide transformation sociale. Les tribunaux, de leur côté, ont toujours interprété la loi en s'inspirant de son but. Cette idée de la supériorité et de l'influence du *droit vrai* sur le droit positif formulé a été nettement fixée par M. Saleilles⁴ dans les lignes suivantes. « A la méthode syllogistique et dogmatique, qui tirait de la codification une vie toute factice et toute irréaliste, arrêtée dans son développement, et comme définitivement achevée dès que la construction d'ensemble fut complète, on a essayé de substituer une méthode de vie organique, ou d'évolution historique... dont le propre fût de vivifier les codes... par l'afflux de tous les éléments de vie successive qui leur venaient du dehors. Loin de sereplier sur eux-mêmes, ils s'ouvraient au monde extérieur, non pour se laisser envahir ou dominer par lui, mais pour s'y adapter et le dominer, l'encadrer dans leur propre discipline, et

¹ STAMMLER. *Die Lehre*, p. 196-198.

² Cf. STAMMLER. *Die Lehre*, p. 113.

³ En ce sens ENDEMANN, vol. 1, § 84^a, p. 421 : « Il est conforme à la conception supérieure et morale de la communauté de droit de faire ressortir aussi dans chaque droit le devoir envers la communauté. »

⁴ R. SALEILLES, dans sa Préface au livre de M. GENY, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, p. VII.

traduire en monnaie juridique, ayant la frappe qui leur est propre, toutes les relations nouvelles issues du développement de la vie. »

L'abus du droit, dont nous examinerons la nature plus loin, est précisément une des expressions, et même l'expression principale, du désaccord signalé entre droit positif formulé et *droit vrai*. C'est au moment où celui qui exerce un droit dépasse les limites imposées à cet exercice par le *droit vrai*, quand bien même il semble agir conformément au droit formulé, que naît l'abus du droit. Dans ce cas, en effet, le titulaire du droit continue en apparence à l'exercer strictement conformément à la loi, mais en même temps, l'idéal social ayant évolué, il agit contrairement à cet idéal ; on dit alors en langage courant qu'il abuse de son droit.

L'exposé général que nous venons de faire du caractère social du droit nous a permis de nous rendre compte de sa mission. Il faut en retenir surtout, en ce qui nous concerne, que le droit positif, pour atteindre son but, qui est de fournir à la masse des individus les moyens de bien se conduire socialement, doit être enserré nécessairement dans des formules aussi précises que possible et susceptibles d'être interprétées par tout homme d'intelligence moyenne.

Il résulte de ce caractère formel qu'un désaccord apparent se produit infailliblement tôt ou tard entre le droit formulé et les besoins individuels ou sociaux qu'il est appelé à régler. Or, tandis que le droit positif formulé ne peut être modifié que par une révision de la loi, le *droit vrai*, lui, s'inspirant seulement du désir d'atteindre le but d'harmonie et d'organisation sociale qui lui incombe, évolue au fur et à mesure que se transforment les conditions de vie. Il n'est pas sans intérêt de constater que la philosophie juridique s'est occupée dès longtemps d'obvier à ce désaccord ; elle a imaginé une doctrine qui s'inspire des principes du *droit vrai*, et qui cherche à élaborer des règles générales susceptibles de s'adapter à la nature humaine dans toutes ses variations ; c'est ce qu'on a appelé le *droit naturel* au sens restreint de ce terme ou aussi le *droit idéal*. Mais dans la pratique, faute de sanction, ce droit n'a joué aucun rôle.

Aussi bien est-ce la jurisprudence qui, pendant plusieurs siècles, s'est chargée de remédier au désaccord entre droit vrai et droit formulé, pour éviter de consacrer des injustices et de sanctionner les abus de droit que l'application stricte de la loi paraissait légitimer. Dès l'antiquité, nous voyons apparaître dans la doctrine juridique et dans les lois, une série d'expressions dénotant que l'on se rendait compte de l'insuffisance du droit formulé à régler tous les conflits

et aussi, dans beaucoup de cas, de son impuissance à résoudre certaines situations. Déjà le droit romain de Justinien connaissait les notions de *bona fides* dans l'exécution et l'interprétation des contrats. Il disait aussi que certains litiges doivent être réglés *ex bono et aequo*. S'il affirmait le principe général : *qui suo jure utitur neminem laedit*, il énonçait aussi un adoucissement à ce principe en disant : *Summum jus summa injuria*.

C'est au XIX^e siècle surtout, que la jurisprudence s'emploie d'une façon active à corriger le droit formulé, là où il ne répond plus aux exigences de la vie sociale. Mais parallèlement à ce travail, surtout très considérable en France, où le Code civil n'avait pu tenir compte encore d'une foule d'éléments nouveaux, introduits par l'organisation moderne de la vie, le législateur intervient à son tour. Sentant que la réalité, variée et multiple, échapperait toujours à la fixité des formules, et pour permettre au juge, dans sa recherche de la justice, d'appuyer ses décisions sur un texte de loi, il a inscrit dans les codes une série de dispositions générales, qui toutes visent à ce but : combler le fossé qui sépare le droit formulé du *droit vrai*, non pas par des règles précises et casuistiques, mais par des dispositions d'ordre général. On voit donc apparaître en toujours plus grand nombre des expressions telles que la *bonne foi*, les *justes motifs*, *l'appréciation du juge*, les *circonstances*. Le législateur va même plus loin, et, remédiant définitivement à ce désaccord, il inscrit en Suisse, pour la première fois, au frontispice d'un Code, ces deux formules dont les conséquences sont immenses : « A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. — Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence » (art. 1 al. 2 et 3 CCS.), et : « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. — L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi » (art. 2 CCS.).

D'emblée, nous constatons que ces deux dispositions essentielles de notre loi ont précisément pour but de remédier d'une façon générale aux deux formes caractéristiques du désaccord signalé plus haut : d'une part, l'impossibilité pour le législateur de prévoir tous les cas de litige, d'où le besoin de compléter le droit *in casu* (art. 1, al. 2 et 3 CCS.), d'autre part, la nécessité de donner une solution juste aux situations nouvelles créées par les modifications de

l'état social et d'éviter une application trop stricte des dispositions légales qui favoriserait l'injustice (art. 2 CCS.).

Avant d'examiner en détail comment se pose le problème de l'abus du droit, il nous paraît nécessaire d'éclaircir une question et d'écarter une objection. On a beaucoup reproché à notre Code d'introduire dans le droit, au moyen de dispositions comme celles que nous venons de citer, un élément qui n'est pas d'ordre juridique. On a dit en particulier que c'était retourner à une ancienne confusion regrettable entre le droit et la morale ; la théorie même de l'abus du droit a été caractérisée par nombre d'auteurs comme une véritable ingérence de la morale dans le droit. Nous voudrions examiner si ce reproche est fondé ou si, au contraire, l'abus du droit n'est pas un problème d'ordre strictement juridique, qui n'implique nullement confusion entre la discipline du droit et celle de la morale.

§ 2. Abus du droit et morale.

Ce serait sortir des limites de notre sujet que d'étudier ici complètement les rapports du droit et de la morale ; il y aurait de plus quelque prétention à vouloir le faire après tant de juristes éminents. Notre seul but est de résumer l'état actuel de la doctrine en cette matière, et de tirer au clair si, comme l'ont prétendu nombre d'auteurs, le problème de l'abus du droit ne relève pas de la morale, ou, plus exactement, ne représente pas une tentative d'empiètement de la morale dans le droit.

Nous avons caractérisé plus haut dans ses grandes lignes la théorie de M. Stammler sur le droit formulé et le *droit vrai*. Beaucoup ont voulu voir dans ce *droit vrai*, une influence de la morale sur le droit. Si cette opinion se vérifiait, il conviendrait de traiter l'abus du droit, manifestation de l'opposition entre le droit formulé et le *droit vrai*, non plus comme un problème d'ordre strictement juridique, mais comme une apparition et une manifestation de l'idée morale dans le droit.

Kant dans ses recherches sur les rapports du droit et de la morale, véritable fondement de toute philosophie sociale, s'est écrié : « Malheur au législateur politique qui voudrait régir par la contrainte

une constitution visant à des buts moraux ; car, non seulement il atteindrait par là une fin directement contraire, mais encore il enterrerait sa constitution politique, en la rendant incertaine¹.» Sous sa forme énergique, cette exclamation du grand philosophe contient une vérité qui, pour n'être pas nettement exprimée, n'en résulte pas moins indirectement : la nécessité de séparer le droit et la morale. Kant, il est vrai, ne semble pas exclure une constitution politique ayant un but moral, il croit plutôt à l'impossibilité de la faire respecter par la contrainte. Mais il met ainsi au jour l'opposition très nette entre les moyens d'action du droit et ceux de la morale, opposition qui s'explique d'ailleurs fort bien, ainsi que nous allons le voir.

Il est assurément peu de juristes ou de sociologues qui, de nos jours, ne se rendent compte de l'impérieuse nécessité où se trouve la science de séparer nettement le droit de la morale. M. Stammer, dans l'étude déjà citée, a résumé assez exactement l'état actuel de la doctrine philosophique sur cette question. Il arrive à la conclusion qu'il faut distinguer le droit et la morale, non pas tant quant à leur objet, qu'en ce qui concerne la manière d'envisager cet objet. L'un et l'autre tendent également à diriger et à fixer la volonté de l'homme dans son action sociale ou individuelle. Ils exercent une sorte de *condominium*, toute action humaine pouvant être envisagée sous une double face et posant deux questions, celle du *droit vrai* et celle de la doctrine morale. Tout en ayant le même objet et en s'appliquant à réaliser en définitive un idéal commun, chacune de ces sciences a un but immédiat bien déterminé, différent de celui de l'autre.

Le morale indique comment chaque individu, dans chaque cas particulier, sera *bon*², et aura une conduite conforme non seulement à l'idéal social, mais aussi en accord avec sa volonté et ses pensées intimes. Le droit, lui, apparaît comme une réglementation extérieure de la conduite humaine, qui ne se préoccupe nullement de la conscience individuelle. En matière de droit, nous avons un ensemble de normes qui sont complètement indépendantes du désir du sujet de droit de s'y soumettre ou pas. Il est indifférent au droit que l'individu agisse conformément aux règles prescrites parce qu'il a le

¹ Citation tirée de STAMMLER. *Die Lehre*, p. 86.

² Selon l'expression de Kant la morale cherche à donner à l'homme une « Tugendgesinnung ».

sentiment intime qu'elles sont justes, ou simplement parce qu'il obéit à la crainte de la sanction ou à un intérêt. En morale, il en va différemment, et le facteur interne de la conscience et de la volonté est le seul critère d'appréciation pour les actes des individus. « On peut, dit M. Stammler ¹, caractériser d'une manière élémentaire, mais néanmoins assez générale, la doctrine morale et l'organisation juridique en disant que la première vise à un perfectionnement de l'être intérieur (Gesinnung), tandis que la seconde s'occupe de régler la conduite humaine (Verhalten) ».

Il résulte de la distinction ainsi établie entre droit et morale, que si l'objet final de ces deux disciplines est le même, les méthodes et les moyens d'action employés par chacune d'elles sont différents. Cette différence de méthode se manifeste non seulement dans la sanction des règles morales ou juridiques, mais surtout dans la manière d'envisager les problèmes posés par l'une et l'autre doctrine. Toutefois si une distinction nette est nécessaire pour mettre en lumière la signification et les tâches diverses du droit et de la morale, et pour permettre à chacune de poursuivre ses buts propres, selon des méthodes particulières, il convient de ne pas oublier non plus leurs mutuels rapports. Toutes deux s'étendent à la même matière des activités humaines volontaires et ont un idéal commun. Il en résulte que les règles du droit et de la morale, bien que d'ordre différent, ne doivent néanmoins en aucun cas entrer en conflit les unes avec les autres. Le droit a besoin de la morale pour son accomplissement complet, et la morale aussi a, en une certaine mesure, besoin du droit pour sa réalisation.

La distinction entre droit et morale peut se résumer en trois points : chacune de ces sciences doit avoir ses méthodes propres ; une règle de morale ne peut être transposée dans le droit ; inversement une règle de droit ne peut avoir force de loi en morale. Cette dernière proposition est acceptée par tout le monde ; les deux premières par contre ont été longtemps contestées et le sont encore parfois. Plusieurs auteurs, et non des moindres, ont soutenu qu'en l'absence de règles juridiques suffisantes, la morale intervenait pour compléter le droit. Ils ajoutent qu'en aucun cas, on ne peut tolérer une divergence absolue entre droit et morale et que, si une pareille divergence se produit néanmoins, c'est à la morale, envisagée par eux comme une sorte de guide du droit, qu'il appartient de lui venir en

¹ STAMMLER. *Die Lehre*, p. 52.

aide pour le compléter. ¹ Faisant abstraction des moyens d'action différents de ces deux disciplines et de leurs méthodes spéciales, ces auteurs voudraient encore que le juge interprêtât, en s'aidant des règles de morale, certaines situations de fait où le droit paraît insuffisant.

Il y a lieu, nous semble-t-il, de s'élever vivement contre une semblable doctrine encore trop répandue. « Le droit doit rester le droit » ; il faut entendre cet axiome souvent répété en ce sens qu'une norme juridique ne peut être que remplacée par une norme également juridique. La nouvelle prend la place de l'ancienne en la modifiant plus ou moins profondément.

A défaut de règle juridique formelle, comment faudra-t-il procéder ? Nous avons déjà examiné cette question dans notre premier paragraphe et avons constaté que le droit positif doit être formulé nettement et enserrer la réalité et l'infinie complexité de la vie dans un réseau de règles aussi complet que possible. Malheureusement, le législateur n'a pas les moyens de prévoir tous les cas. Il est donc essentiel que le juge, comme d'ailleurs le sujet de droit, ait à sa disposition des principes généraux capables de le guider dans les cas non prévus. Or ces principes, souhaités déjà par Kant², nous les trouvons précisément dans cette forme du droit que nous avons appelée le *droit vrai* et que nous avons caractérisée plus haut. C'est en s'inspirant de ce *droit vrai* que la doctrine comme la jurisprudence chercheront à interpréter juridiquement les situations nouvelles, créées par les transformations sociales constantes auxquelles nous assistons. Les règles de la morale, comme telles, ne doivent par contre pas servir de tremplin au droit nouveau et ce dernier n'en a d'ailleurs nullement besoin.

Notons encore un élément, qui explique en partie pourquoi le droit a tant de peine à se défaire d'un perpétuel rapprochement avec la morale et ses règles ; nous voulons parler du concept des bonnes mœurs que nous voyons apparaître dès l'antiquité parmi les critères du droit. Dans une foule de questions, le juge est appelé à trancher en s'inspirant des bonnes mœurs. On a cru pendant longtemps que ces dernières étaient une expression directe de la morale, et on a confondu les deux notions, sans s'apercevoir que les bonnes mœurs

¹ En ce sens, KOCH. *Das Chikaneverbot* des § 236, p. 5. ENDEMANN. *Lehrbuch*, I. p. 421. REGELSBERGER. *Pandekten*, I. p. 61 et 231.

² Voir plus haut note 1 p. 31.

sont simplement l'expression d'un état social collectif, qui ne tient pas nécessairement compte de l'état d'esprit interne et des intentions des individus. Ihering un des premiers dans son ouvrage intitulé *Der Zweck im Rechte*¹ distingue entre *Sitten* et *Sittlichkeit*.

M. Neumann² a fort bien exprimé cette distinction : « Les mœurs, dit-il, tendent à un but extérieur, à régler la conduite des hommes les uns envers les autres, la morale à un but interne, à agir sur l'état d'âme de l'individu qu'elle veut rendre pur et droit par des prescriptions d'ordre éthique. Il en résulte que les normes des mœurs ont plus d'analogie avec celles du droit qu'avec les prescriptions de la morale... Une atteinte aux bonnes mœurs n'est donc pas identique à une atteinte à la morale ; cette dernière peut consister simplement en une pensée, un plan, un projet, celle-là nécessite toujours un acte extérieur et perceptible ».

Si nous en arrivons maintenant à examiner le problème de l'abus du droit à la lumière de ce que nous venons d'établir, nous constatons que cette notion nouvelle, toute générale, a été considérée tout d'abord par la plupart des auteurs comme un moyen de donner satisfaction à la morale, là où le droit paraissait s'en écarter d'une manière trop absolue. La pensée des premiers auteurs qui ont abordé ce sujet peut se résumer comme suit : le droit ne doit pas tolérer un exercice des droits subjectifs qui procède d'une pensée morale répréhensible, d'une intention de nuire par exemple ; on ne peut laisser subsister un contraste trop frappant entre le droit et la morale.

M. E. Martin³, tout en admettant qu'il faut éviter une confusion entre droit et morale, croit cependant à l'influence directrice de cette dernière. « Dans l'élaboration des principes juridiques, des pensées morales ont aussi exercé une influence, mais seulement dans la mesure que comporte la nature du droit en tant que réglementation de la vie fondée sur des principes éthiques définis. En conséquence, si le législateur n'a pas à considérer comme un devoir de donner, par ses normes de droit, force de loi aux principes de la morale, la réalisation de cette morale doit être néanmoins un des buts qu'il cherche à atteindre ».

Si respectable que puisse paraître ce point de vue, il nous semble

¹ IHERING. *Zweck im Recht*. Vol. 2, p. 22 et suiv. et 205 et suiv.

² NEUMANN. *Versloss gegen die guten Sitten*, p. 4.

³ E. MARTIN. *Das Chikaneverbot*, p. 22 et 28.

erroné : indiquer comme un des buts du droit la réalisation des postulats de la morale, c'est méconnaître la différence essentielle des buts et des méthodes des deux disciplines, différence indiquée déjà¹. Si la théorie de l'abus du droit ne pouvait et ne devait se justifier qu'ainsi, nous estimerions avec beaucoup d'auteurs qu'il faudrait la rejeter sans hésitation. Mais si, au contraire, on admet, comme nous l'avons fait, que parallèlement au droit formulé, il existe un autre droit, le *droit vrai*, poursuivant le même but général que le premier et usant de moyens d'action identiques, tout en ayant pour but spécial de servir de guide au droit formulé et d'en combler les lacunes, on peut envisager d'emblée que le problème de l'abus du droit relève de la science juridique et que, pour l'examiner, il n'y a pas lieu de faire état des postulats de la morale. Le *droit vrai* fournissant précisément une méthode d'envisager les problèmes juridiques, doit être à même de les résoudre tous juridiquement, même ceux qui naissent de l'abus du droit, sans recourir aux normes de la morale.

Nous aurons à revenir au cours de cette étude sur les fréquentes confusions commises entre le droit et la morale à propos de l'abus du droit. Nous avons voulu montrer ici que nous ne saurions les admettre. Nous estimons que la réglementation de l'abus du droit doit pouvoir se justifier sur le terrain strictement juridique. A défaut d'une semblable justification, mieux vaudrait rejeter ce concept et le remplacer par un autre satisfaisant aux règles fondamentales du droit.

§ 3. Le problème de l'abus du droit.

Il semble que la cause première du problème de l'abus du droit, qui l'a en quelque sorte déclenché et fait parvenir au premier rang des préoccupations juridiques de l'heure actuelle, c'est le désaccord toujours plus accentué au cours du XIX^e siècle entre le droit formulé et le *droit vrai*. La cause de ce désaccord réside, nous l'avons dit, dans les transformations des conditions économiques et sociales. (

¹ STAMMLER. *Die Lehre*, p. 240. « On ne doit attendre aucune indication qui vienne de l'extérieur, par exemple de la morale, pour le contenu vrai des formes de la vie sociale. »

C'est parce que le « sentiment naturel du droit¹ » était blessé dans une foule de solutions jurisprudentielles faisant une stricte application de la loi que les tribunaux ont peu à peu fait état d'une théorie de l'abus du droit, suivis bientôt en cela par la doctrine et la législation. L'évolution toujours plus rapide des institutions sociales, n'étant pas accompagnée d'une évolution correspondante du droit positif formulé, rendait de plus en plus sensible la fissure signalée dans notre premier paragraphe entre ce droit essentiellement stable, exprimé dans des règles fixes, et le *droit vrai*, celui qui, tenant compte des buts du droit et des moyens qu'il emploie, est l'expression exacte et parfaitement adéquate des nécessités juridiques du moment.

Il faut dire aussi pour expliquer le désaccord dont nous parlons, que la complexité même de la vie moderne et des phénomènes sociaux rend toujours plus difficile la fixation d'un droit formulé précis et susceptible d'apporter une solution à tous les cas. « On n'emprisonne pas les phénomènes sociaux dans des formules étroites, dit M. E.-H. Perreau², et l'intérêt de leur étude c'est que souvent, au milieu d'eux, deux fois deux ne font pas nécessairement quatre. En outre on ne doit pas espérer facilement concilier une institution fatalement un peu trop rigide, comme la loi civile, avec d'autres essentiellement mouvantes et amples comme celles que créent les mœurs ».

L'opinion exprimée par M. Perreau est juste dans ses grandes lignes et nous l'avons nous-même développée et admise jusqu'à un certain point ; pourtant nous ne pouvons suivre cet auteur dans son abdication tacite et trop facile : nous croyons possible d'enserrer dans des formules, même générales, les phénomènes sociaux quelque compliqués qu'ils soient. C'est le devoir de la science juridique, et du législateur en particulier, d'arriver à réglementer la vie sociale tout en dirigeant son évolution ; il ne faut pas que le législateur en vienne pour simplifier sa tâche à abroger les notions anciennes qui sont un produit de l'expérience de plusieurs siècles. Sous prétexte de modernisation du droit et pour consacrer le nouveau régime social, il ne doit pas en particulier rejeter d'un coup les anciennes théories de liberté individuelle. Sa tâche consiste, au contraire, à préciser jusqu'où cette liberté peut s'exercer sans entrer en conflit

¹ « *Natürliches Rechtsgefühl* » (*Reichsgericht*).

² E.-H. PERREAU. *Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé*, p. 235.

formel avec les droits et la liberté des autres individus pris en particulier, ou avec ceux du corps social en général.

Le droit positif, et par conséquent le *droit vrai*, confèrent à l'individu, ou plus exactement à l'unité sociale ¹, des droits appelés subjectifs, qui sont en quelque sorte des moyens pour les sujets de droit d'user de leur liberté individuelle sans sortir des règles prévues par le droit et en restant dans les limites imposées par l'ordre social. On peut distinguer dans les droits conférés à l'individu, ceux qui sont indéfinis et procèdent « d'un droit général d'expansion licite », et ceux qui sont nettement définis, c'est-à-dire dont l'exercice est délimité par le droit positif ².

Depuis l'époque où la vie sociale a pris un développement considérable et où son emprise sur l'individu s'est marquée plus profondément, les droits subjectifs définis par la loi ont été en quelque sorte restreints, sinon dans la nature des facultés qu'ils confèrent à l'individu, du moins dans l'étendue de ces facultés. Quant à l'exercice des droits indéfinis, qui n'est au fond que l'expression de la liberté générale de chaque unité sociale, le développement du lien social l'a limité dans une mesure très grande et qui va toujours en s'accroissant, au point qu'on ne conçoit plus guère une activité individuelle qui pourrait faire abstraction des contingences sociales.

La responsabilité est la sanction attachée par le droit à tout exercice de l'activité humaine causant un préjudice à autrui, par une atteinte à un droit ou à un avantage de la victime, et débordant ainsi les limites des droits subjectifs de l'auteur du dommage. Celui qui exerce une activité est tenu de rester en deçà des bornes fixées par la loi ou par les règles générales du droit ³, sinon il est responsable du dommage causé par son manquement à son devoir général de sujet de droit. « Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer », dit l'art. 41, 1^{er} al. de notre C. O. L'art. 1382 C. C. F. formule le même principe en ces termes : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige ce-

¹ En dehors de l'individu physique, les personnes morales, les sociétés anonymes par ex., exercent aussi les droits subjectifs.

² Il ne faut pas confondre cette distinction entre droits définis et indéfinis avec une autre, qui, parmi les droits définis, sépare les droits absolus des droits relatifs.

³ En ce sens on a dit de l'exercice des droits qu'il se présente aussi sous la forme d'un devoir.

lui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Enfin citons encore cette définition remarquable de M. Fromageot¹ : « On entend par responsabilité l'état de l'individu à qui on est en droit de demander raison d'un acte (ou d'une abstention) et l'obligation où il se trouve de répondre à cette demande² ».

Cette dernière définition comprend d'ailleurs aussi bien la responsabilité pénale que la responsabilité civile. Nous n'avons pas à nous occuper ici de la première ; quant à la seconde, pour qu'elle entre en jeu, il faut, en plus des conditions fixées par M. Fromageot, qu'un dommage soit résulté de l'acte ou de l'abstention contraire au devoir juridique. « Le fondement de la responsabilité privée consiste dès lors à savoir quand le dommage causé à quelqu'un pourra servir de base à une action de sa part³ ».

La théorie classique et traditionnelle veut que la responsabilité de l'auteur d'un acte soit engagée, lorsqu'il a causé par sa faute et d'une manière illicite un dommage à autrui. Pendant des siècles, cette notion de la responsabilité a servi de pierre angulaire à l'édifice du droit. Toutes les législations partaient de ce point de vue qu'un dommage causé ne suffit pas à engager la responsabilité, qu'encore et surtout il faut qu'une faute ait été commise par l'auteur de l'acte préjudiciable. Le dommage est, pour ainsi dire, l'élément matériel à l'occasion duquel se pose la question de la responsabilité, mais c'est la faute qui déclenche la responsabilité elle-même et qui crée l'obligation de réparation.

Comment alors apprécier la faute, qui constitue un manquement au devoir légal ou conventionnel ? Doit-on dans chaque cas particulier rechercher le devoir individuel *in concreto* ou doit-on l'apprécier d'après une règle abstraite, fixée à l'avance et qu'il suffit d'adapter aux circonstances de la cause ? M. Fromageot a très bien exposé les raisons qui militent en faveur de l'appréciation de la faute *in abstracto*. Il les résume en trois points :

1. L'impossibilité de connaître avec certitude l'état interne de l'esprit d'une personne au moment où elle agit.

2. La difficulté d'application d'une règle qui ne serait pas la même pour tous les individus pris dans les mêmes circonstances.

¹ FROMAGEOT. *De la faute comme source de la responsabilité*, p. 22.

² Cf. ORTOLAN. *Institutes*, vol. 2. N° 1325.

³ FROMAGEOT. *De la faute*, p. 23.

3. La nécessité pour toute règle de droit d'être connue à l'avance et d'être connue de tous.

C'est donc une faute envisagée *in abstracto* qui est le fondement de la responsabilité civile. Mais comment faudra-t-il la déterminer¹? Quand l'individu a-t-il manqué à son devoir juridique? Il y a là des questions extrêmement délicates à résoudre, que la perpétuelle transformation de la société et des rapports sociaux rend plus délicates encore. « L'état social, dit M. Jean Bosc², le degré de civilisation, les idées économiques et politiques, tout influe sur la notion de responsabilité, et tel acte préjudiciable, qui, hier, ne donnait pas ouverture à dommages, n'était pas illicite, le sera aujourd'hui, pour cesser de l'être peut-être demain. Bien plus, à mesure que se développe la vie économique, commerciale ou industrielle d'un peuple, il semble que la notion de responsabilité s'étende et se dilate elle aussi pour ainsi dire ». Le problème de l'abus du droit constitue précisément une de ces extensions, un peu particulière il est vrai, de la responsabilité.

La théorie classique admettait que l'auteur d'un acte dommageable ne pouvait encourir de responsabilité que si cet acte constituait une faute de sa part et revêtait un caractère illicite, l'auteur ayant violé son devoir ou dépassé son pouvoir juridique. On faisait remarquer que celui-là seul qui sort des limites que la loi a tracées à sa liberté, pouvait être rendu responsable civilement d'un dommage causé par lui. Mais il paraissait évident aux théoriciens que tout acte, même dommageable à autrui, demeurerait impuni, aussi longtemps qu'on ne sortait pas des limites du droit. Cet axiome élémentaire avait été exprimé par les Romains déjà sous cette forme bien connue : « Qui suo jure utitur neminem laedit. »

Il semble normal en effet, que celui qui ne fait qu'user des droits que lui accorde la loi ou les conventions particulières, échappe à toute responsabilité. Comme on l'a fait remarquer très justement³, « le droit a été acquis, en général, moyennant un sacrifice : il doit offrir, jusqu'à un certain point, un champ libre à l'activité ». Il en

¹ Remarquons que le mot « faute » tel que nous l'employons ici, est pris dans un sens très large; il s'agit non pas seulement de la faute élément subjective de l'acte illicite, mais d'une manière générale du manquement à un devoir juridique.

² JEAN BOSCH. *Éléments constitutifs du délit civil*, p. 2.

³ R. HUARD. *L'idée de risque et la notion de faute*, p. 68.

résulte que, si en exerçant un droit, je lèse autrui dans son patrimoine, on dans ses intérêts matériels et moraux, c'est tant pis pour lui. Si on voulait tenir compte de ce dommage et m'en rendre responsable, ce serait renverser toutes les notions du droit..., « d'autant, disait déjà Montaigne ¹, qu'il ne se fait aucun proufit qu'au dommage d'autrui, et qu'à ce compte, il faudroit condamner toute sorte de gains. »

Si justifié que paraisse ce point de vue, la pratique en a tempéré dès longtemps la logique rigoureuse. La jurisprudence admet depuis des siècles qu'il est des limites à l'exercice d'un droit. De nos jours, l'antique théorie de la responsabilité a été complètement bouleversée. On s'est aperçu qu'elle donnait de moins en moins satisfaction à l'esprit de justice. La jurisprudence tout d'abord a estimé que dans nombre de cas l'exercice dommageable d'un droit, même s'il avait lieu dans les limites apparemment tracées par le droit objectif, pouvait engager la responsabilité du titulaire du droit. Puis la doctrine, à son tour, et enfin le législateur, se sont émus et c'est ainsi que naquit au cours du XIX^{me} siècle la théorie de l'abus du droit.

Ce problème apparaît d'emblée comme une des formes caractéristiques du désaccord entre le droit formulé et le *droit vrai* que nous avons examiné au début de cette étude. Il s'agit bien d'un conflit avec le droit formulé comme tel, et c'est parce que la tendance nouvelle portait atteinte à des principes juridiques solidement établis, mais dont on méconnaissait la portée, comme ceux de l'exercice des droits individuels, qu'une vive opposition s'est manifestée contre elle au début. On craignait, en modifiant ces notions si anciennes, d'enlever au droit cette sécurité et cette stabilité qui doivent en demeurer les caractères distinctifs, s'il veut remplir son rôle et atteindre son but. Les théories nouvelles sur l'abus du droit, sont d'ailleurs loin d'avoir rallié à l'heure actuelle l'unanimité des auteurs.

Signalons en passant une autre modification profonde subie par la théorie de la responsabilité et dont l'apparition a coïncidé avec celle de l'abus du droit. Nous voulons parler de la théorie du risque, qui admet que la responsabilité d'un dommage peut être encourue en dehors de toute faute commise, pour le simple motif qu'on a été la cause de ce dommage. Comme en matière d'abus du droit, on a voulu parer au moyen de cette théorie nouvelle, à une autre forme du désaccord entre le droit formulé et le *droit vrai*, désaccord ré-

¹ MONTAIGNE. *Essais*, livre I. Ch. XXI.

sulté des modifications apportées à la vie industrielle et économique par les grandes inventions modernes. Cette théorie, fort contestée en doctrine, a été admise, comme celle de l'abus du droit, du moins partiellement et à titre exceptionnel, par plusieurs législateurs. Nous nous bornons à la signaler ici ; mais nous aurons l'occasion d'y revenir plus loin pour examiner en détail ses rapports avec la théorie de l'abus du droit.

Avant de définir plus nettement les problèmes posés par l'abus du droit, nous croyons utile de donner un ou deux exemples caractéristiques de faits qualifiés d'exercice abusif d'un droit. Cela nous permettra de nous rendre mieux compte par la suite de la nature du problème. Nous ne prendrons pas ces exemples parmi les plus caractéristiques et les mieux faits pour frapper l'esprit, mais nous les choisirons de telle sorte qu'apparaisse bien le conflit entre le droit positif formulé et le *droit vrai*, conflit né d'une évolution dans les conceptions de la vie sociale.

Le premier cas n'a pas été soumis aux Tribunaux, la question ayant pu être tranchée à l'amiable ; nous le citons, de préférence à d'autres analoges jugés en France, parce qu'il s'est produit dans notre pays ¹. Dans une fabrique de machines du canton de Zurich, les ouvriers abandonnèrent leur travail un jour à midi et se mirent en grève. Cette cessation de travail fut exécutée subitement et sans avertissement à la direction. L'intention des ouvriers de déclarer la grève n'avait pas été ébruitée. Le seul motif indiqué par les grévistes eux-mêmes pour l'expliquer, c'est qu'il se trouvait dans la fabrique un ouvrier non syndiqué, qui ne leur convenait pas et dont ils exigeaient le renvoi immédiat.

Si nous laissons de côté le fait que les ouvriers n'avaient pas donné d'avertissement à la direction et avaient abandonné le travail sans pourparlers préliminaires, la question qui se pose est la suivante : l'exercice du droit de grève reconnu aux ouvriers comporte-t-il la faculté de déclarer la grève et d'interrompre le travail pour le seul motif qu'un ouvrier travaillant dans la fabrique n'est pas syndiqué et ne plaît pas aux syndiqués ? N'y a-t-il pas dans un exercice semblable de ce droit un abus manifeste, protégé il est vrai, en apparence tout au moins, par le droit formulé, mais que ne saurait tolérer une législation équitable.

¹ Voir : *Neue Zürcherzeitung*, 24 Janvier 1917, N° 135, sous le titre *Streiklust*.

Notre deuxième exemple, emprunté à la jurisprudence française, est d'autant plus intéressant qu'il fait application de la théorie de l'abus du droit dans un domaine où, jusqu'alors, elle n'avait jamais été invoquée. C'est un arrêt de la Cour de Lyon du 23 janvier 1907¹; le Tribunal a admis qu'un père avait commis un abus du droit et était responsable pour avoir refusé son consentement au mariage de son fils. En l'espèce, le père avait d'abord promis de donner ce consentement. La fiancée de son fils avait alors vendu un fonds de commerce de modiste qu'elle exploitait; puis le père, sans motif légitime, avait refusé son consentement, laissant ainsi la fiancée sans ressources, laquelle avait vendu, uniquement en vue du mariage, l'établissement qui lui permettait de vivre. Il est clair que le père exerçait un droit en refusant de consentir au mariage de son fils; le Tribunal a néanmoins estimé qu'il avait commis un abus de son droit et était responsable du préjudice ainsi causé. Ici encore le conflit entre le droit positif formulé et le *droit vrai* sanctionné par le Tribunal est nettement caractérisé.

Nous n'examinerons pas plus longuement ces deux espèces, pour le moment du moins. Il nous suffit d'avoir précisé par deux exemples les cas où la théorie de l'abus du droit peut être invoquée. Nous avons à dessein choisi ces exemples ailleurs qu'en matière de propriété, pour montrer l'étendue du champ d'application du principe que nous nous proposons d'étudier.

La donnée du problème de l'abus du droit n'est pas aussi simple que certains auteurs ont paru le croire; on en trouve une formule assez concise dans l'étude de M. Bosc², qui définit ce problème comme suit: « Quand et à quelles conditions celui qui exerce un droit peut-il être tenu de réparer envers autrui le préjudice causé par l'exercice de ce droit? » Cette formule, quoique très nette, ne tient néanmoins pas suffisamment compte de la complexité du problème. Beaucoup d'auteurs n'admettent même pas que l'on définisse la question de cette manière; pour eux il ne saurait jamais y avoir de réparation pour un préjudice causé dans l'exercice d'un droit. A leur avis, toutes les fois que la jurisprudence a donné raison à la théorie de l'abus du droit, elle a statué, ou bien contrairement au droit, ou bien sans se rendre compte qu'il s'agissait en réalité d'un cas de responsabilité ordinaire, où l'auteur avait outrepassé les li-

¹ D. P. 1908. II. 77

² JEAN BOSCH. Op. cit. p. 77.

mites de son droit. Ainsi M. Cordey ¹ estime que l'expression même d'abus du droit ² est incorrecte ; elle a pris naissance par le fait de la difficulté que l'on éprouve souvent à fixer le point précis où le droit existe encore et celui où il cesse de déployer ses effets. Mais, pour cet auteur, tout exercice abusif d'un droit, s'il est nettement caractérisé, sort déjà des limites de ce droit et devient un acte illégitime ordinaire. Il n'y aurait donc jamais conflit entre le droit formulé et l'équité.

Un autre auteur suisse, M. Karl Huber ³, partisan de la notion de l'abus du droit, fait remarquer que, lorsque les Tribunaux n'ont pu mettre fin, faute de textes légaux, à un abus du droit, leur décision a choqué le « sentiment du droit » (*Rechtsgefühl*) ⁴. Il en infère à l'existence d'un conflit entre le droit positif formulé et le *droit vrai* sur ce point particulier, mais renonce à donner une preuve de l'existence de ce conflit. Il se demande simplement comment il est possible de supprimer cette antithèse qu'une action soit justifiée par le droit positif et en même temps qu'elle blesse les principes qui sont à la base de l'ordre social. Il envisage le problème de l'abus du droit en partant *a priori* de l'idée que ce problème ne peut être résolu par les données du droit positif formel et croit simplement à l'existence d'un conflit entre ce droit et le *droit vrai* ⁵. M. Huber estime que le droit dispose d'un double moyen d'atteindre son but : ou bien il formule des règles juridiques définies contenues dans les lois, ou bien il décide que certains litiges seront résolus d'après les principes fondamentaux du droit. Dans la plupart des cas où cette deuxième méthode est appliquée, la solution reste conforme aux principes du droit formulé. Or, en matière d'abus du droit, d'après M. Huber, et c'est là ce qui, pour lui, caractérise le problème que nous étudions, on fait emploi d'un principe général en opposition au droit formulé et non pas conformément à ce droit et pour le compléter.

¹ E. CORDEY. *La notion de l'abus du droit*, p. 103.

² Personnellement nous éprouvons aussi une certaine répugnance à admettre le terme général d'abus du droit ou exercice abusif d'un droit ; nous préférons le terme à d'exercice excessif d'un droit ; nous nous sommes ralliés toutefois à l'expression d'abus qui est d'un usage courant.

³ KARL HUBER. *Ueber den Rechtsmissbrauch*.

⁴ Expression employée par le *Reichsgericht*.

⁵ KARL HUBER. *Op. cit.* p. 83. « Il s'agit en matière de théorie de l'abus du droit d'un conflit avec le droit formel comme tel. »

Nous estimons cette opinion de M. Huber un peu sommaire; en tout cas il ne fournit aucune preuve de sa justesse; il aurait fallu examiner précisément, nous semble-t-il, si un conflit avec le droit formulé existe réellement, ou si au contraire, ici comme dans d'autres cas, le principe général n'intervient pas pour corriger et interpréter le droit formulé. En réalité, et si l'on examine les choses de près, il ne peut pas, à proprement parler, exister de conflit entre un principe général émanant du *droit vrai* et un principe de droit formulé particulier. Il se peut bien que ce conflit se produise en apparence à un moment donné entre la conscience juridique, qui trouve son expression dans le *droit vrai*, et certaines normes du droit écrit; mais les principes généraux ont précisément pour but de diriger le juge dans l'interprétation des formules particulières lorsque de pareils conflits surgissent. Ils expriment et délimitent la conscience juridique à un moment déterminé. Toutes les dispositions spéciales du droit doivent être interprétées à leur lumière, ce qui exclut un conflit formel.

Si à un moment donné la conscience juridique a suffisamment évolué pour que l'interprétation des lois, à l'aide des dispositions générales du droit, paraisse contraire à l'équité et infirme la valeur même de ces lois, ce sera un signe de la nécessité de les modifier pour les mettre en harmonie avec le *droit vrai*. C'est en ce sens que nous ne pouvons admettre entièrement la manière dont M. Huber pose le problème de l'abus du droit.

M. Salanson¹, cherchant également à définir ce problème, adopte un point de vue un peu différent. « Il y a, dit-il, un vieux brocard qui affirme qu'à user de son droit on est réputé ne léser personne... Prenons l'affirmation pour exacte; restera la question de savoir quand l'individu se tient dans les limites absolues de son droit et quand il les dépasse. — La loi, dit-on, nous fixera sur ce point; mais la loi n'a pas la délicatesse d'une balance de précision ». Pour lui, le problème à résoudre est le suivant: Dans quel cas, l'exercice apparemment légitime d'un droit cachera-t-il un acte abusif et entraînera-t-il réparation pour la victime?

Comme on le voit, M. Salanson admet bien que l'exercice du droit peut être abusif, mais l'exercice légal est alors une simple apparence et celui qui exerce son droit d'une manière dommageable dans certaines conditions a peut-être déjà dépassé les limites de ce droit.

¹ SALANSON. *De l'abus du droit*, p. 2.

Pour nous, nous envisageons que le problème de l'abus du droit est bien dans tous les cas particuliers où il se pose, le résultat d'une fissure, d'une rupture dans le droit formulé, provenant d'une interprétation trop étroite et qui, par suite du développement de la vie moderne et de la transformation des conceptions juridiques, prend parfois une ampleur considérable. Pourtant nous n'admettons pas d'emblée avec M. K. Huber, qu'il s'agisse d'un conflit formel entre le droit positif formulé et le *droit vrai*. Nous pensons qu'auparavant il faut examiner précisément à la lumière des principes généraux du droit, les théories de la responsabilité et de l'exercice des droits individuels, et voir si cet examen permet de ramener les cas d'abus du droit à ces théories ou s'il laisse subsister le conflit.

Nous croyons que le problème de l'abus du droit doit être formulé comme suit : L'exercice d'un droit subjectif, dans des limites apparemment conformes à celles que lui trace la loi, ne doit-il pas, dans certains cas, être envisagé comme abusif, donc excessif, et entraîner pour celui qui exerce le droit, l'obligation de mettre fin à cet exercice et de réparer le dommage qu'il a pu causer ? Quand et à quelles conditions cette responsabilité prend-elle naissance ? Nous adopterions aussi volontiers cette autre formule : Etant donné un acte quelconque de l'homme qui cause un préjudice à autrui, tout en revêtant l'apparence de l'exercice d'un droit, quand et à quelles conditions cet acte pourra-t-il obliger son auteur à réparation ?

Les principes généraux du droit jusqu'à nos jours enseignaient à ne pas tenir compte des motifs de l'exercice d'un droit, en particulier à ne pas examiner si celui qui exerce le droit poursuit un but légitime. Mais il est des cas où les motifs de l'exercice du droit ont paru si peu conformes au *droit vrai* et à la bonne foi, qu'on a pu se demander si cet exercice était encore justifié. Peu à peu, aussi bien en Allemagne qu'en France, on a admis que celui qui n'use d'un droit que pour nuire à autrui est responsable du dommage causé par l'exercice de ce droit. C'est sous cette forme que la théorie de l'abus a fait son apparition dans le domaine juridique. Son premier champ d'application par la jurisprudence en France, paraît avoir été l'exercice d'action téméraire, l'abus de citation¹. En doctrine, la question de l'abus du droit s'est soulevée à propos des rapports entre propriétaires voisins, et dans ce domaine également, la jurisprudence a

¹ E.-H. PERREAU. *Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé*, p. 661.

rendu de nombreux arrêts confirmant la nouvelle théorie. La loi enfin s'est aussi occupée de la question et certains Codes renferment déjà des dispositions à ce sujet¹.

Pendant l'accord est loin d'être réalisé entre les auteurs ; on trouve même de très grandes différences de pays à pays. Pour le juriste anglais², jamais un usage de la propriété qui serait légitime, s'il était inspiré par des motifs corrects, ne saurait devenir illégitime parce qu'il est déterminé par un motif incorrect ou même malicieux.

Trois courants principaux se manifestent dans la doctrine au sujet de l'abus du droit.

1. Certains auteurs admettent la nouvelle théorie et posent en principe la responsabilité de celui qui exerce un droit abusivement. Il y a d'ailleurs entre eux des divergences considérables quant au critère de l'abus.

2. D'autres auteurs rejettent catégoriquement le principe même de l'abus du droit : pour eux l'exercice d'un droit n'est jamais abusif. Ils ont pris pour devise cette formule : « *Qui suo jure utitur neminem laedit* ».

3. Enfin il est des auteurs qui, tout en admettant que, dans certains cas, l'exercice d'un droit peut entraîner la responsabilité de celui qui cause ainsi un dommage à autrui, croient que dans ces espèces, l'exercice du droit n'est qu'apparemment licite et que ces cas relèvent en réalité de la théorie générale de la responsabilité. Ces auteurs repoussent en définitive toute distinction entre l'acte accompli sans droit et l'abus du droit.

Cette classification des diverses théories est, à peu de chose près, analogue à celle que propose M. Porcherot³. Nous aurons l'occasion de revenir par la suite sur ce sujet et d'étudier en détail les solutions diverses préconisées par la doctrine.

Le problème de l'abus du droit a été envisagé par plusieurs auteurs comme ne se posant qu'en matière de propriété, et plus particulièrement en matière de rapports de voisinage. En réalité, il apparaît dans presque tous les domaines du droit et se présente bien comme la manifestation d'un phénomène général. La notion de l'abus du droit est une formule qui, sous le même manteau, cache une foule d'applications fort diverses.

¹ Voir : § 226. B. G. B. — Art. 2. C. C. S. C. L. art. 1780 et 1158 modifiés C. C. F.

² En ce sens : FRED. POLLOCK. *The law of torts*.

³ PORCHEROT. Op. cit. p. 66 et suiv.

C'est une notion essentiellement variable suivant les époques et le degré de civilisation. M. Dobrovici, dans son étude, énumère les différents domaines où l'abus du droit a été invoqué le plus fréquemment¹. Cette nomenclature que nous complétons, est la meilleure preuve du caractère général de ce problème : Droit de propriété — Droit d'agir en justice — Liberté de la presse — Droit de grève et conflits du travail — Refus abusif d'embauchage — Abus dans l'exécution des contrats et dans leur résiliation — Abus dans la rupture des fiançailles — Abus dans l'exercice des droits de famille (puissance paternelle et puissance maritale) — Abus dans la liberté commerciale (concurrence déloyale), etc.

Cette énumération indique les domaines où l'abus du droit se manifeste le plus fréquemment ; elle est loin d'être limitative, puisque la question peut se poser à propos de tout droit subjectif.

En résumé, nous pouvons dire que le problème de l'abus du droit résulte de l'opposition entre l'esprit juridique traditionnel, emprisonné dans des règles précises, qui s'attache aux choses dûment établies que l'on perçoit avec clarté, et l'esprit d'évolution qui fait entrevoir à l'homme une perfection toujours plus grande et une amélioration constante de l'organisation sociale, et, par là même, du bien-être individuel et général. Le XIX^me siècle a amené une transformation économique si profonde et a modifié en une telle mesure les rapports des individus entre eux et l'organisation sociale tout entière, que ce problème a pris de nos jours un caractère aigu et a nécessité des solutions dans une foule de domaines nouveaux. En examinant les diverses espèces de ce désaccord entre le droit formulé et l'équité, on s'est aperçu qu'elles dérivent toutes d'une source commune : la protection accordée par le droit objectif à tout exercice des droits subjectifs dans les limites apparentes que leur trace la loi. C'est ainsi qu'est apparue, il y a une vingtaine d'années, au premier rang des préoccupations juridiques, la théorie dite de l'abus du droit. « Cette poussée, écrit M. Salanson,² n'est autre chose que l'évolution qui conduit les sociétés contemporaines de l'individualisme de l'économie politique classique, individualisme qui était en pleine faveur au moment de la rédaction du Code civil, vers les doctrines de la solidarité³. »

¹ DOBROVICI. *De l'abus de droit*, p. 26.

² SALANSON. *Op. cit.* p. 11.

³ Comparez ce que nous avons dit plus haut à ce sujet (§ 1).

La théorie de l'abus du droit consiste à dire que tout acte accompli en conformité d'un droit et dans l'exercice de ce droit ne dégage pas de prime abord, et par ce fait même, la responsabilité de son auteur quant aux conséquences dommageables de cet acte. Elle admet au contraire qu'au delà de certaines limites, l'exercice des droits devient abusif et ne mérite plus la protection légale même si elle leur est en apparence assurée par les termes de la loi.

DEUXIÈME PARTIE

Etat actuel de la théorie de l'abus du droit dans la doctrine et dans les législations.

§ 4. Historique et généralités.

I. DROIT ROMAIN.

Notre but n'est pas d'étudier en détail le développement historique de la théorie de l'abus du droit ; nous nous bornerons à en indiquer les lignes générales. Constatons que, si tous les auteurs sont d'accord pour chercher dans le droit romain les premières applications d'une sanction de l'exercice abusif des droits, beaucoup¹ ne peuvent admettre que ce principe ait été systématisé en une règle générale dès cette époque; d'autres² croient au contraire que la théorie de l'abus du droit, sans être formulée, était appliquée généralement en droit romain. Les premiers sont d'avis que le grand principe *qui jure suo utitur neminem laedit*³ était la règle générale de l'exercice des droits et qu'il exclut la répression de l'abus du droit. Les seconds soutiennent que cette sentence était limitée dans

¹ Voir notamment NEUMANN, p. 16.

² En ce sens : KARL HUBER, p. 7.

³ Cette sentence est la combinaison de trois passages du droit romain : PAULUS, L. 151, D. 50. 17 *Nemo damnus facti, nisi qui id fecit quod facere jus non habet*. PAULUS L. 155, D. 50. 17 *Non videtur vim facere, qui jure suo utitur et ordinaria actione experitur*. GAIUS, L. 55, D. 50 17. *Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur*.

son application par cet autre brocard : *Malitiis non est indulgendum*¹, qui contient implicitement toute la théorie de l'abus du droit, telle du moins que la conçoit le droit germanique. Nous ne nous attardons pas à examiner cette controverse ; c'est la transposition dans le passé du problème qui divise encore les auteurs de nos jours. Il faut constater seulement que les Romains n'ont en tout cas pas formulé une règle générale contre l'abus du droit. Nous ne possédons que des jugements d'espèces en cette matière. Les seuls qui puissent être mis en parallèle avec la théorie de l'abus du droit moderne, sont ceux qui touchent au droit de propriété, et en particulier aux rapports de voisinage. M. Huber, dans sa monographie sur l'art. 2, 2^{me} al. CCS., fait une étude complète des différents cas concrets où le Digeste relate des cas d'abus du droit. Ces textes sont dispersés dans les différentes parties de ce recueil, mais rien n'autorise à croire qu'un principe général formulé ait inspiré ces diverses solutions. La sentence « *malitiis non est indulgendum* » ne peut que difficilement être considérée comme l'expression de la règle moderne d'après laquelle l'exercice d'un droit dans la seule intention de nuire ne doit pas être protégé par la loi. M. Neumann est d'avis que ce membre de phrase est une interpolation du temps de Justinien². Cette phrase signifie seulement d'après lui « que l'exercice chicaneux du droit d'enlèvement ne doit pas être protégé par le droit ».³

D'ailleurs tous les auteurs allemands qui recherchent les origines de la théorie de l'abus du droit en droit romain, se placent sur le terrain spécial du *Schikaneverbot*, le seul connu par la législation allemande actuelle. Nous aurons l'occasion d'examiner plus loin la défense exprimée dans le § 226 B. G. R. Bornons-nous à constater pour l'instant que les textes de droit romain cités plus haut ont beaucoup plus pour but de régler les rapports de voisinage entre propriétaires et notamment de fixer quand un propriétaire

¹ CELSUS. L. 38. D. 6. 1 *Si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas : neque malitiis indulgendum est.* Voir aussi § 2 J. 1. 8. *Interest enim Reipublicae ne sua re quis male utatur, à propos du droit du maître sur la vie de ses esclaves.*

² En ce sens aussi quoique moins affirmatif, STAUDINGER. *Kommentar*, ad § 226. 1. vol. 1, p. 759.

³ NEUMANN. *Op. cit.* p. 16. On peut citer, en ce sens, WINDSCHEID, dans KIFF-WINDSCHEID : *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Vol. 1, § 121, p. 525 et suiv. et DERNBURG : *Pandekten*. Vol. 1 § 41, p. 89.

sort des limites de son droit et empiète sur celui du voisin, que d'établir un principe général condamnant l'exercice du droit dans le seul but de nuire à autrui. C'est le droit germanique qui, comme nous le verrons, a fait apparaître cette notion nouvelle.

La doctrine française se place sur un terrain différent lorsqu'elle étudie les origines de l'abus du droit ; en France, cette notion n'a pas été limitée au *Schikaneverbot* comme en Allemagne, mais embrasse un domaine beaucoup plus vaste ; elle est liée intimement au problème de la responsabilité pour actes illicites.¹ Certains auteurs français, tout en reconnaissant que c'est en matière de propriété que le droit romain semble avoir pressenti la théorie de l'abus du droit le plus nettement, estiment qu'elle se trouvait en germe à la base de plusieurs transformations essentielles de cette législation ; M. Dobrovici² fait rentrer dans cet ordre d'idée les adoucissements de la puissance paternelle, maritale et dominicale. Il en serait de même pour l'introduction de l'action Paulienne en matière de fraude.

Il nous paraît que cette interprétation de l'évolution du droit romain n'est pas exacte. Si, à un moment donné, le législateur, ou le préteur, a modifié certaines institutions, c'est qu'elles ne paraissaient plus remplir le but social qui leur était assigné. L'application stricte de l'ancien droit devenait abusive en regard des idées nouvelles, mais l'exercice du droit lui-même *in casu*, aussi longtemps qu'il n'avait pas été restreint, restait entier et n'était pas limité. On ne considérait pas comme un exercice abusif du droit de puissance dominicale par exemple, le fait par un maître de tuer son esclave ou de le maltraiter, tant que le préteur n'eut pas adouci ce droit. Il est donc inexact, croyons-nous, de prétendre que l'abus du droit était réprimé en droit romain d'une manière générale et que c'est même cette théorie qui a conditionné l'évolution du droit romain.

¹ Egger dans son Commentaire ad art. 28. C. C. S. (I, p. 99.) donne un exposé très précis de la différence de mentalité des doctrines française et allemande en face du problème de la responsabilité.

² DOBROVICI, Op. cit. p. 15 et suiv. Voir en ce sens également : SALANSON. Op. cit. p. 4. Ce dernier auteur fait également un rapprochement avec le *damnum injuria datum*, à tort nous semble-t-il. De même M. CHARMONT. (*L'abus du droit*, p. 119) est d'avis que la théorie de l'abus du droit non encore exprimée, a conditionné le développement d'un grand nombre d'institutions en droit romain : limitation de la puissance maritale et paternelle, action paulienne, etc. Cette théorie, d'après lui, a un regain de vigueur actuellement « parce que notre époque marque une étape dans l'évolution de la conscience juridique ».

En résumé, les Romains s'en sont tenus au principe que celui qui use de son droit ne lèse personne. Pourtant, en matière de propriété et notamment de voisinage, ils ont remarqué, comme nous l'avons vu déjà, que tout en usant de son droit le propriétaire d'un immeuble pouvait causer un dommage à autrui. Voici quel était dans ses grandes lignes le système admis sous Justinien en ces matières. Lorsqu'on se trouve en présence d'une véritable lésion du droit d'autrui, soit d'un empiètement sur la sphère juridique du voisin, le propriétaire lésant est responsable, pour autant que le dommage ne résulte pas des nécessités de la vie courante ¹. Par contre, lorsqu'il ne fait que priver autrui d'un avantage dont il jouissait jusqu'alors, il a usé légitimement de son droit et ne peut dans la règle, être tenu pour responsable ². Nous disons dans la règle, car le droit romain du Digeste admet dans divers cas particuliers, que l'exercice des droits peut devenir excessif, notamment lorsque l'auteur du dommage n'a eu en vue que de nuire à son voisin, sans intérêt pour lui-même (L. 1. § 12 D. de aqua 39. 3).

On trouve une autre application de l'abus du droit en matière de procédure pour réprimer l'esprit de chicane ³. Tandis que dans le droit des personnes, on modifiait les institutions au fur et à mesure que l'équité ou l'évolution sociale paraissait l'exiger, en matière de propriété on avait affaire à une institution si nettement délimitée qu'on ne pouvait en principe y porter atteinte. Mais comme l'équité, et la morale aussi, qu'on ne distinguait pas encore nettement du droit paraissaient violées par certains exercices du droit de propriété procédant de l'intention de nuire, on refusa la protection légale à celui qui agissait dans cette seule intention.

Cela nous amène à la conclusion suivante : Si le droit romain n'a pas connu le principe général que celui qui exerce un droit avec l'intention de nuire à autrui est responsable du dommage qu'il cause par cet exercice, il a pourtant admis dans des espèces particulières que l'équité exigeait une sanction pour réprimer cette intention malicieuse ; c'est en ce sens qu'il faut comprendre le brocard *malitiis non est indulgendum*.

¹ L. 8. § 6. D. *et servitus vindicetur*, 8. 5 ; L. 8. § 5. et L. 17. § 2. D. *eod. tit.*

² Cf. PORCHEROT. *Op. cit.* p. 10.

³ Inst. de Justinien L. IV. t. XVI. *De poena temere litigantium* et L. 2. C. 2. 59, *De jure jurando propter calumniam dando*.

II. ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

Nous retrouvons l'idée du droit romain dans l'ancien droit français jusqu'au XIX^{me} siècle, le grand principe *qui suo jure utitur neminem laedit* continue à régner. Toullier ¹ cite l'art. 107 de la coutume de Bretagne qu'il dit : « Celui n'attente qui n'use que de son droit. » Pourtant le droit coutumier admet une limite à l'exercice du droit de propriété, limite qui est à l'endroit où commence le droit du voisin ². On retrouve de même dans la coutume du Nivernais et ailleurs, l'idée que la responsabilité est engagée dès que l'exercice du droit n'a d'autre but que de nuire à autrui.³

Le Code civil français ne contient aucune disposition relative à l'abus du droit, malgré l'ampleur donnée en France, tant en théorie qu'en pratique, à ce nouveau concept. La doctrine et la jurisprudence lient d'une manière très intime le problème de la responsabilité pour actes illicites et celui de l'abus du droit. Ce dernier est envisagé la plupart du temps par les auteurs comme un des aspects particuliers du premier. Tous les anciens commentateurs du Code, quand ils admettent la responsabilité de celui qui exerce son droit dans le seul but de nuire à autrui, fondent cette responsabilité sur le principe général de l'art. 1382 C. C. F. : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » ⁴

¹ TOULLIER. *Droit civil français*, vol. 11. p. 150, note 2.

² En ce sens : DEMOLOMBE, t. 11. N^o 63. p. 73. POTHIER. *Introduction aux coutumes*, N^o 101. p. 41. DOMAT. *Les lois civiles*, t. III. liv. 2. tit. 8. N^o 9. p. 313 dit de même : « Celui qui faisant un nouvel œuvre dans son héritage use de son droit, sans blesser, ni loi, ni usage, ni titre, ni possession qui pourrait l'assujettir envers ses voisins n'est pas tenu du dommage qui pourra leur en arriver ; si ce n'est qu'il ne fit ce changement que pour nuire aux autres sans usage pour soi. Car, en ce cas, ce serait une malice que l'équité ne souffrirait point. »

³ Voir GUY COQUILLE. *Coutume de Nivernais*, chap. 10. Des maisons, murs, rues, etc., art. 1. p. 343. P. DE L'HOMMEAU. *Maximes générales de droit français*, II^{me} partie, p. 160 : « Il n'est permis à personne de faire en son fonds ce qui ne lui sert de rien et nuit à autrui. » Voir de même, en matière de procédure l'Édit de François I^{er} de 1539, connu sous le nom d'Ordonnance de Villers-Cotterets, art. 88.

⁴ TOULLIER. *Droit civil français*, t. 11. N^o 119. LAROMBIÈRE. *Théorie et pratique des obligations*, Paris 1857, t. 5. p. 592. SOURDAT. *Traité général de la responsabilité*, t. I. N^o 489, p. 443. M. PROUDHON. *Traité du domaine de propriété*. Dijon 1839. N^o 637.

Nous étudierons plus loin la doctrine française et les diverses tendances qui s'y font jour. Bornons-nous à signaler pour le moment le lien étroit qui, pour tous les auteurs français, unit les questions de responsabilité, dérivant de l'art. 1382, et celles posées par la théorie de l'abus du droit. C'est en raison de ce rapprochement constant, et aussi parce que les juristes français estiment que la loi doit être claire et précise, qu'on n'a jamais en France inscrit jusqu'ici dans les textes légaux de disposition visant l'abus du droit.

Avant l'entrée en vigueur du Code civil, ce sont les coutumes et les arrêts des Parlements qui ont réprimé l'exercice abusif des droits. Depuis que le Code civil est venu apporter l'uniformité d'un texte légal à toute la France, la jurisprudence d'abord, la doctrine ensuite, ont été les moyens dont la science juridique s'est servie pour réaliser toujours mieux son idéal social en cette matière.

La Commission de révision du Code civil s'est occupée de cette question. Les protocoles des séances de la première Sous-commission nous renseignent à cet égard. Nous y lisons ce qui suit¹ : « Quelques observations furent également échangées sur la composition du Titre préliminaire, où l'on comprendrait que l'on introduisit certaines matières nouvelles ayant un caractère plus particulier de généralité, soit sous forme de principes généraux, soit sous forme d'institutions du droit positif... Sans prendre encore de décision définitive à cet égard, la Section fut d'avis, à peu près à l'unanimité, qu'il n'y avait pas à introduire dans le titre préliminaire, comme l'ont fait certains Codes étrangers, aucune disposition de caractère doctrinal, formulant des principes généraux sous forme abstraite. Ce sont là des généralisations qui doivent être l'œuvre de la doctrine ; qui, elles-mêmes peuvent changer et évoluer au cours des temps, sous l'influence du progrès scientifique, sans pour cela que les solutions du droit positif, telles qu'elles sont écrites dans la loi, s'en trouvent modifiées. Il ne faut pas que la loi, en immobilisant ces principes généraux dans un texte précis, s'expose au risque de mettre obstacle à tout ce développement fécond de la science et de la doctrine ».

¹ *Bulletin de la Société d'études législatives* 1905, p. 249. Commission de révision du Code civil. Travaux de la première Sous-commission. Séance du 21 janvier 1905.

III. PAYS DE DROIT GERMANIQUE.

Nous venons d'examiner comment les décisions d'espèces du droit romain, appliquant dans son principe traditionnel la théorie de l'abus du droit, ont passé dans les coutumes françaises, puis se sont transmises dans la doctrine et la jurisprudence du Code civil, sans jamais revêtir l'apparence d'un système général et législatif; pour compléter ce rapide aperçu historique, il nous reste à examiner ce qu'est devenue dans les pays de droit germanique la théorie embryonnaire du droit romain en matière d'abus du droit. Nous n'examinerons que les grandes lignes de cette évolution, renvoyant pour le surplus aux études de MM. Gierke et Beseler¹ sur le même sujet. M. Karl Huber lui aussi s'occupe d'une manière assez détaillée de ce développement historique et le résume fort bien.

Le droit allemand moderne connaît le *Schikaneverbot*, la défense de chicaner, qui se fonde sur une interprétation fautive des sources du droit romain, influencé profondément par le droit germanique. Il existe dans ce dernier droit une institution spéciale appelée *Neidbau*, contre lequel le droit coutumier avait édicté des prescriptions strictes. Voici les deux définitions du *Neidbau* citées par M. Karl Huber. *Ulmer Bauordnung* T. 17. § 2 : « Es soll fürnämlich für ein Neidbau erkannt und gehalten werden, wann einer aus solchem seinem Bau einen schlechten Nutzen, sein Nachbar aber dagegen an Luft und Licht einen grossen Schaden hat oder was dergleichen unnötige Gebäude mehr wären » et *Augsburger Bauordnung* l. § 25 : « Für einen Neidbau aber wird gehalten, wenn einer seinen vorhabenden Bau offenbarlich zu seines Nachbarn Schaden ohne dringende Not vornimmt. »

L'institution juridique du *Neidbau* avait donc simplement pour but d'interdire de bâtir par pure chicane à l'égard d'un voisin. On a généralisé ensuite ce principe en ce sens que tout exercice du

¹ GIERKE. *Deutsches Privatrecht*, I. § 36, p. 319 et suiv. BESZLER. *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, vol. 1. § 91, p. 383. Ces deux auteurs constatent expressément que le *Neidbau* (principe d'après lequel un propriétaire ne peut élever des constructions par chicane) est d'origine germanique. Les auteurs anciens le mentionnent déjà : MEVIUS. *Commentarium in jus Lubecense*, 1664. Lib. 3, Tit. 12, art. 18. § 8 à 9. CAREZOW. *Jurisprudentia forensis romano-saxonica*, 1638. 2. 41. 11. *Anmerkungen*.

droit de propriété qui procède exclusivement d'un esprit de chicane doit être interdit. C'est cette interprétation très extensive du *Neidbau* qui est la source directe du concept connu en droit allemand sous le nom de *Schikaneverbot*, soit la défense d'exercer un droit par pure chicane ; le *Schikaneverbot* est la forme germanique de la théorie de l'abus du droit.

C'est au XVII^e et au XVIII^e siècle que les juristes allemands cherchèrent à harmoniser l'institution germanique du *Neidbau* avec les textes du droit romain qu'ils interprétèrent dans le sens du *Neidbau*. Puis, par un procédé fort commun, on oublia l'origine de ce dernier, et en étudiant cette institution, on cita des textes latins pour l'étayer, si bien qu'on finit par envisager le *Schikaneverbot*, généralisation du *Neidbauverbot*, comme d'origine romaine. Carpzow et Mevius surtout s'occupent du *Neidbau*, qu'ils mettent en relation directe avec les principes du droit romain. On s'aperçut d'ailleurs assez vite de cette confusion. En 1703, une dissertation présentée à Halle sous la présidence de Thomasius s'intitulait : « *Non-ens actionis forensis contra aedificationem ex aemulatione.* » On dit à cette époque *aemulatio* pour chicane¹, et *aedificatio ex aemulatione* pour *Neidbau*. D'après M. Karl Huber, c'est un certain Strykius qui a fait le premier travail spécial sur l'abus du droit, dans son *De aemulatione juris.*² C'est lui qui a donné une portée générale au *Schikaneverbot* et ne l'a plus restreint au *Neidbau* seulement. Mais à part quelques auteurs qui, à son exemple, étendent le champ d'application du *Schikaneverbot*, on limita en général la portée de cette défense au *Neidbau*, du moins jusqu'au XIX^e siècle; c'est à cette époque seulement que les auteurs, élargissant cette théorie, admirent que tout exercice du droit de propriété procédant du seul esprit de chicane devait être réprimé.

Enfin on alla plus loin encore. L'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* institue le *Schikaneverbot* comme règle de droit générale, applicable même en dehors du droit de propriété³.

¹ M. Neumann (p. 18), d'accord sur ce point avec M. Blümner (BLÜMNER RUDOLF, *Die Lehre vom böswilligen Rechtsmissbrauch, Chikane*, p. 94 et suiv.) croit qu'il n'y a aucune raison de traduire le mot *aemulatio* par *Chikane*. En ce sens il estime justifié de douter que le droit commun connût la défense de l'exercice du droit dans la seule intention de nuire.

² SAMUEL STRYKIUS. *De aemulatione juris*, 1678.

³ *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*. I. Teil. tit. 6. § 96. : « Wer sich seines Rechts innerhalb der gehörigen Schranken bedient, darf

Dès ce moment aussi, la doctrine discute abondamment la question de savoir si le *Schikaneverbot* était une institution admise d'une manière générale en droit romain, et si l'*œdificatio ex æmulatione* comportait une sanction chez les Romains.

Le B. G. B. dans son § 226 a conservé le principe du *Schikaneverbot*, devenu une disposition générale applicable dans tous les domaines du droit. Ce paragraphe est conçu comme suit: « *Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig wenn sie nur den Zweck haben kann einem Anderen Schaden zuzufügen.* » Remarquons que cette disposition est d'une portée beaucoup plus restreinte que notre art. 2 Code civil suisse, puisqu'elle se borne à déclarer que l'intention de nuire dans l'exercice d'un droit enlève à ce dernier sa légitimation. Dans le projet de Code civil allemand, on n'avait admis tout d'abord aucune disposition générale sur ce point. Il n'est pas sans intérêt de comparer à ce sujet ce que dit M. Gierke dans son étude du Projet de B. G. B. avec le passage cité plus haut du Protocole de la Commission de révision du Code civil français. « On n'est pas persuadé partout, déclare-t-il¹, que conformément aux arguments exposés ci-dessus, un grand Code doit réellement renoncer à statuer des principes généraux sur tous ces divers points... Les raisons qui, d'après l'Exposé des motifs², ont empêché d'accepter dans le projet une disposition contre l'exercice abusif des droits, et notamment contre la chicane, sont caractéristiques. Les dispositions du droit civil prussien contre l'exercice chicancier des droits et l'abus de la propriété sont reproduites. Mais on ne fait nullement remarquer que dans ces principes, c'est la conception allemande du droit, longtemps obscurcie, qui est venue au jour : la conception du projet purement romaine ne connaît que des droits stricts, qui, il est vrai, peuvent être restreints à l'extérieur par des droits op-

den Schaden, welcher einem Andern daraus entstanden ist, nicht ersetzen », § 37 : « Er muss aber denselben vergüten, wenn aus den Umständen klar erhellet, dass er unter mehreren möglichen Arten der Ausübung seines Rechtes diejenige, welche dem Andern nachtheilig ist, in der Absicht, denselben zu schädigen, gewählt habe. »

I. 8. § 27 : « Niemand darf sein Eigentum zur Kränkung oder Beschädigung Anderer missbrauchen. » § 28 : « Missbrauch heisst ein solcher Gebrauch des Eigentums, welcher vermöge seiner Natur nur die Kränkung eines Andern zur Absicht haben kann. »

¹ GIERKE. *Der Entwurf eines B. G. B. und das deutsche Recht*, p. 188.

² *Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B.*, Vol. I, p. 274 à 275.

posés et peuvent être liés à des devoirs, mais qui ne portent en eux-mêmes aucune limite. Par contre la conception proprement germanique, d'après laquelle tout droit est en même temps un devoir et implique une limite morale qui lui est immanente, est complètement étrangère à l'esprit du projet. »

M. Gierke regrette donc que le projet ne contienne pas de disposition générale visant l'exercice chicanier des droits et l'abus du droit de propriété. Il considère que les dispositions du droit prussien citées plus haut, représentaient précisément la conception germanique, qui veut que tout exercice du droit comporte en même temps un devoir, tandis que le droit romain n'admettait pas de limite à l'exercice des droits, si ce n'est le droit identique du voisin.

On peut, en résumé, caractériser comme suit l'attitude adoptée par les doctrines française et allemande en présence du problème de l'abus du droit :

En France, l'opinion dominante admet que la loi doit exprimer clairement et nettement les droits et obligations de chacun. Les théories nouvelles n'apparaissent dans le Code que lorsqu'elles sont le résultat d'une longue évolution sociale, qui ne subira plus de modifications, et qu'elles sont susceptibles d'être exprimées par des formules précises. Auparavant, c'est à la jurisprudence et à la doctrine qu'il appartient d'interpréter la loi de telle sorte que le droit atteigne toujours son but social. Cette tendance est particulièrement remarquable en matière d'abus du droit. Aucune disposition générale du Code ne fait allusion à cette théorie, aucun article ne la vise non plus dans ses applications. C'est la jurisprudence fondée tout entière sur l'art. 1382 C. C. F. et sur la doctrine de la responsabilité, qui a élaboré le système actuellement admis par la plupart des Tribunaux

M. GIERKE ajoute en note : « Ici, comme souvent d'ailleurs, le projet est de conception plus romaine que le droit romain lui-même. » Cf. G. HARTMANN : « Das Civil Gesetzbuch, das Aequitätsprinzip und die Richterstellung, » dans « Arch. für die civ. Praxis, » vol. 78, p. 309 à 407, où (p. 341 à 346) cet auteur prend position en faveur de la reconnaissance de l'*exceptio doli generalis* pour protéger contre la chicane ; voir aussi ВАНН. « Verhandl. des 20. Juristentages, » vol. 1, p. 299 et suiv. et 305.

et des auteurs ; mais aucune disposition légale générale ou particulière n'est venue encore sanctionner cette jurisprudence. Toute la théorie de l'abus du droit repose sur l'interprétation des dispositions visant la responsabilité pour actes illicites ; elles sont en droit français le pivot de la vie juridique en matière d'exercice des droits. C'est pourquoi nous ne pourrions étudier la théorie de l'abus du droit en France sans examiner la doctrine et la jurisprudence de l'art. 1382.

Dans les pays de droit germanique, il en va tout différemment. L'ancienne institution du *Schikaneverbot* déjà formulée nettement dans l'ancien droit, a passé dans le nouveau en s'élargissant un peu, mais en restant néanmoins assez limitée. D'un autre côté, la conception germanique de l'interprétation de la loi, qui donne au juge la faculté de tenir compte des principes généraux des droits, formulés ou non, et notamment de leur but social, devait conduire, semble-t-il, plus facilement que la conception assez stricte du droit français, à l'élaboration d'une théorie très large et très générale de l'abus. Celle-ci aurait trouvé une base solide dans ce principe, non exprimé par le droit coutumier français, que les droits se présentent aussi sous la forme de devoirs. Mais, contrairement à ce qu'on pouvait prévoir, la jurisprudence et la doctrine allemandes, bridées qu'elles étaient par le texte du § 226 B. G. B n'ont pu se donner libre carrière et elles sont restées confinées dans le cadre du *Schikaneverbot*. Elles vont donc beaucoup moins loin que la jurisprudence française. Alors que cette dernière a élaboré un système très large de l'abus du droit, poussée par la nécessité de tenir compte de l'évolution rapide de la vie moderne et de son caractère nettement social, la jurisprudence et la doctrine allemandes, elles, à l'encontre de leurs tendances habituelles se sont trouvées comme emprisonnées dans les limites étroites du *Schikaneverbot*. Il en résulte que, pour les auteurs allemands, l'étude de la théorie de l'abus du droit est ramenée à l'interprétation de cette institution, alors qu'en France, cette même théorie, largement développée, a pu être étudiée à la lumière et dans le cadre du problème général de la responsabilité pour actes illicites.

Nous verrons plus loin que le législateur suisse a su éviter l'obstacle d'une limitation trop stricte du problème par le texte légal, tout en échappant au reproche qu'on pourrait adresser à la jurisprudence française d'avoir élaboré toute une théorie de l'abus, alors que le Code civil n'y fait même pas allusion.

§ 5. Rapports entre la théorie de l'abus du droit et la responsabilité pour actes illicites.

GÉNÉRALITÉS

Le problème de l'abus du droit, tel que nous l'avons délimité plus haut, se présente selon nous, comme un cas particulier, un aspect du problème plus général de la responsabilité. Avant de passer à l'étude détaillée de l'abus du droit dans les diverses législations, et notamment en Suisse, il convient, nous semble-t-il, de résumer brièvement l'état actuel de la doctrine en matière de responsabilité, tant d'après le Code civil suisse que d'après les législations allemande et française, sous l'influence directe desquelles nos diverses législations cantonales ont vécu avant d'être synthétisées dans un Code unique. Les solutions données au problème de la responsabilité sont si variées qu'on ne saurait en aborder un cas particulier sans avoir pris position dans les controverses qu'il soulève et en particulier sans avoir, au préalable, défini la portée exacte des termes généraux employés par les auteurs. Dans ce domaine si délicat, plus que partout ailleurs, on constate en effet que beaucoup de discussions seraient évitées, si les auteurs examinaient toujours la valeur exacte des expressions qu'ils critiquent et de celles qu'ils emploient. « Il nous faut, dit M. Vilfredo Pareto, donner la chasse aux expressions nuageuses, en dehors de l'expérience ou la dépassant seulement, et leur substituer d'autres expressions rigoureusement expérimentales¹ ». Or ces expressions nuageuses ne se rencontrent nulle part davantage qu'en matière de responsabilité. Ne pouvant étudier ici le problème général de la responsabilité dans le sens d'une détermination scientifique de la valeur de ses éléments primordiaux, nous nous bornerons à prendre position sur les différents points litigieux, et spécialement sur ceux qui touchent de plus près à la théorie de l'abus du droit.

Nous avons posé plus haut le problème dans les termes suivants : « Etant donné un acte quelconque qui cause un préjudice à autrui, tout en revêtant l'apparence de l'exercice d'un droit, quand et à quelles conditions cet acte pourra-t-il obliger son auteur à répara-

¹ Discours prononcé par M. Pareto à l'occasion de son jubilé universitaire à Lausanne, le 6 juillet 1917 (voir *Gazette de Lausanne* du 7 juillet 1917, N° 184).

tion ? » Ainsi notre définition même de l'abus du droit fait rentrer d'emblée ce problème dans le cadre de la responsabilité du droit civil, puisque nous y trouvons les trois éléments caractéristiques de cette responsabilité : une activité humaine, un préjudice, une obligation éventuelle de réparer ce préjudice.

La responsabilité, au sens général du mot, est l'état de celui qui, juridiquement, peut être appelé à rendre compte d'un dommage qui atteint ou qui menace autrui. Cette formule très générale embrasse aussi bien la responsabilité pénale que la responsabilité du droit civil. Au surplus à l'origine ces deux responsabilités étaient confondues (et trop souvent elles le sont encore de nos jours). La responsabilité apparaissait comme une peine destinée à sanctionner l'activité délictueuse de l'auteur du dommage. Celui-ci était tenu de réparer le préjudice causé, même s'il avait agi dans l'exercice normal de son droit, par le simple fait qu'il avait lésé un tiers. C'était être délinquant que d'attenter à la fortune d'autrui ! Peu à peu, à mesure que la loi pénale revêt un caractère répressif d'ordre public et perd celui d'une vengeance privée, on sentit la nécessité de donner à la victime du dommage une compensation pour le préjudice subi. De là naquit la responsabilité du droit civil, qui, en dehors de toute idée de répression ou de punition, prit toujours davantage le caractère d'une compensation et d'une réparation¹. Ce caractère est allé en s'accroissant jusqu'à nos jours.

La nécessité de séparer complètement les responsabilités pénale et civile ne fait plus aujourd'hui de doute pour personne² ; mais

¹ IHERING. (*Das Schuldmoment*, voir notamment p. 2 à 10) a tracé l'histoire de cette évolution : Dans une première période qui se retrouve chez tous les peuples, on estime qu'à toute injustice doit correspondre une peine. De même que toutes les législations des peuples à leur début, l'ancien droit romain est dominé par l'idée de réaction violente contre toute injustice soufferte. Dans cette théorie le simple fait dommageable prouve suffisamment la faute. C'est la théorie des délits privés, qui institue une responsabilité toute objective. C'est lorsqu'on commence à tenir compte de l'imputabilité de l'acte à son auteur (faute) qu'apparaît la théorie subjective de la loi *Aquila* et de la doctrine classique.

² PLANIOL. t. 2. p. 291... « Seule la responsabilité pénale suppose la raison et la liberté ; l'homme qui mérite d'être châtié ou flétri est celui qui a su ce qu'il faisait, et on ne doit pas condamner à l'amende ou à la prison un fou ou un enfant dépourvu de discernement. Mais la responsabilité pécuniaire n'est ni un châtiement ni une flétrissure : le plus honnête homme du monde peut par mégarde commettre une faute engageant sa responsabilité... la condamnation pécuniaire prononcée contre lui est simplement fondée sur la nécessité d'indemniser une personne qui a souffert un dommage injuste. »

cette dernière comprend elle-même deux notions que le droit formulé a nettement séparées, en distinguant d'une part la responsabilité contractuelle et d'autre part la responsabilité délictuelle¹. Par la première, il faut entendre l'état de responsabilité engendré par un préjudice procédant de rapports réciproques et contractuels, ayant donc un caractère non pas légal et d'ordre public, mais conventionnel. C'est la responsabilité engendrée par la violation de la loi que les parties se sont imposées. Quant à la responsabilité délictuelle, qu'il vaudrait mieux à notre avis qualifier avec la doctrine française de « responsabilité civile *sensu stricto* », c'est celle qui dérive des actes illicites au sens général de ce terme².

Certains auteurs ont tenté de faire de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité pour actes illicites une seule et même espèce. M. Fromageot³ s'élève à juste titre contre cette opinion, avec la majorité des auteurs. En matière de responsabilité contractuelle, il s'agit de sanctionner la volonté même des parties ; la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, au contraire, a pour fondement la nécessité du maintien de l'ordre social. « La faute et la responsabilité ne peuvent pas varier de nature par elles-mêmes, mais ce qui varie, ce sont les devoirs qui peuvent naître soit de la loi, soit de la convention. »

La responsabilité délictuelle ou responsabilité pour actes illicites embrasse un domaine infiniment plus vaste que ne le laissent supposer ces expressions. Les termes d'acte illicite ou de délit civil employés par les codes pour qualifier les faits à l'occasion desquels cette responsabilité apparaît, sont beaucoup trop étroits⁴. En réalité les codes font rentrer dans les chapitres traitant de la responsabilité pour actes illicites, tous les cas de responsabilité de droit civil, à l'exclusion seulement de ceux appartenant à la responsabilité contractuelle. C'est pourquoi nous préférons employer ici pour qualifier cette responsabilité une expression générale, en usage dans

¹ Cf. concernant cette distinction : WEL, *Verschuldensbegriffe*, p. 358 et suiv.

² Cf. art. 41 et suiv. C. O.

³ FROMAGEOT. *De la faute comme source de la responsabilité*, p. 5 et 53. A rapprocher cette opinion de l'idée d'après laquelle on exercerait les droits légaux en vertu d'un quasi-contrat.

⁴ Le chap. II, titre 4, livre 3, du C. C. F., est intitulé en effet « des délits ou des quasi-délits » ; le C. O., titre I, chap. 2 s'intitule : « des obligations résultant d'actes illicites, » et le titre 25 du B. G. B., livre 2, section 7 « actes illicites. »

la doctrine française, celle de *responsabilité civile*. Mais il est entendu que nous comprenons sous cette dénomination aussi bien la responsabilité délictuelle que la responsabilité quasi-délictuelle et la responsabilité causale, à l'exclusion de la seule responsabilité contractuelle¹.

Bien que les principes généraux et essentiels servant de fondement à la responsabilité civile soient les mêmes dans toutes les législations qui ont subi l'influence du droit romain, on ne note pas moins entre elles, dans les explications que l'on en donne, des divergences assez appréciables. La théorie classique de la responsabilité a trouvé son expression la plus parfaite dans le Code civil français de 1804, art. 1382, dont les éléments caractéristiques sont pour ainsi dire communs à toutes les législations. Dès lors, sous l'influence du développement économique et industriel du XIX^e siècle, sous l'influence aussi des doctrines sociales nouvelles issues de ce développement, la doctrine et la jurisprudence, puis dans plusieurs pays le législateur, ont singulièrement élargi cette théorie dite classique, dont nous allons exposer les grandes lignes.

D'une manière générale, le droit moderne déclare responsable celui qui cause sans droit et par sa faute un dommage à autrui (cf. art. 1382 C. C. F. et art. 50 CO. 1884). La responsabilité civile traditionnelle est conditionnée par la réunion de quatre éléments au moins :

le dommage, élément matériel de la responsabilité,

le caractère illicite et contraire au droit, élément personnel objectif,

la faute, c'est-à-dire le manquement au devoir juridique, qui peut être intentionnelle ou la conséquence d'une simple négligence ; c'est l'élément personnel subjectif,

enfin un élément quelque peu abstrait, mais non moins indispensable, *le rapport de causalité*, autrement dit la nécessité que l'acte incriminé soit bien la cause du dommage subi.

Certes toutes les lois n'ont pas également formulé ces réquisits, comme nous le verrons plus loin, mais tel était bien le fondement de la responsabilité pour actes illicites, dans notre Code des obligations notamment. On peut de même englober dans cette formule générale, aussi bien la responsabilité du Code Napoléon que celle

¹ Cf. OERTMANN : *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 1046. ad § 823. *Forbemerkung* 1.

du droit civil allemand, quoique ce dernier ait davantage précisé sa position, en restreignant la portée et le champ d'application de ses dispositions dans ce domaine.

Examinant de plus près les éléments que nous venons d'énumérer, qui conditionnent la responsabilité civile, nous constatons qu'on peut les grouper sous trois chefs.

Tout d'abord, nous avons l'*élément matériel* de la responsabilité, le *dommage*. Ce terme d'élément matériel est à vrai dire trop restreint à l'heure actuelle ; il était exact dans l'ancienne conception où le dommage pouvait se définir : toute diminution de la valeur d'un bien matériel à la suite d'un événement anormal. De nos jours, on a singulièrement étendu la portée de cet élément matériel et la responsabilité peut être engagée lorsque l'acte illicite a porté atteinte à un bien purement immatériel, tel que l'honneur, la réputation commerciale, la situation économique. En réalité, cet élément de la responsabilité civile est le facteur extérieur à l'agent responsable, celui qui apporte une modification à l'équilibre juridique et social, modification dommageable pour la victime, et résidant dans un état de fait. C'est ce que nous pourrions appeler la condition externe de la responsabilité¹.

En opposition à cette condition, nous avons les deux éléments personnels à l'agent du dommage : *la faute et le caractère illicite*. Ils ont tous deux ce point commun de faire apprécier le fait dommageable dans la personne de son auteur. A la vérité pour certains théoriciens, ces deux éléments n'en forment qu'un seul, la *faute* au sens général, par quoi ils entendent le manquement à un devoir juridique. C'est par cet élément en partie double, que se résoud la question de savoir à quelles conditions l'auteur du dommage peut en être déclaré responsable. La théorie classique répondait comme suit : l'auteur du dommage en portera la responsabilité, d'une part si ce dommage lui est imputable (élément d'imputabilité), d'autre part si l'acte est exercé en dehors des limites du droit (élément illicite) ; en d'autres termes, d'une part s'il y a faute au point de vue subjectif, d'autre part s'il y a faute au point de vue objectif. « A côté du

¹ Cet élément est le principal en matière de responsabilité de droit civil, c'est même ce qui distingue nettement cette responsabilité de celle du droit pénal. M. Huard (p. 92) dit en ce sens : « aucune comparaison ne semble possible entre le terrain pénal purement psychologique et le terrain civil purement pratique et patrimonial. »

dommage, dit M. Bosc¹, la loi exige simplement la faute, et c'est de l'analyse de ce mot *faute*, que l'on fait découler la nécessité du caractère illicite et de l'imputabilité. » Cette opinion qui se soutient parfaitement en droit français d'après les termes mêmes du Code (art. 1382), est aussi justifiée en droit suisse et en droit allemand, où la loi exige les mêmes éléments sans opérer la classification rationnelle que nous venons d'esquisser.

Enfin, le troisième élément, purement abstrait de l'acte illicite, et dont nous n'aurons pas à nous occuper spécialement au cours de cette étude, non plus d'ailleurs que de l'élément du dommage, c'est le *rappor*t de causalité entre le fait illicite et le dommage, qui détermine l'attribution de la responsabilité à telle ou telle personne.

La théorie classique de la responsabilité civile, dont nous venons d'exposer la structure générale, a subi depuis un demi siècle des modifications importantes qui en ont bouleversé les bases fondamentales. Notre tâche consiste à étudier sommairement cette transformation, tout au moins dans ses rapports immédiats avec l'abus du droit. Bien que nous nous placions avant tout sur le terrain du droit suisse, il nous paraît logique d'examiner tout d'abord le droit français, puis le droit allemand, qui offrent chacun des éléments caractéristiques, dont notre loi a fait usage.

1. LA RESPONSABILITÉ CIVILE DANS SES RAPPORTS AVEC L'ABUS DU DROIT EN DROIT FRANÇAIS.

Le droit français, comme le droit suisse, et à la différence du B. G. B., a inscrit dans son Code le principe de la responsabilité pour actes illicites sous une forme très générale. L'article 1382 C. C. F. dit en effet : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » et l'article 1383 ajoute : « Chacun est responsable du dom-

¹ J. Bosc. *Op. cit.* p. 8. Si l'un de ces deux éléments (élément d'imputabilité ou élément illicite) vient à disparaître, la faute elle aussi disparaît. M. Bosc n'admet pas qu'on rende le mot *faute* synonyme d'acte imputable comme le fait le droit suisse.

mage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». Ces dispositions s'appliquent en matière de délits et de quasi-délits, pour employer la terminologie française usuelle, et visent tous les cas de responsabilité civile *sensu lato*, à l'exclusion seulement des fautes qui peuvent être commises dans l'exécution d'un contrat ou d'une convention (responsabilité contractuelle) ¹. L'importance de ces articles est d'autant plus grande pour nous que le droit français a fondé toute la théorie de l'abus du droit sur leurs dispositions. C'est d'eux également que la jurisprudence et la doctrine ont tiré au cours du XIX^e siècle, et jusqu'à nos jours, les déductions et théories nouvelles nécessitées par les progrès de la vie industrielle et économique.

A s'en tenir aux termes mêmes de la loi, la responsabilité civile existe en France dès que sont réunis les trois éléments de dommage, de faute et de causalité, seuls prévus par le texte légal. Nous n'avons pas à étudier ici l'élément de dommage ; bornons-nous à constater que le mot *dommage* vise à première vue seulement le dommage matériel, soit l'atteinte à un bien matériel (patrimoine, intégrité corporelle, santé, etc.) ; mais la doctrine et la jurisprudence ont étendu de bonne heure déjà cette notion au dommage immatériel, c'est-à-dire aux atteintes à des « biens personnels » ² (considération, honneur, réputation commerciale et professionnelle, etc.) Quant à l'élément de causalité entre le fait illicite et le dommage, exigé lui aussi par le texte légal, la jurisprudence a reconnu dès longtemps la nécessité d'en faire la preuve pour qu'il y ait responsabilité. Il ne suffit donc pas d'invoquer un préjudice subi ³.

Le troisième facteur exigé par le Code, pour déterminer la responsabilité de l'auteur du dommage, est la *faute*. C'est de l'analyse de cet élément que dépendent la plupart des modifications apportées à la théorie de la responsabilité par la jurisprudence et la doctrine. Tandis que la loi suisse parle de dommage causé à autrui d'une manière illicite, soit intentionnellement, soit par négligence ou impru-

¹ Cf. Cass. req. 21 Janvier 1890. D. P. 1891, I. 380

² Cf. LAURENT. *Principes de droit civil*, vol. 20, N^o 395, p. 415. — PLANIOL. *Traité*, vol. 2. N^o 868, p. 282.

³ *Code civil, Petite Collection Dalloz*, édition de MM. GRIOLET et VERGÉ 1917. ad art. 1382, N^o 10. Voir aussi : Cass. req. 27 Mai 1895, D. P. 1896, I. 213, Cass. Civ. 21 Février 1898, D. P. 1903, I. 296. — Cass. Civ. 13 Mars 1900. D. P. 1900, I. 588. — Cass. req. 15 Mars 1908. D. P. 1908, I. 421.

dence, le Code français parle de faute, réunissant ainsi en une seule notion les caractères d'illicéité¹ et d'imputabilité².

L'imputabilité, ou faute au sens subjectif, c'est le lien qui rattache l'acte illicite et dommageable à une volonté libre, qui fait que cet acte constitue une faute de la part de son auteur³. Sans imputabilité, il n'y a pas de faute et par conséquent pas de responsabilité, du moins dans la théorie classique. Quant à l'illicéité, c'est l'élément de faute au sens objectif, c'est-à-dire la violation objective du droit, caractérisée soit par une atteinte au droit, soit par le fait d'agir sans droit; c'est le lien qui rattache l'acte au droit positif. Beaucoup d'auteurs français confondent et mélangent intimement ces deux notions constitutives de la faute. D'après la théorie classique, la faute consiste dans un fait de commission ou d'omission qui implique soit l'intention de commettre un acte illicite, soit la connaissance de cet acte illicite, le tout constituant un manquement au droit.

Parmi les définitions de la faute qui tiennent compte exclusivement du caractère subjectif d'imputabilité, citons celle de M. Huc⁴: « La faute consiste dans l'intention de commettre un acte illicite, ou dans la connaissance des caractères délictuels du fait accompli, ou dans la négligence que l'on a mise à ne pas en découvrir les conséquences et les caractères ». L'intention ou la négligence peuvent se manifester soit dans un acte positif de commission, soit dans une omission (absence d'agir)⁵ ou une réticence. La définition donnée par M. Fromageot⁶ tient spécialement compte du caractère psychologique de l'imputabilité, et met bien en lumière le rôle de cet élément dans le concept de faute. *Sensu lato*, il définit la faute: « Tout manquement à un devoir juridique », définition qui comprend aussi bien la faute délictuelle ou quasi-délictuelle, que la faute contractuelle. Puis, poussant son analyse plus loin, il caractérise la faute

¹ Nous nous excusons de recourir à ce néologisme; seul il rend exactement et sous une forme commode l'idée du caractère illicite de la faute s'opposant à l'élément d'imputabilité.

² RIVIÈRE. *Du principe de l'imputabilité civile*: « La faute est tout fait contraire à la règle, c'est-à-dire au droit, et qui est imputable » — M. Bosc définit la faute: « Tout acte illicite et imputable à son auteur », (op. cit. p. 11.)

³ Bosc. *Op. cit.* p. 23.

⁴ Huc. *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, p. 532, N° 402 et suiv.

⁵ Les jurisprudences anglaise et américaine ont développé considérablement la notion d'acte illicite commis par abstention d'agir.

⁶ FROMAGEOT. *De la faute comme source de la responsabilité*, p. 2.

comme « un manquement voulu ou non voulu à un devoir juridique ». ¹ Il fait remarquer que le manquement voulu peut être intentionnel (dol), lorsque l'individu voulait les conséquences dommageables de son acte, ou non intentionnel, lorsque l'individu n'a pas eu conscience des conséquences de son acte, et *a fortiori* ne les a pas voulues ; il s'agit là des cas d'inattention ou d'étourderie. M. Fromageot distingue ² soigneusement le manquement voulu et intentionnel qu'il qualifie fraude, dol, intention de nuire, des autres cas qui sont pour lui des cas de faute proprement dits (Fahrlässigkeit). « En négligeant cette distinction, on laisse de côté, d'après lui, un des critères les plus justes des actions humaines, c'est-à-dire l'intention qui y a présidé ». Nous croyons au contraire, que ce point de vue n'est pas justifié en droit civil, mais bien en droit pénal, seul domaine où le caractère psychologique de la faute joue un rôle déterminant. Cette distinction en a créé une autre, usuelle en doctrine française, et déjà en droit romain, entre les délits et les quasi-délits ³.

La faute exige donc la présence de l'élément d'imputabilité pour que l'application de l'art. 1382 soit possible ; il en résulte logiquement que les actes qui sont le fait d'un irresponsable, ou qui ont leur cause dans un cas fortuit ou un événement de force majeure, échappent à toute réparation.

L'élément objectif de la faute, celui qui ne tient pas compte de l'état d'esprit de l'auteur de l'acte, c'est l'illicéité. Remarquons que la définition donnée à la faute, *sensu lato*, par M. Fromageot tient compte de ce caractère et même y insiste spécialement : « La faute est un manquement au devoir juridique ». M. Bosc reproche même à cette définition de ne tenir compte que du caractère objectif de la faute, critique qui paraît assez fondée, à moins d'étendre singulièrement la portée du mot « manquement ».

Un acte dommageable ne donne donc lieu à réparation que s'il est illicite. C'est une tâche assez complexe que de définir l'illicéité. La

¹ FROMAGEOT. *Op. cit.* p. 3.

² La définition dernière donnée par M. Fromageot de la faute est la suivante : La faute est un manquement non voulu ou non intentionnel à un devoir juridique ; l'existence d'un devoir non accompli et l'absence d'intention en sont les caractères distinctifs (p. 53).

³ « Les quasi-délits sont les faits de commission ou d'omission, par lesquels on porte préjudice à autrui, et qui se distinguent des délits proprement dits par l'absence d'intention de nuire » (HUBER. *Op. cit.* p. 48).

doctrine classique exige la réunion de deux caractères pour que l'acte soit illicite : il doit être accompli sans droit et il doit atteindre la victime dans un droit acquis. Chacun de ces deux réquisits a donné lieu à de nombreuses interprétations. La doctrine dominante, du moins celle qui a précédé l'apparition de la théorie de l'abus du droit, paraissait admettre que l'expression « acte accompli sans droit » implique en tous cas que, lorsque l'auteur agit dans les limites de son droit, il ne peut être recherché en responsabilité, sinon le droit lui-même s'effacerait et disparaîtrait ; d'où il résulte que si l'acte dommageable est le résultat de l'exercice d'un droit, il ne peut jamais être illicite¹. Ce principe comporte deux autres conséquences. Tout d'abord l'acte est toujours illicite s'il est accompli en violation d'une disposition impérative ; puis, dans une autre direction, il n'y a pas d'acte illicite lorsqu'une circonstance spéciale enlève à l'acte dommageable le caractère apparent d'avoir été accompli sans droit. Ce dernier cas se présente lorsque l'auteur a commis l'acte dommageable en état de légitime défense, sur l'ordre d'une autorité compétente ou du consentement de la victime. Remarquons toutefois que la victime ne peut pas consentir à toute espèce de dommage commis à son préjudice par autrui. Il est certains biens, et notamment la liberté, relativement auxquels l'ordre social s'oppose à une renonciation volontaire complète de l'individu².

Signalons encore que le réquisit de l'acte accompli sans droit n'implique pas *a contrario*, que seuls les actes accomplis dans l'exercice d'un droit bénéficient de l'impunité. La doctrine dominante admet également que les actes qui procèdent de l'exercice de la liberté générale, n'engagent pas non plus la responsabilité de leur auteur, à condition bien entendu qu'ils ne lèsent pas autrui dans un droit acquis ; car, dans ce dernier cas, l'atteinte portée au droit d'autrui, n'ayant pas été commise dans l'exercice d'un droit positif, les deux caractères de l'acte illicite se trouvent réunis.

M. Porcherot n'admet pas cette dernière théorie. Pour lui, tout acte accompli sans droit est un acte qui porte atteinte au droit d'autrui. Entre l'exercice d'un droit et l'acte accompli sans droit, il n'y

¹ Cette théorie appelée subjective parce qu'elle tient compte des droits du sujet lésant est bien la doctrine classique française ; elle s'oppose à la théorie objective du droit allemand. Nous aurons à revenir sur cette distinction. Cf. Bosc. *Op. cit.* p. 11 et 57.

² Cf. art. 27, 2^{me} al. C. C. S.

a pas de place pour un acte mixte ¹. M. Porcherot est partisan de la doctrine subjective de l'acte illicite, doctrine qui admet en dernière analyse que tout ce qui n'est pas expressément permis au sujet de droit lui est défendu.

En ce qui concerne le second élément de l'illicéité, d'après lequel l'acte doit atteindre la victime dans un droit, on admet dans la théorie commune que c'est bien un droit qui doit être lésé ; par conséquent il n'y aura pas lieu à réparation, si autrui est simplement lésé dans l'usage général de sa liberté ou dans ses intérêts. « On ne peut déclarer un simple intérêt, si respectable soit-il, l'égal d'un droit. Si je détruis une espérance chez autrui, si j'atteins mon semblable dans un désir, dans une croyance d'enrichissement par exemple, je ne puis être tenu à réparer le mal que je lui ait fait »². De ce second réquisit de l'illicéité, en vertu duquel est déclaré responsable celui qui lèse autrui dans un droit, on a déduit logiquement l'obligation imposée à tout sujet de droit de ne pas léser autrui. Cette obligation est le fondement de la vie en communauté, et c'est pourquoi elle est d'ordre public. C'est l'expression très nette de la doctrine germanique que tout droit se présente aussi sous la forme d'un devoir. « La vie en communauté, dit M. Fromageot ³, est basée sur la restriction réciproque d'une partie de la liberté absolue de chacun, l'obligation de ne léser personne est l'expression de cet équilibre entre les droits individuels ». Cette obligation incombe à tous les individus, c'est un « devoir légal » qui consiste à restreindre sa propre liberté, afin de ne pas gêner celle des autres, et d'assurer ainsi la jouissance commune de la vie en société ⁴. Nous en arrivons ainsi tout naturellement à établir que les limites objectives de l'acte illicite varient suivant l'état des mœurs et suivant l'organisation de la société. Dans une société individualiste, comme celle pour laquelle le Code civil avait été créé, l'application des règles des art. 1382 et 1383, dans les limites que nous venons de fixer, ne présentait pas de grandes difficultés d'interprétation. On vivait alors à l'époque où la Révolution française, par la proclamation des droits de l'homme,

¹ Cf. la théorie de M. Rensing en droit suisse.

² Bosc. p. 157, cf. p. 190.

³ FROMAGEOT. *op. cit.*, p. 66.

⁴ On appelle théorie objective de l'acte illicite celle qui n'envisage dans ce dernier que le caractère d'atteinte au droit d'autrui. C'est la conception germanique de l'acte illicite.

avait consacré d'une manière presque absolue les libertés individuelles. A un moment où chacun jouissait de droits proclamés absolus et parfaitement délimités, où, de plus, les relations économiques et sociales moins compliquées, ne créaient pas un enchevêtrement complet des responsabilités, les textes légaux que nous venons d'étudier, interprétés par la doctrine et la jurisprudence, devaient suffire à tous les besoins.

Pourtant, le Code civil français avait déjà porté une atteinte au système rigide de la responsabilité ayant la faute comme cause déterminante. Dans certaines espèces, les nécessités de la vie courante et la sauvegarde des intérêts des lésés avaient amené le législateur, tantôt à supprimer le réquisit de l'imputabilité (responsabilité du fait des animaux, art. 1385), tantôt à renverser la charge de la preuve¹, en ce sens que l'auteur du dommage étant présumé en faute, sa responsabilité n'est dégagée que s'il prouve, ou bien qu'il a usé de la diligence nécessaire pour empêcher le dommage de se produire, ou bien qu'il s'agit d'un cas de force majeure, ou bien qu'il y a faute du demandeur (responsabilité des pères de famille, des maîtres et commettants, art. 1384 et responsabilité du fait d'un bâtiment, art. 1386).

Au cours du XIX^e siècle, l'énorme développement de l'industrie et du commerce, accompagné de celui des voies de communications, posa une foule de problèmes juridiques nouveaux dans le domaine de la responsabilité. Ces problèmes furent d'abord résolus par la jurisprudence qui s'appuyait presque exclusivement sur l'équité ; puis, peu à peu, la doctrine les examina et, s'inspirant des solutions jurisprudentielles, formula de nouvelles théories, sanctionnées quelquefois par le législateur. Dans le domaine industriel notamment, l'emploi toujours plus grand des machines augmenta les risques d'accidents pour l'ouvrier. D'autre part, ce même développement de la vie industrielle et commerciale amena toute une série de rapports et de dommages nouveaux, qui ne tombaient pas sous le coup de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle des art. 1382 et 1383 C. C. F. Il arrivait par exemple que l'ouvrier, victime d'un accident de machine ou d'une explosion, ne recevait aucune indemnité, le dommage n'étant pas imputable à son patron, ou bien encore il se trouvait que certaines industries nouvelles causaient

¹ Cf. JOSSEBRAND. *Responsabilité du fait des choses inanimées* et HUARD, *op. cit.* p. 181 et 182.

des dommages intolérables aux propriétés voisines (émissions de gaz, mauvaises odeurs, etc.), sans qu'il fût possible de rechercher l'auteur du dommage en responsabilité, l'acte dommageable ne révélant en soi aucun caractère illicite, mais apparaissant comme le strict exercice du droit de propriété.¹

En résumé, on s'aperçut peu à peu que l'ancienne notion de faute était insuffisante dans deux directions différentes :

1. D'un côté il paraissait intolérable que certains actes nettement dommageables n'engendrassent aucune responsabilité parce qu'ils n'étaient pas imputables à celui qui, logiquement, eût dû être déclaré responsable ; on se trouva ainsi contraint de supprimer, dans certains cas, ce réquisit légal et de déclarer l'auteur d'un dommage responsable, même si ce dernier ne lui était pas directement imputable, par le seul fait qu'il en était la cause. Les auteurs formulèrent ainsi, après les tribunaux, la théorie de la responsabilité causale, qui pour certains d'entre eux devint la théorie du risque.

2. Dans une autre direction, certains actes, bien qu'imputables à leur auteur, n'engendraient aucune responsabilité, parce qu'ils ne revêtaient pas le caractère illicite exigé par le code. Il s'agit ici des cas où l'auteur du dommage l'a causé en exerçant un droit positif. Tant qu'il n'a fait qu'user des facultés générales comprises dans la liberté humaine et qu'il a agi sans droit, il est facile d'appliquer l'art. 1382 ; en effet, dès qu'il y a atteinte au droit d'autrui, l'obligation de ne pas léser autrui est violée et la responsabilité apparaît. Par contre, dans tous les cas où l'auteur n'a fait qu'user de ses droits subjectifs, et où cette activité a causé un dommage même intolérable en regard des circonstances, il n'y a plus d'acte illicite², ainsi que nous l'avons vu, et l'art. 1382 est inopérant. Tous ces cas sont

¹ M. Bosc montre (*op. cit.* p. 161 et suiv.) combien grande est l'influence de l'état social sur la notion de l'acte illicite ; il examine notamment :

1. l'influence des idées sociales : relations entre patrons et ouvriers,
2. l'influence des usages,
3. l'influence du développement scientifique : responsabilité du propriétaire de bicyclettes, d'automobiles,
4. l'influence du développement artistique et littéraire : responsabilité de l'historien et du critique, responsabilité du romancier,
5. l'influence de la qualité et de l'intention des parties : responsabilité pour renseignements inexacts.

² « En principe, dit M. Fromageot, (*op. cit.* p. 74) l'exercice licite et de bonne foi d'un droit ne saurait constituer une faute, quel que soit le dommage qui puisse en résulter ».

précisément ceux qui font l'objet de la théorie de l'abus du droit telle que l'envisagent les auteurs français. Ils ont donné lieu à une abondante littérature, et nous aurons l'occasion d'y revenir plus loin.

En terminant cette courte étude de la responsabilité civile en droit français, qui nous a permis de situer la théorie de l'abus du droit à sa place exacte, il convient d'attirer l'attention sur les fréquentes confusions qui règnent en France, dans la doctrine, entre la théorie de la responsabilité causale ou du risque et celle de l'abus du droit¹. Ainsi plusieurs auteurs étudient à propos de la première, les dommages causés par le voisinage d'industries insalubres, bruyantes ou dangereuses. Or il s'agit ici, non pas de risques créés, mais bien d'une application de la théorie de l'abus du droit. Il en est de même pour les dommages causés par l'établissement d'une mine aux propriétaires de la surface².

¹ La théorie de la responsabilité causale a fait l'objet des études des juristes français, surtout à la suite de deux arrêts célèbres de la Cour de cassation (Cass. civ. 16 Juin 1896. *D. P.* 1897, I. 433. Voir sous cet arrêt, Note de M. Saleilles et sous la même arrêt, dans la collection *Sirey* 1897, I. 17, Note de M. Esmein) et du Conseil d'Etat (21 Juin 1896, *Sirey* 1897, III. 93, annoté par M. Hauriou), qui la consacrent sans réserve. Voir aussi un article de M. Charmont dans *Revue critique* 1898, p. 129 et suiv. Dans les cas de responsabilité causale, c'est l'élément d'imputabilité qui disparaît; seule l'illicéité de l'acte subsiste. Cf. JOSSERAND. *De la responsabilité du fait des choses inanimées*; cet auteur pose en principe que « tout dommage doit être réparti entre l'auteur et la victime dans la mesure où chacun d'eux l'a causé par son fait. » Voir aussi Note sous Cass. civ. 19 Juillet 1870. *Sirey* 1871, I. 9. M. Planiol a été pendant longtemps en France le chef du mouvement d'opposition à la doctrine de la responsabilité causale (Voir ses « *Etudes sur la responsabilité civile*, » dans *Revue critique* 1905, p. 277 et suiv. notamment p. 238 et suiv.) Pour la législation, voir loi du 9 Avril 1896 concernant la responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail.

² Voir sur ce point spécial : CH. LESOUDIER. *De la responsabilité de l'exploitant du tréfonds vis-à-vis du propriétaire de la surface*. *Revue trimestrielle* 1906, p. 545 et suiv.

II. LA RESPONSABILITÉ CIVILE DANS SES RAPPORTS AVEC L'ABUS DU DROIT EN DROIT ALLEMAND.

Le législateur allemand a restreint par des limites bien déterminées le champ d'application de la responsabilité pour actes illicites dans les § 823 et suiv. B. G. B. ; d'autre part, comme l'institution du *Schikaneverbot* du § 226 appartient à un autre domaine et délimite étroitement le problème de l'abus du droit, la doctrine allemande a toujours séparé assez nettement les deux questions. Nous ne trouvons nulle part ici la confusion régnant en France entre le domaine propre de la responsabilité civile en général et celui de la théorie de l'abus du droit, qui en est un aspect particulier, ayant trait au mode d'exercice des droits.

Le § 823 B. G. B. qui pose le principe général de la responsabilité est conçu comme suit : « Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt, ist dem Anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoss gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein ». Il faut compléter ces dispositions par celles du § 826 : « Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet ».

Ainsi, au lieu que le Code civil français pose le principe général que tout dommage causé à autrui doit être réparé si son auteur a commis une faute, quelle que soit la nature de ce dommage ou le bien qu'il atteint, le droit allemand accorde sa protection à certaines catégories de dommages nettement précisées. De même que le droit romain ne connaissait pas de délit civil général et n'accordait d'action que lorsque le dommage se présentait dans des conditions bien déterminées, de même le B. G. B. a pour ainsi dire limitativement énuméré les cas où la responsabilité est engagée. Dans la crainte de donner au juge un pouvoir d'appréciation trop étendu, de lui confier « une souveraineté étrangère au droit alle-

mand n¹, il n'a reconnu que très exceptionnellement le droit à des dommages-intérêts pour un préjudice non matériel. Aujourd'hui encore l'atteinte aux droits de la personnalité est imparfaitement protégée en droit allemand². Le projet I du B. G. B. avait admis le principe général de la réparation de tout dommage causé à autrui dans le sens du *Landrecht* prussien (l. 6. § 8)³ et du C. C. F. C'est dans le projet II, adopté ensuite comme texte définitif, qu'est apparue la conception restrictive du § 823, qui part de la violation de droits subjectifs ou d'intérêts vitaux énumérés, comme l'intégrité corporelle, la santé, etc., en ajoutant seulement dans l'alinéa 2 les violations du droit objectif formulé, causant un dommage à quelqu'un sans porter atteinte à un droit subjectif.

Dans sa forme actuelle le § 823 B. G. B. donne trois sources à la responsabilité⁴ :

1. Atteintes à des intérêts vitaux limitativement énumérés : vie, corps, santé, liberté.
2. Atteintes à un droit subjectif : propriété, etc.
3. Dans certains cas, la responsabilité naît d'une atteinte quelconque à un intérêt, sans que cet intérêt soit devenu un véritable

¹ *Motive*, vol. 2. p. 22 et suiv.

² Cf. GIERKE. *Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches*, p. 196 et suiv. 266 et suiv. Au lieu que le Code civil français art. 1382, voit « dans toute atteinte fautive et contraire aux droits et aux intérêts d'autrui protégés légalement » (von LISZT. *Die Deliktobligationen des B. G. B.* 1896 p. 3 et p. 29 et suiv.) une source de responsabilité, le B. G. B. limite plus strictement les conditions de la responsabilité dans le but de donner une base solide et légale aux décisions jurisprudentielles (*Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B.* p. 149).

³ Le § 704 du projet I était conçu comme suit : « Hat Jemand durch eine aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene widerrechtliche Handlung-That oder Unterlassen-einem Anderen einen Schaden zugefügt, dessen Entstehung er vorausgesehen hat oder voraussehen musste, so ist er dem Anderen zum Ersatz des durch die Handlung verursachten Schadens verpflichtet, ohne Unterschied, ob der Umfang des Schadens vorausgesehen war oder nicht.

Hat Jemand aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines Anderen verletzt, so ist er den durch die Rechtsverletzung dem Anderen verursachten Schaden diesem zu ersetzen verpflichtet, auch wenn die Entstehung eines Schadens nicht vorausgesehen war. Als Verletzung eines Rechtes im Sinne der vorstehenden Vorschrift ist auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre anzusehen. »

⁴ Cf. OERTMANN (*Recht der Schuldverhältnisse, Vorbem. ad § 823 p. 1016 et suiv.*), qui nous a servi de guide en cette matière.

droit subjectif ou soit énoncé spécialement par la loi. Il s'agit ici notamment des cas où l'atteinte dommageable s'est produite en violation d'une loi qui a pour but de protéger autrui (§ 823, al. 2) ou encore en violation des bonnes mœurs (§ 826).

Il est vrai qu'une controverse a surgi dans la doctrine au sujet de l'interprétation du § 823. Les uns, comme MM. Endemann, von Liszt, Dernburg soutiennent que les intérêts vitaux tels que la santé, la vie, la liberté, ont été élevés à la qualité de véritables droits subjectifs, ou plutôt sont les objets de droits subjectifs. Ils étayaient leur opinion en disant que l'expression du texte légal *oder ein sonstiges Recht* se rapporte non seulement au droit de propriété qui précède cette expression dans l'énumération, mais vise aussi les termes précédents, d'où il suit que ceux-ci sont considérés comme des droits, de même que ceux qui sont analogues.

L'opinion contraire est soutenue par la majorité des auteurs, en particulier par MM. Oertmann et Planck ; c'était aussi celle de la Commission du Reichstag et elle a été sanctionnée par le Reichsgericht. D'après elle, la vie, le corps, la santé, la liberté sont protégés par la loi comme intérêts vitaux essentiels, mais ils ne sont pas des droits proprement dits; ni assimilés à des droits. C'est tout au plus, selon M. Planck, si on peut admettre que l'individu possède un droit général à ces biens essentiels. D'ailleurs les partisans de cette opinion font remarquer que grammaticalement l'expression *oder ein sonstiges Recht* peut être opposée fort bien à la propriété seulement, prise comme exemple de droit subjectif, et non pas à toute la série de mots qui précède ce terme. Cette controverse a une certaine importance, car elle nous permet de toucher du doigt la différence entre la conception allemande de la responsabilité civile et celle de notre Code. Au surplus, elle est essentielle au point de vue du champ d'application des dispositions du § 823. En effet, d'après la théorie courante et dominante, les atteintes à l'honneur et aux prérogatives de la personnalité, pour autant qu'elles ne font pas l'objet de dispositions spéciales¹, n'engendrent pas de responsabilité, puisque la loi énumère limitativement les intérêts dont la lésion engendre la responsabilité et les traite comme s'ils étaient des droits. D'après la théorie qui fait de ces intérêts de véritables droits, au contraire, les atteintes à l'honneur et à toutes les prérogatives de la per-

¹ La responsabilité prend naissance en particulier lorsque le § 286 devient applicable.

sonnalité peuvent donner lieu à des dommages-intérêts, puisqu'elles sont assimilées aux atteintes portées à la santé ou à la liberté générale. Remarquons encore en ce qui concerne la liberté que, d'après les auteurs, il est nécessaire de limiter cette notion dans le sens de l'alinéa 2, si l'on ne veut pas lui donner une application absolument sans limite. « Cela signifie, dit en substance M. Oertmann¹, que nous devons interpréter ici le mot de liberté dans un sens purement corporel ; c'est-à-dire la liberté de mouvements, la liberté de disposer de sa personne (die ungestörte körperliche, leibliche Bewegungsfreiheit), mais non pas la liberté morale ».

Quant à la violation de droits subjectifs, la loi ne cite que le droit de propriété à titre d'exemple ; c'est dans cette catégorie qu'il faut faire rentrer en particulier le droit d'auteur, le droit à l'exercice de la profession, avec ce qui a trait à la concurrence déloyale, de même le droit au nom et les droits dérivant de la personnalité, pour autant que la loi en a fait des droits subjectifs distincts. Par contre, on admet généralement que lorsque c'est la situation économique en général qui est lésée, il ne s'agit pas d'un droit subjectif, et il ne peut y avoir de responsabilité que pour autant que les dispositions du § 826 sont applicables. Seuls les auteurs² qui sont partisans d'un droit général subjectif à la situation économique à côté des droits à des objets patrimoniaux particuliers, admettent l'application du § 823, al. 1 aux intérêts économiques.

A côté de la responsabilité que nous venons de préciser, et qui fait l'objet de l'al. 1 du § 823, le B. G. B. retient encore comme source de responsabilité les atteintes aux dispositions légales qui ont pour but la protection d'autrui ; cela veut dire que tous les actes contraires à des dispositions légales protégeant autrui ou la communauté, tombent sous le coup de cette disposition, sans qu'il soit nécessaire que le lésé ait été atteint dans un droit subjectif ou un intérêt vital énoncé par la loi.

Cela dit, en ce qui concerne les sources de la responsabilité, pour qu'elle soit encourue par l'auteur de l'acte dommageable, la loi, d'une manière générale, exige :

1. Que l'acte soit contraire au droit.
2. Qu'une faute ait été commise.

¹ OERTMANN, *op. cit.* ad § 823, 2, d. p. 1056.

² ELTZBACHER : *Rechtswirksames Verhalten*, p. 330 à 333. P. LANGHEINECKEN : *Anspruch und Einrede* p. 156 et suiv. Voir OERTMANN, ad § 823, 3, g. p. 1061.

Nous disons tout d'abord que l'acte doit être contraire au droit. Il va de soi que toutes les actions dommageables qui contreviennent à une disposition légale au sens du § 823 al. 2 sont illicites. Mais en ce qui concerne la signification à donner à l'illicéité dans l'application du premier alinéa, on se trouve en présence d'une controverse; certains auteurs qui représentent l'opinion dominante (MM. Oertmann, Endemann, Cosack, v. Liszt) soutiennent que tout acte dommageable prévu spécialement dans cet alinéa, c'est-à-dire portant atteinte à l'un des droits qui y sont énumérés, engendre la responsabilité, à moins qu'il ne soit justifié par une circonstance spéciale (légitime défense, force majeure, etc.); en d'autres termes, ces auteurs estiment que tout ce qui n'est pas expressément permis est défendu dans les limites du § 823 al. 1; d'autres au contraire soutiennent que ces actes dommageables n'engendrent de responsabilité que s'ils contreviennent à une disposition formelle du droit civil ou pénal: pour eux, toutes les actions qui ne sont pas strictement défendues sont permises. Les premiers, en particulier M. Endemann, étayaient leur opinion en disant que toute atteinte à la sphère d'intérêts d'autrui est contraire au droit et par conséquent engage la responsabilité, les droits absolus protégeant entièrement l'individu; cette opinion semble en effet la mieux fondée en regard de l'esprit du § 823.

L'illicéité apparaît comme l'élément objectif de la responsabilité. Elle existe dès que l'atteinte au droit ou à l'intérêt juridiquement établi n'est pas justifiée, soit par les dispositions des § 227 à 231 (légitime défense, état de nécessité), soit par un droit subjectif particulier, auquel cas il se produit une collision des droits en présence, soit par une loi ou une décision administrative ou judiciaire. Toutefois le droit allemand n'exige pas d'une manière absolue l'illicéité pour que la responsabilité soit engagée, tout au moins s'il faut entendre par acte illicite tout acte contraire au droit objectif. Il est des cas où la responsabilité existe apparemment en dehors d'un acte contraire au droit, ainsi en matière de responsabilité dérivant du § 826. En effet, si l'on devait considérer les actes engageant la responsabilité du fait du § 826 comme contraires au droit, ce paragraphe « renfermerait des contradictions insolubles avec le § 226, stipulant que l'exercice des droits dans la seule intention de nuire à autrui est inadmissible et faisant par conséquent de cet exercice un acte illicite.¹ » Nous aurons l'occasion de revenir sous peu sur les

¹ OERTMANN. *Vorbemerkung ad* § 823, p. 1046 et suiv.

rapports entre les § 826 et 226; car c'est précisément là qu'il faut chercher le caractère spécial du droit allemand en matière de théories d'abus du droit et de responsabilité.

Le second élément nécessaire pour déclancher la responsabilité de l'auteur d'un dommage est la faute, *sensu stricto*, c'est-à-dire l'imputabilité. L'acte illicite doit avoir été commis, en principe, intentionnellement ou par négligence; il exige donc une faute¹. Ce principe, de même qu'en droit français, n'est pas absolu. Le droit allemand admet aussi partiellement la théorie du risque ou de la responsabilité causale²; mais il ne l'érige en aucune façon en une théorie générale; M. Oertmann reproche même au B. G. B. de ne s'être pas engagé suffisamment énergiquement dans la voie nouvelle.

Quoi qu'il en soit, le B. G. B. abandonne le réquisit de l'imputabilité et admet la responsabilité causale dans une série de cas. Citons seulement le § 829 qui statue dans certaines espèces la responsabilité d'un incapable ou de celui qui est privé de discernement; les § 833 et 835 instituent la responsabilité des détenteurs d'animaux et de ceux qui exercent des droits de chasse; dans d'autres cas, responsabilité de l'employeur (§ 831) et de celui qui a la garde d'autres personnes (§ 832) responsabilité du propriétaire du fait des bâtiments (§ 936 et suiv.), la charge de la preuve de la faute est renversée, c'est-à-dire que la faute est présumée.

La jurisprudence allemande, comme la loi, s'en est tenue d'une manière générale, en dehors des exceptions prévues, au principe de la responsabilité conditionnée par la faute³. Au surplus, certains auteurs (MM. Dittenberger, Eltzbacher) sont d'avis que les cas de responsabilité sans faute, comme ceux où l'élément d'illicéité fait défaut, devraient former une catégorie spéciale de la responsabilité, ce qui présenterait l'avantage d'éviter des confusions et de pouvoir pousser les nouvelles doctrines jusqu'à leur aboutissement rationnel sans créer un conflit avec la responsabilité civile traditionnelle.

La responsabilité pour actes illicites en droit allemand présente donc ce caractère spécial que la loi n'établit pas un principe géné-

¹ L'origine de l'imputabilité est encore accentuée dans le 2^me al. du § 823, où la faute est exigée expressément par le code lorsque le dommage provient de la violation d'une loi destinée à protéger autrui.

² Les premières études sur cette théorie sont antérieures à celles de la doctrine française. Cf. UNGER, *Handeln auf eigene Gefahr*. R. MERKEL, *Die Kollision rechtmässiger Interessen*, 1895, etc.

³ R. G. E. — C. S., 13 Février 1902, vol. 50, N^o 102, p. 410.

ral de responsabilité pour toute activité dommageable, mais restreint cette dernière aux cas d'atteintes aux droits subjectifs ou à certains intérêts essentiels, prérogatives de la liberté générale des individus. Cette conception limitée, mais très précise des actes illicites, ne pouvait satisfaire le sentiment de l'équité ; une foule de dommages auraient échappé à toute réparation et cette immunité eût paru choquante en regard des principes du *droit vrai*, si le législateur n'avait complété son système par l'adjonction d'une responsabilité spéciale, énoncée dans le § 826 B. G. B. ¹

Si nous parlons d'une responsabilité spéciale, c'est qu'en réalité le droit allemand se place ici sur un terrain très particulier ; il crée en quelque sorte une analogie entre la responsabilité dérivant du § 826 et la responsabilité ordinaire pour actes illicites du § 823. « Le § 826 contient une modification théorique et pratique très importante du droit en vigueur jusqu'ici, dans le sens d'une extension de la responsabilité à des actions qui devraient être à proprement parler permises, uniquement en raison de l'intention immorale qui y préside ². » Le § 826 complète d'une manière générale les dispositions sur les obligations *ex delicto* ; il continue et développe l'institution que le droit romain désignait sous le nom d'*actio de dolo*. ³

La question de savoir si les actes contraires aux mœurs visés par le § 826 sont illicites, ou si au contraire, ils sont simplement assimilés aux actes illicites quant à leurs conséquences, divise la doctrine allemande. Cette question est importante pour nous, parce qu'elle touche directement aux rapports entre le problème de la responsabilité et la théorie de l'abus du droit en Allemagne. Certains auteurs comme MM. Landsberg, Zitelmann, Blümner, Cosack, et surtout M. Planck, envisagent que les actions contraires aux mœurs visées par le § 826 sont illicites ; il en résulte que le § 826 étend seulement le champ d'application du § 823. En ce sens aussi, quoique partant d'un point de vue un peu différent, MM. Stammler et Brütt. Les partisans de la théorie adverse, dont le principal représentant est M. Oertmann, à côté d'autres comme

¹ Ce paragraphe a une très grande importance et constitue une disposition essentielle du droit allemand, du fait de l'absence dans le B. G. B. d'une disposition comparable à l'art. 41 C. O. Cf. OBER, *ad art. 41*, VI. 1.

² OERTMANN : *ad § 826*, I, p. 1074.

³ STAMMLER : *Die Lehre*, p. 475 et suiv. OERTMANN *ad § 826*, 2, c. p. 1075.

MM. Endemann, Goldmann-Lilienthal, Dernburg, Staudinger, estiment par contre que les actes contraires aux mœurs ne sont pas illicites. Cette question met directement en cause les rapports entre les § 826 et 226 B. G. B.

La commission du Reichstag dans la discussion du § 826 a supprimé du projet II les mots : *durch eine Handlung die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt* ; il en résulte que des actions consistant dans l'exercice d'un droit peuvent donner lieu à des dommages-intérêts en vertu du § 826, pourvu que le dommage ait été provoqué à dessein, d'une manière contraire aux mœurs, même si elles ne réalisent pas les conditions plus strictes du § 226 sur le *Schikaneverbot*. De là un conflit déjà signalé, entre le champ d'application de ce dernier paragraphe et celui du § 826, conflit qui est la cause initiale des différentes théories adoptées dans l'interprétation du § 226¹.

M. Planck², partisan du caractère illicite des actes visés par le § 826, distingue entre les actions accomplies en vertu de la liberté générale et celles accomplies dans l'exercice d'un droit. Les premières donnent lieu à des dommages-intérêts, si elles sont accomplies avec intention de nuire et d'une manière contraire aux bonnes mœurs, les secondes seulement si elles remplissent les conditions du § 226. Cette appréciation semble condamnée par un passage du Rapport de la Commission du Reichstag à propos du § 826 : « l'opinion déterminante fut qu'on ne peut admettre que quelqu'un cause intentionnellement un dommage à autrui d'une manière contraire aux bonnes mœurs, et cela même lorsqu'il exerce un droit formel.³ » Il en résulte que les actes dommageables contraires aux bonnes mœurs commis dans l'exercice d'un droit doivent aussi rentrer dans le cadre du § 826. La théorie de M. Planck, au contraire, arrive à supprimer le conflit entre les § 826 et 226, en restreignant la portée du premier, d'une manière qui n'est certainement pas conforme à l'idée du législateur⁴.

¹ Cf. NEUMANN, *op. cit.* p. 26.

² PLANCK : *Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. 2, ad § 826. *Erl* 2, d. p. 994. *Cf.* vol. 1. *Erl* 1, ad § 226, p. 376.

³ *Bericht der XII. Kommission des Reichstages von 12. Juni 1896*, p. 1298, dans MUGDAN : *Die gesammten Materialien zum B. G. B.* vol. 2.

⁴ Le *Reichsgericht*, suivi par la doctrine générale, condamne la théorie de Planck. *R. G. E.* — C. S. vol. 48, p. 114 — vol. 51, p. 369. — vol. 58, p. 214.

M. Oertmann part de l'idée que si l'on veut déclarer illicites les actes contraires aux mœurs, le conflit avec le § 226 est insoluble, car le législateur a entendu faire rentrer dans le cadre du § 826 également l'exercice d'un droit, lorsqu'il est contraire aux mœurs ; or s'il en est ainsi, le § 826 posant des conditions moins strictes que le § 226, tous les cas d'application de ce dernier seraient absorbés par le premier, alors que le législateur a, au contraire, voulu faire du § 226 « une disposition nouvelle et originale dans toute l'acception du terme ». Mais, tandis que M. Planck et les adhérents de sa doctrine ne peuvent éviter cette conséquence qu'en excluant du § 826 tous les cas de responsabilité pour dommages causés dans l'exercice des droits, M. Oertmann lui, supprime le désaccord entre ces deux paragraphes, en enlevant le caractère illicite aux actions génératrices de dommages-intérêts d'après le § 826. Il étend en même temps la portée de cette disposition aussi bien aux actes contraires aux bonnes mœurs qui sont accomplis en vertu de la liberté générale, qu'à ceux qui constituent l'exercice d'un droit. Cet auteur fait remarquer de plus que rien dans le texte du § 826 ne parle en faveur du caractère illicite des actes contraires aux mœurs ; au contraire, il trouve choquant qu'on fasse dépendre ici le caractère illicite de l'élément purement subjectif de l'intention de nuire, alors que le § 823 sépare nettement l'élément subjectif de l'élément objectif, qui, seul, crée le caractère illicite de l'acte. Sa théorie permet de faire rentrer dans le cadre du § 826 des actes que la loi considère comme licites, notamment ceux qui sont accomplis dans l'exercice d'un droit, en dehors des cas d'application du § 226. Il supprime ainsi le conflit apparent entre les champs d'application des § 826 et 226.

La théorie de M. Oertmann n'est pas à l'abri de toute objection. Sans prendre encore position dans le débat, nous nous bornerons à signaler dès maintenant son plus grave inconvénient qui est de choquer la doctrine traditionnelle, en établissant une responsabilité pour toute une série de faits qui ne présentent pas de caractère illicite. Plusieurs auteurs sont du même avis ; M. Neumann¹ rappelle à ce sujet que « tout ce que le droit désapprouve et cherche à empêcher est une injustice et porte ainsi le caractère d'un acte illicite ». Cet auteur propose donc une solution intermédiaire, d'après laquelle tout acte dommageable commis dans l'exercice d'un

¹ Neumann, p. 29.

droit est déjà inadmissible et par conséquent illicite, lorsqu'il constitue une atteinte aux bonnes mœurs dans le sens du § 826, c'est-à-dire toutes les fois qu'il s'agit de l'exercice d'un droit subjectif formel, par lequel celui qui agit cause un dommage intentionnel à autrui d'une manière qui viole les bonnes mœurs. En fait, M. Neumann admet le point de vue de M. Planck quant au caractère illicite, mais étend la portée du § 826 aux actes commis dans l'exercice d'un droit. Pour nous, cette théorie présente le défaut de supprimer complètement le champ d'application du § 226 et ne tient pas compte de l'intention du législateur qui a donné des limites très strictes à cette disposition.

Toute cette controverse serait évitée, si le droit allemand avait conçu sur une base plus générale et plus large non seulement les dispositions du § 226 en matière de *Schikaneverbot*, mais aussi le principe général de la responsabilité tel qu'il est défini au § 823. Nous aurons à revenir dans une autre partie sur les conditions d'application des § 826 et 226. Il nous suffit d'avoir établi pour l'instant dans quels rapports réciproques se trouvent actuellement en Allemagne les théories sur la responsabilité civile en général et celles sur l'abus du droit, fondées sur la disposition du § 226.

III. LA RESPONSABILITÉ CIVILE DANS SES RAPPORTS AVEC L'ABUS DU DROIT EN DROIT SUISSE.

Notre étude de la responsabilité civile en droit français nous a montré l'union intime des questions de responsabilité et d'abus du droit, par suite d'un développement concordant de ces notions dans la doctrine et la jurisprudence, la loi n'étant intervenue que par le principe tout à fait général et élastique des art. 1382 et 1383 C.C.F. En droit allemand, au contraire, nous trouvons ces diverses notions nettement séparées et délimitées dans des formules un peu étroites, de sorte que la complexité de la vie réelle en déborde le cadre et conduit à certaines oppositions entre les différents textes trop rigides de la loi. Il nous reste à examiner comment le problème se pose en Suisse, et dans quelles relations générales s'y trouvent la notion de responsabilité pour actes illicites et celle de l'abus du droit. L'art. 41 CO. stipule que « celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer ». Le deuxième alinéa ajoute :

« Celui qui cause intentionnellement un dommage à autrui par des faits contraires aux mœurs est également tenu de le réparer ».

Le premier alinéa est en tous points semblable à l'art. 50 de l'ancien CO. de 1881, sauf que dans le texte français, on a remplacé l'expression *sans droit* par les mots *d'une manière illicite* et corrigé le *à dessein* par *intentionnellement*. Quant au deuxième alinéa, il reproduit, presque mot pour mot, le § 826 B. G. B. Nous n'avons pas à faire ici une étude détaillée de ces dispositions. Il nous suffira d'en développer les lignes générales dans le sens de la doctrine actuelle.

L'art. 41 CO. pose comme l'art. 1382 C. C. F. le principe général de la responsabilité pour actes illicites. Le législateur suisse s'est donc placé sur un autre terrain que le législateur allemand et a adopté la formule plus souple du droit français, d'après laquelle tout acte dommageable causé par la faute d'autrui doit être réparé. La loi entend dire par là que toute atteinte dommageable aux droits ou aux intérêts juridiquement protégés d'autrui, engendre la responsabilité de son auteur si celui-ci est en faute. Le droit suisse ne limite pas comme le B. G. B. la protection accordée par la loi à certaines catégories de droits ou d'intérêts. Il ne restreint pas non plus l'action en dommages-intérêts aux seules atteintes aux biens patrimoniaux. Il a réagi largement contre cette tendance ancienne qui faisait dire ironiquement à Ihering que le juge ne connaît que les intérêts de la bourse et que pour lui, le droit s'arrête là où la bourse n'a plus rien à voir.¹ Le droit suisse s'est inspiré sur ce point de la doctrine et de la jurisprudence françaises qui, en élargissant le cadre de l'art. 1382, en ont transformé la portée primitive.

L'art. 55 CO. 1881 consacrait déjà le principe de la protection des intérêts personnels, mais c'est surtout le droit nouveau qui, dans les art. 48 et 49 CO. et 28 C. C. S., a notablement étendu la portée du principe de responsabilité pour actes illicites, en élevant à la hauteur de véritables droits, ou mieux d'intérêts juridiques reconnus, tous les biens immatériels ou moraux qui sont les attributs de la personnalité et que la loi qualifie intérêts personnels².

¹ IHERING : *Ein Rechtsgutachten*, dans *Iherings Jahrbücher*, vol. 18, p. 44 : « ... der Richter kennt nur die Interessen des Geldbeutels; wo der Geldbeutel aufhört, hört für ihn auch das Recht auf : »

² Voir au sujet de cette extension des principes de la responsabilité aux intérêts personnels : EGGER, *Kommentar*, ad art. 28, II, p. 101 et suiv. et KARL SPECKER : *Die Persönlichkeitsrechte*.

Les dispositions des art. 41 et suiv. ne sont pas des normes juridiques absolues ; elles n'expriment pas par elles-mêmes ce qui est permis et défendu. Elles sont au contraire relatives, « en ce sens qu'elles présupposent d'autres normes établies pour la protection de l'individu et de la communauté, ¹ » et définissent seulement à quelles conditions la responsabilité civile apparaîtra, lorsqu'un dommage a été causé d'une manière illicite. Elles doivent servir de règles à appliquer aux droits tels qu'ils sont définis dans les autres parties de la loi ; leur portée ne s'étend pas seulement au droit des obligations, mais à toutes les institutions juridiques qui confèrent à la personnalité des prérogatives élevées à la hauteur d'intérêts protégés par le droit, qu'il s'agisse de droits, de simples avantages ou même de l'usage de la liberté. Elles se bornent à préciser quand et à quelles conditions l'activité juridique d'un individu pourra engendrer sa responsabilité. En ce sens, elles sont ce que M. Stammler appelle des règles d'application (*Anwendungssätze*). Ce sont les normes répandues tant dans le droit fédéral que cantonal, dans le droit formulé ou non formulé, ainsi que les principes juridiques généraux, qui disent quand l'acte devient illicite. Cette manière d'envisager les actes illicites constitue ce que l'on a appelé la théorie relative représentée par MM. Egger, Liechti, Rensing, Specker, etc. ² ; c'est celle qu'a adoptée le Tribunal fédéral, dans une pratique constante. ³ On lui oppose la théorie absolue, dont les principaux partisans sont MM. C. Chr. Burckhardt et Gmür. ⁴ D'après eux, l'art. 41 exprime lui-même ce qui est illicite et ce qui ne l'est pas, et cela par le principe général que l'atteinte dommageable aux intérêts d'autrui est défendue, partant illicite, ces intérêts étant élevés à la hauteur de biens protégés légalement précisément par l'art. 41 CO. ⁵

La loi suisse se conformant à la théorie classique énumère quatre conditions de la responsabilité : le dommage, la faute ou imputabi-

¹ KARL SPECKER. *op. cit.* p. 8.

² EGGER : *Kommentar*, LIECHTI : *Die Verurtheilungen*, RENSING : *Die Wiederrechtlichkeit als Schadensatzgrund*, SPECKER : *op. cit.*

³ A. T. F. 90, II. p. 571 ; 92, II. p. 579.

⁴ C. CHR. BURCKHARDT : *Die Revision des schweiz. Obligationenrechts*, notamment p. 514 et suiv. et GMÜR : *In wie weit ist die Uebereinstimmung der Begriffe im Civil- und Strafrecht wünschenswert und durchführbar ?* notamment p. 619 et suiv.

⁵ Le droit français se place également sur le terrain de la théorie relative ; cf. SPECKER, *op. cit.* p. 12 et 13.

lité, le caractère illicite appelé aussi (en Suisse) *illicéité* et le rapport de causalité entre l'acte et le dommage. La réunion de ces quatre éléments est en principe nécessaire pour faire naître la responsabilité de celui qui a porté une atteinte aux droits et aux intérêts juridiquement protégés d'autrui. M. Oser ajoute un cinquième élément, à savoir une action ou une omission qui se caractérise comme cause d'un dommage. Nous ne pensons pas quant à nous, qu'il faille faire de cet élément une condition de la responsabilité. En effet, comme l'art. 41 est une norme juridique d'application, et non pas un principe qui crée le droit, c'est toujours à l'occasion d'un acte juridique quelconque que se posera la question de son application, mais cet acte lui-même ne rentre pas au nombre des conditions qui créent la responsabilité. Notons que cette action peut consister parfois dans le fait qu'on s'abstient d'agir. Mais alors l'abstention se caractérise comme la transgression d'une disposition légale ou comme la continuation d'une action commencée et qu'on n'a pas achevée. Le Tribunal fédéral dit en effet : « Celui qui détermine un état de fait ayant pour conséquence de menacer autrui d'un dommage évident, a l'obligation de faire ce qui est nécessaire pour écarter cette menace, sinon il est responsable du dommage subi par le lésé et doit le réparer. » M. Oser, suivant sur ce point M. Rümelin² qu'il cite, semble admettre en partie ce point de vue. Il dit que la simple omission d'agir peut entraîner la responsabilité, « dans les cas où on peut s'attendre, conformément aux règles de la bonne foi, à une nouvelle action comme suite à un acte qui a précédé ».

L'élément de *dommage*, nous l'avons dit déjà à propos du droit français, est inhérent à la naissance de la responsabilité. En l'absence de dommage intervenu il n'y a pas de responsabilité possible. Celui qui risque d'être lésé par l'activité d'autrui, peut éventuellement demander au juge de faire cesser l'état de faits qui le menace d'un dommage (*Unterlassungsklage*), si la loi lui confère expressément ce droit; mais il ne peut réclamer des dommages-intérêts en application de l'art. 41. Ce point a de l'importance en ce qui concerne l'abus du droit; car il peut arriver qu'on abuse de son droit, sans qu'autrui ait encore subi un dommage et nous aurons à examiner, si la loi protège alors celui qui n'est que menacé. Le dommage peut être matériel ou immatériel; dans ce dernier cas, la loi parle d'atteinte

¹ A. T. F. 21, p. 625.

² OSER: *Kommentar ad art. 41. CO. II.* p. 178. RÜMELIN M.: *Die Verwendung der Causabegriffe in Straf- und Civilrecht.* Voir notamment p. 388.

aux intérêts personnels (art. 49 CO. et 28 C. C. S.), ¹ Au lieu de dommage, il vaudrait donc mieux employer l'expression générale « d'atteinte à la situation juridique, économique ou personnelle » ; par là on viserait aussi bien le dommage matériel que l'atteinte aux intérêts personnels. Cette expression aurait de plus l'avantage de caractériser mieux le rôle de cette condition de la responsabilité qui apparaît comme la manifestation extérieure, la conséquence de l'activité débordante de l'auteur de l'acte.

Le deuxième élément déjà mentionné plus haut conditionnant la responsabilité, c'est le lien de *causalité* qui doit unir l'acte à l'occasion duquel se pose la question de responsabilité et l'atteinte causée au patrimoine matériel ou moral du lésé ; en d'autres termes, il est nécessaire que le dommage ait été causé par le fait incriminé, pour que son auteur puisse être tenu de réparer ce dommage ².

Restent enfin les éléments de *faute* et d'*illicéité*. La doctrine suisse a pris l'habitude de distinguer ces deux notions comme le fait d'ailleurs la loi elle-même. Il nous paraît plus rationnel de les réunir, car elles constituent un groupe à part parmi les conditions de la responsabilité : ce sont celles qui confèrent un caractère spécial à l'activité de l'auteur du dommage, celles qui se rapportent à la personne même de cet auteur. Le Code civil français l'a bien compris et c'est pourquoi il groupe ces deux éléments sous le nom de *faute*. Il est vrai que nos auteurs suisses donnent au mot *faute* un sens particulier et restreint et ne désignent sous ce nom que la condition purement subjective, celle qui a trait à l'état d'esprit de l'auteur de l'acte dommageable ³, tandis que pour eux, comme pour nous, le caractère illicite est l'élément objectif de l'activité dommageable. On peut avancer deux arguments pour critiquer cette terminologie. Tout d'abord la loi n'emploie que dans un seul cas, soit à l'art. 54, 2^{me} al. CO., le mot *faute* dans le sens où le font tous les auteurs. L'art. 41 qui pose les principes généraux de toute cette matière ne contient pas ce mot. Dans les autres cas où cette expression est employée, soit aux art. 43, 48 et 49, elle ne semble précisément pas l'être dans le sens restreint, mais bien dans l'acception large où l'emploie l'art. 1382 C. C. F., comprenant à la fois l'illicéité et le caractère subjectif

¹ Voir KARL SPECKER, *op. cit.* § 5 et 6, p. 86 à 90.

² Voir sur ce sujet R. GUEX : *La relation de cause à effet dans les obligations extra-contractuelles*.

³ La doctrine française, nous l'avons vu, donne le nom d'imputabilité à cette condition de la responsabilité.

d'imputabilité. Le deuxième argument purement logique, c'est que la faute se définissant comme un manquement à un devoir, ce manquement peut être considéré aussi bien du point de vue objectif que du point de vue subjectif.

Nous pensons donc que la terminologie usuelle en Suisse devrait être réformée sur ce point et qu'il faut désigner par « faute » l'élément de la responsabilité qui groupe le caractère objectif d'illicéité et le caractère subjectif d'imputabilité. La faute se définit alors juridiquement : « Tout acte illicite et imputable à son auteur » (Bosc) ou mieux, l'imputabilité d'un acte illicite à son auteur. Quant au terme de *faute* au sens restreint, tel que l'emploie actuellement la doctrine suisse, il devrait être remplacé par celui d'*imputabilité*.

En d'autres termes, nous dirions que la responsabilité n'est engagée que si l'acte dommageable s'accompagne d'une faute de la part de son auteur, c'est-à-dire si, d'une part, il lui est imputable et si, d'autre part, il est illicite. Cette terminologie présente le grand avantage de distinguer nettement les deux caractères essentiels du manquement dommageable, l'un, l'imputabilité, résidant uniquement dans l'état d'esprit de l'auteur, l'autre, le caractère illicite, étant extérieur à cette personne et à son état d'esprit. Au surplus, ce changement dans les termes employés ne modifie en rien la portée des textes légaux¹. Il est de nature à apporter seulement plus de clarté dans l'étude de la responsabilité.

1. *L'imputabilité* que M. Oser appelle très justement *Zurechnung*, peut se définir : L'élément subjectif du manquement dommageable, consistant dans le fait que l'auteur du dommage avait l'intention de causer ce dommage, ou encore avait connaissance du caractère illicite du fait, sans qu'il ait usé de la prudence ou de l'attention nécessaire pour éviter les conséquences qu'il prévoyait ou pouvait prévoir². Pour qu'une responsabilité incombe à l'auteur d'un dommage, notre loi exige, en principe, que ce dommage ait été commis, soit intentionnellement, soit par imprudence ou négligence. Par acte intentionnel, il faut entendre celui où l'agent, tout en se représentant les

¹ Remarquons d'ailleurs que c'est bien dans ce sens subjectif que l'art. 54 C. O. parle de faute et que la portée de ce texte ne serait nullement modifiée si l'on disait *imputabilité*. M. Oser emploie aussi ce terme d'imputabilité (*Zurechnung*) pour caractériser l'élément subjectif du délit civil, mais il distingue ensuite dans cet élément, d'une part, le discernement (*Zurechnungsfähigkeit*) et d'autre part, la faute (*Ver schulden*).

² Cf. La définition de M. Huc, citée plus haut p. 74.

conséquences dommageables de son activité, a eu la volonté d'amener le résultat entrevu ; il n'est d'ailleurs pas nécessaire que ce dommage ait été le motif déterminant de l'acte. Quant à la négligence ou imprudence, elle se révèle dans le fait que l'agent sans avoir voulu le dommage, aurait eu connaissance des conséquences dommageables de son intervention et pouvait les prévoir, s'il avait usé de l'attention nécessaire et usuelle. Une simple omission peut constituer une négligence qui revêt les caractères de l'imputabilité.

Pour que l'acte puisse être déclaré imputable à son auteur, il faut que ce dernier jouisse du discernement ; en théorie, l'absence de discernement supprime la responsabilité ; nous verrons toutefois que notre loi a adopté une attitude un peu différente sur ce point. Remarquons encore que l'imputabilité doit être appréciée *in abstracto*, « d'après ce que le commun des mortels a coutume de faire » et non *in concreto* « c'est-à-dire d'après ce que l'individu en question fait habituellement ¹ ».

Le droit suisse, comme les autres législations, a dès longtemps reconnu que l'imputabilité ne saurait être une condition *sine qua non* de la responsabilité civile. Il a admis qu'il est des cas où l'intérêt de la victime exige une réparation, même si l'acte n'est pas imputable à son auteur et par le simple fait que ce dernier en est la cause. C'est ainsi que le CO. statue une série de cas de responsabilité causale proprement dite et d'autres où le réquisit de l'imputabilité est simplement atténué.

Tout d'abord, l'art. 54 CO. prévoit que lorsque l'équité l'exige, le juge peut condamner une personne même incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du préjudice qu'elle a causé. Ici le législateur supprime purement et simplement le réquisit d'imputabilité.

Nous trouvons dans l'art. 58 un autre cas caractérisé de responsabilité causale ; c'est celle du propriétaire d'un bâtiment ou de tout autre ouvrage, qui est responsable même si l'acte ne lui est pas imputable. La loi statue ici la responsabilité uniquement en raison de l'illicéité, sans se demander quelle a été l'intention ou la négligence de celui qui a causé le dommage.

Enfin, les art. 55 et 56, sans supprimer tout à fait l'élément d'imputabilité, déclarent l'employeur responsable du dommage causé par ses employés et le propriétaire d'animaux de celui causé par les animaux qu'il a sous sa garde. Toutefois, dans les deux cas, la res-

¹ V. FORESTIER : *La notion de la faute* p. 24-25.

ponsabilité disparaît, si l'employeur ou le détenteur d'animaux fait la preuve « qu'il a eu tous les soins ou toute l'attention commandés par les circonstances ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire » (art. 55, al. 1 in fine, 56, al. 1 in fine).

On peut donc dire d'une façon générale que le droit suisse n'a pas adopté la théorie du risque formulée par les auteurs français. Il n'admet pas que le simple fait de créer un risque engage la responsabilité; par contre, il statue un certain nombre d'exceptions à la règle de la responsabilité classique, pour les cas où il paraîtrait intolérable et contraire aux règles du *droit vrai*, qu'un dommage causé à autrui ne soit pas réparé.

Notons encore que la responsabilité causale prévue par l'art. 52 2^{me} al. CO. (cas de nécessité), n'est pas de même nature que celle que nous venons d'esquisser. Ici, en effet, ce n'est pas l'absence d'imputabilité seulement, qui confère à cette responsabilité un caractère spécial, mais bien l'absence de faute au sens général. Il n'y a faute, ni au point de vue de l'imputabilité, ni au point de vue de l'illicéité, à causer un dommage, lorsqu'on agit en état de nécessité. L'atteinte au droit d'autrui cesse d'être illicite dans ce cas parce que l'intérêt de l'auteur du dommage prévaut sur celui du lésé.

2. Le *caractère illicite* ou *illicéité* est le second élément exigé par la loi pour qu'il y ait faute et par conséquent responsabilité. La doctrine était divisée sous l'empire de l'ancien code en ce qui concerne la nature de l'illicéité. La majorité des auteurs était d'avis qu'un acte est illicite, lorsqu'il porte atteinte à un droit d'autrui, c'est-à-dire lorsqu'il lèse autrui dans un droit absolu et exclusif, ou dans un intérêt juridiquement protégé, soit par le droit en général, soit par une loi protectrice spéciale. Cette opinion donnait expression au principe général que tout ce qui n'est pas défendu est permis. Par conséquent, non seulement l'usage des droits, mais même l'exercice de la liberté générale ne sont restreints et ne deviennent illicites que lorsque l'auteur du dommage lèse autrui dans un intérêt juridiquement protégé. Cette opinion, qui a reçu le nom de théorie objective de l'acte illicite, parce qu'elle porte son attention sur le lésé et sur la nature de l'acte en tant qu'il le touche lui, et non l'auteur du dommage, et qu'elle envisage l'acte comme une violation du droit, est adoptée par la majorité des auteurs. C'est celle aussi du Tribunal fédéral¹.

¹ Voir A. T. F. 32, II. p. 279 et en doctrine l'exposé de M. Specker, p. 7 et suiv. Cette théorie est aussi celle adoptée par le B. G. B. Voir OERTMANN ad § 323, p. 1054 et suiv.

A cette théorie s'en oppose une autre, dite théorie subjective, parce qu'elle considère surtout l'auteur du dommage et envisage le délit comme un dépassement du droit subjectif ; ses principaux protagonistes en Suisse sont MM. Rensing et Ernst¹. La théorie subjective admet que la limite, qui sépare un acte licite d'un acte illicite, doit être cherchée dans l'exercice des droits compétant à l'auteur de l'acte dommageable. Pour elle, un acte est illicite dès qu'il est commis sans droit, c'est-à-dire sans que son auteur puisse invoquer un droit déterminé à l'appui de cet acte. Elle part du principe général que tout ce qui n'est pas permis, est défendu. Il y a acte illicite, d'après M. Rensing, « dès qu'un individu franchit les limites de sa sphère juridique, même s'il ne pénètre pas dans celle d'autrui », et lèse seulement des intérêts et non pas des droits. Les partisans de cette conception invoquent à son appui le texte français de l'ancien art. 50 CO. 1881, qui parlait d'« acte commis sans droit »².

La théorie subjective présente ce caractère spécial qu'elle étend considérablement le champ des actes illicites ; elle a l'inconvénient de restreindre dans une grande mesure l'usage de la liberté générale, de sorte qu'il est nécessaire dans la pratique de prévoir des exceptions à la règle.

A la suite de la révision du CO., on peut dire que la théorie objective, loin d'avoir été écartée, a été au contraire renforcée et semble bien correspondre à la pensée du législateur. D'une part, l'argument de texte invoqué par les partisans de la théorie adverse n'existe plus, le texte français ayant remplacé l'expression *sans droit* par les mots *d'une manière illicite*. D'autre part, et c'est là l'argument essentiel relevé par M. Oser dans son étude de l'art. 41, le nouveau Code des obligations a considérablement étendu le domaine des droits subjectifs et des intérêts personnels et économiques protégés par le droit. D'un côté, l'admission de l'art. 28 C. C. S. a fait des prérogatives de la personnalité de véritables droits, de l'autre, « dans le cas de la concurrence déloyale, où l'exigence de la violation d'une loi formelle comme condition de la responsabilité garantissait le moins la réalisation du but poursuivi par les disposi-

¹ F. RENSING : *op. cit.* p. 12 et suiv. ERNST : *Die Bedeutung des Merkmals « wiederrechtlich »* p. 19 et suiv. Voir aussi, LARCHEY : *op. cit.* p. 35 et suiv. Cf. en doctrine française, résumé de M. PORCHEROT, *op. cit.* p. 30 et suiv., notamment p. 38.

² Les théories objective et subjective sont toutes les deux issues de la théorie relative de la responsabilité. Voir plus haut p. 91 et 92.

tions des art. 41 et suiv., la loi nouvelle a créé une protection spéciale »,¹ en faisant de la sauvegarde de la liberté économique un intérêt juridiquement protégé. Enfin les dispositions des art. 41, 2^{me} al. CO. et 2, 1^{er} al. CCS. sont venues compléter encore ces tendances, en élevant à la hauteur de véritables devoirs juridiques, l'obligation de ne pas causer de dommage à autrui par des actes contraires aux bonnes mœurs ou aux principes de la bonne foi.

On peut constater à la lumière de ces faits que la théorie objective, qui offre une base plus stable à l'appréciation du caractère illicite d'un acte, se justifie pleinement aussi en regard des intérêts du lésé, depuis que notre nouveau Code a étendu suffisamment la sphère des intérêts juridiques protégés par la loi.² Il en résulte qu'une atteinte aux intérêts patrimoniaux d'autrui non protégés par une disposition légale ne saurait engendrer la responsabilité, puisqu'elle ne revêt pas le caractère objectif illicite. Il est donc nécessaire de déterminer très exactement quelles sont les limites de la protection légale et quels sont les intérêts patrimoniaux, économiques ou personnels, qui sont en quelque sorte assimilés à des droits. De plus, d'après cette théorie, les normes de l'art. 41 servent seulement à déterminer les conditions nécessaires pour créer la responsabilité, mais elles ne suffisent pas à déterminer quels sont les intérêts qui doivent être protégés et dont la violation apparaît comme illicite. L'illicéité se rencontre partout où des intérêts vitaux reconnus comme droits subjectifs sont atteints. Cela confirme ce que nous disions plus haut du caractère relatif des dispositions des art. 41 et suiv.

Il ressort de notre exposé qu'en principe, toute atteinte à un droit absolu d'autrui (propriété, droits réels limités, etc.) constitue un acte illicite. Il en est de même pour les intérêts protégés par la loi tels que la vie (art. 47 CO.), la santé, l'intégrité corporelle et morale

¹ OSER, *Kommentar ad art. 41. III. 2. p. 175.*

² M. Specker fait remarquer très justement (op. cit. p. 15) qu'il n'y a pas de différence d'ordre matériel entre les deux théories et que la distinction opérée par elles est purement formelle : « Que l'on considère le lésé ou l'auteur du dommage, dil-ji, le résultat reste toujours le même et il doit en être ainsi, parce que les deux théories ne font que refléter dans deux directions différentes le même phénomène : la norme juridique, qui, d'un côté, crée des droits et, de l'autre, des devoirs. » La doctrine française, tout en insistant généralement sur le caractère subjectif, a néanmoins bien compris la nécessité d'unir les deux points de vue, lorsqu'elle caractérise l'élément illicite comme accompli sans droit et portant atteinte au droit d'autrui. Voir *supra* p. 74.

(art. 46 et 47 CO.), le nom (art. 29 C. C. S.), les intérêts personnels, la liberté, l'honneur, la propriété intellectuelle, les droits de la personnalité économique ou morale (art. 49 CO. et 28 C. C. S.), etc. Lorsque la loi parle d'intérêts personnels, il est clair qu'elle vise par là l'objet de ces droits de la personnalité, mais on peut bien dire que par cette disposition du Code ces intérêts sont devenus de véritables droits subjectifs. C'est le procédé habituel de la création des droits de faire d'un simple intérêt un droit, lorsque son importance devient suffisante. « Philosophiquement et rationnellement, dit M. Bosc, ce procédé se justifie. Un droit n'est que la consécration par la loi d'un intérêt quelconque; lorsqu'un intérêt paraît assez important pour mériter la consécration de l'Etat, il passe au rang de droit défini. Quant à savoir quand un intérêt est assez important, c'est là une question de fait: lutte éternelle entre l'individualisme et l'intérêt de la collectivité. »¹ En ce sens aussi, M. Egger: « Ces biens, dit-il,² sont consacrés biens juridiques par le droit objectif. C'est le titulaire de ces intérêts qui est protégé en eux par un véritable droit subjectif. »³ Le Tribunal fédéral⁴ parle aussi des droits de la personnalité. Comme le fait remarquer M. Stammler, les droits de la personnalité sont de véritables droits exclusifs (*Ausschliessungsrechte*), au même titre que le droit de propriété ou les autres droits réels limités. Tous ces droits dont la violation revêt un caractère illicite, ont étendu considérablement le champ d'application de l'art. 41, 1er al. CO.

Mais, si on poussait jusqu'à ses dernières limites et sans tempérament aucun la théorie objective de l'acte illicite, toute activité dérivant de la liberté générale deviendrait impossible. En réalité, il importe de le remarquer, les droits des individus se pénètrent les uns les autres, de sorte que je puis avoir un intérêt égal, sinon supérieur, à user de ma liberté ou de mon droit, même si en agis-

¹ En ce qui concerne notamment l'art. 28 C. C. S., voir l'étude très remarquable de M. Specker déjà citée, notamment, p. 19 et 20, p. 32 et suiv., p. 40 et suiv.

² Cf. Bosc, p. 162 et suiv.

³ Ad art. 28 C. C. S.

⁴ En sens contraire: OERTMANN et KIPP-WINDSCHEID; en ce sens, KOHLER, ELTZBACHER. En droit allemand, les droits de la personnalité ne sont pas protégés aussi nettement que dans la C. O. et il subsiste des divergences entre les auteurs à leur sujet.

⁵ A. T. F. 31, II, p. 246.

sant, je lèse autrui dans un droit acquis, et pas seulement dans un intérêt. Les intérêts et les droits sont en conflits perpétuels et il y aurait une injustice intolérable à me rendre responsable d'une activité lésant autrui que j'ai moi-même déployée pour protéger des intérêts supérieurs. Il en résulte que dans une série de cas, je ne commets pas un acte illicite, si je lèse autrui dans un droit, parce que dans l'exercice du mien, l'intérêt que j'ai à agir est préférable à celui d'autrui à ne pas être lésé. Ce sera notamment le cas lorsque la lésion se produit parce que l'auteur du dommage veut protéger un intérêt personnel légitime, donc un droit. « De tels intérêts légitimes présupposent la poursuite d'un but de nature telle, que sa réalisation, appréciée d'après l'idéal qui est à la base de l'ordre juridique, doit être préférée au bien qui est lésé. »¹

L'atteinte au droit d'autrui n'entraîne donc, dans certains cas, aucune responsabilité en raison de l'intérêt supérieur et légitime en jeu. Il en est ainsi notamment lorsque le lésant se trouve en état de légitime défense, ou dans un état de grande nécessité ; de même lorsqu'il agit conformément aux prescriptions des autorités, ou dans l'exercice de fonctions publiques. On cite aussi le cas de critique de productions artistiques ou littéraires dans un but instructif, le fait de divulguer des événements intéressant l'opinion publique, etc. Mais surtout il faut mentionner le cas le plus fréquent de conflits de droits, celui où l'on fait valoir des intérêts privés : ainsi l'introduction d'actions civiles ou pénales (à condition qu'il n'y ait pas une légèreté inexcusable), dans le but de faire reconnaître son droit, ou aussi l'exercice d'une activité professionnelle qui nuit aux concurrents, dans le désir d'améliorer son existence économique, même par des moyens artificiels, mais légitimes, comme la grève, le boycott, la mise à l'index, l'établissement de listes noires, etc. Dans tous ces cas, des intérêts privés se trouvent en conflit, et il s'agit d'apprécier si les moyens employés protègent des intérêts légitimes, ou sont légitimes eux-mêmes. On ne saurait admettre en effet que l'activité économique et la défense de ces intérêts se manifestent par des moyens visant directement à l'anéantissement de l'existence économique d'autrui ; en pareil cas, il n'y aurait plus défense d'un intérêt légitime, mais bien une atteinte intolérable au droit d'autrui à son existence économique.

Nous ne nous étendrons pas pour le moment sur les règles qui

¹ OSER, *ad* art. 41. III. 4. Cf. SPECKER p. 227 et suiv.

doivent servir de critère dans l'appréciation des intérêts en jeu ; ce sera l'objet d'une autre partie de notre étude. En réalité, l'extension donnée par le CCS. et le CO. à la notion des droits et intérêts protégés par la loi est telle, que les théories objective et subjective de la responsabilité ne forment plus qu'une seule et même notion. Si, en effet, je suis responsable dès que je lèse autrui dans un droit ou un intérêt juridique protégé, sous réserve des cas où mon propre droit est égal ou supérieur, j'ai l'obligation de n'user de ma liberté que jusqu'à la limite des droits d'autrui. Par contre, tant que je ne lèse pas autrui dans un droit, on peut considérer que j'agis sous le couvert d'un droit ; on ne peut guère concevoir une action où j'agirais sans droit, sans qu'en même temps autrui soit lésé dans un bien ou dans un intérêt protégé par la loi, puisque précisément ma liberté s'étend jusqu'aux limites de la sphère juridique d'autrui.

Tout ce que nous venons de dire s'applique à l'activité humaine dans l'exercice de la liberté générale et des droits non définis qu'elle implique, mais qu'en est-il si le dommage est causé dans l'exercice d'un droit défini ?

Il semble, à première vue, que celui qui exerce un droit ne peut être rendu responsable du dommage qu'il cause dans cet exercice. Cette question est précisément celle qui fait l'objet de notre étude ; c'est la théorie même de l'abus du droit qui est en cause ici, et c'est par là que cette dernière touche de près à la doctrine de la responsabilité pour actes illicites, et s'y incorpore en quelque sorte. La question de savoir si un acte dommageable à autrui, accompli dans l'exercice d'un droit, est illicite en l'état actuel de notre loi, est des plus délicates. C'est celle qui fait l'objet de toute la controverse de la doctrine suisse de l'abus du droit. Sa solution met en jeu la nature même et les limites de l'acte illicite. C'est cette question que nous chercherons à résoudre dans la dernière partie de notre travail, en tenant compte des principes généraux que nous venons d'exposer ici. Disons seulement que l'art. 2 CCS. a précisément pour but d'établir une règle générale permettant de distinguer les limites de l'exercice licite des droits. D'après cette disposition, chacun a le devoir juridique d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi, d'où il suit qu'autrui possède un véritable droit à être traité selon ces règles-là et que même, d'après la théorie objective, tout dommage causé à autrui contrairement à la bonne foi l'atteint dans un véritable droit protégé.

Il nous reste à examiner, pour compléter cette recherche des rapports entre la responsabilité civile et l'abus du droit, la portée de l'art. 41, 2^{me} al. qui, disons-le d'emblée, pose des questions extrêmement délicates, sur lesquelles l'accord est loin d'être fait. Cette disposition est empruntée au B. G. B. (§ 826). Mais, tandis qu'en droit allemand, en l'absence d'une disposition générale analogue à notre art. 41, 1^{er} al., le § 826 a un champ d'application extrêmement étendu, en Suisse, la portée de l'art. 41, 2^{me} al. est d'autant plus limitée que les art. 48 et 49 CO. et 28 CCS., ont notablement augmenté le champ d'application de la responsabilité civile ordinaire, ainsi que nous l'avons vu. Comme le fait remarquer M. Oser, l'art. 41, 2^{me} al. ne sera plus guère invoqué qu'en qualité de moyen auxiliaire, dans les cas où l'on pourra douter de l'application des articles ci-dessus. C'est en raison de ce caractère désormais accessoire que cette disposition a été vivement combattue, lors de l'élaboration du Code révisé, tant dans la Commission d'experts qu'au Conseil National, lequel alla même jusqu'à la supprimer; mais le Conseil des Etats l'introduisit à nouveau.

L'art. 41, 2^{me} al. est formulé comme suit: « Celui qui cause intentionnellement un dommage à autrui par des faits contraires aux mœurs est également tenu de le réparer ». Nous avons signalé dans notre étude sommaire du § 826 B. G. B., la controverse qui a surgi en doctrine allemande pour déterminer si les actes visés par ce paragraphe sont considérés par la loi comme des actes illicites, ou si, au contraire, la loi a simplement voulu assimiler les faits contraires aux mœurs, par lesquels on cause intentionnellement un dommage à autrui, aux actes illicites. La doctrine suisse admet généralement que ces actes ne sont pas illicites, « mais sont seulement traités par la loi comme s'ils étaient illicites »¹. Il en résulte que lorsque la loi attache des conséquences spéciales au caractère illicite, ces conséquences n'atteignent pas les actes contraires aux mœurs, à moins que la loi ne le spécifie. Ainsi, d'après M. Oser, l'art. 49 ne sera pas applicable aux actes contraires aux mœurs, parce que la loi exige ici une faute et la violation d'un droit; or, les faits visés par l'art. 41, 2^{me} al. ne constituent pas des violations de droits subjectifs ou d'intérêts juridiquement protégés, mais simplement des faits dommageables causés intentionnellement et contrai-

¹ OSER *ad* art. 41. VII. 2.; en ce sens aussi M. BÉGUELIN : *Cours de droit des obligations*.

rement aux mœurs. Pour cet auteur encore, l'art. 41, 2^{me} al. n'est applicable que lorsque c'est un bien patrimonial qui a été lésé, à l'exclusion des cas de dommages immatériels, visés par l'art. 49

Nous ne partageons pas l'avis de M. Oser sur les conditions d'application de cette disposition légale. Nous aurons à étudier plus loin, d'une manière approfondie, la question de savoir si les actes contraires aux mœurs visés par cet alinéa sont illicites ou non. Nous sommes d'avis qu'ils le sont. Remarquons d'emblée que la faute exigée par le 2^{me} al. en ce qui concerne l'imputabilité, est de même nature que celle du 1^{er} al.; elle est seulement un peu plus restreinte, puisque le dommage causé par négligence n'est pas visé, mais qu'il s'agit seulement de celui qui procède d'une intention, c'est-à-dire de la volonté de causer ce dommage. Faisant un pas de plus, ne doit-on pas admettre, en ce qui concerne l'illicéité, que celui qui fait usage de sa liberté générale, (laquelle, en définitive, est un ensemble de droits conférés à l'individu) de manière à causer un dommage à autrui d'une façon contraire aux mœurs, exerce en quelque sorte abusivement les prérogatives qui lui sont conférées? C'est là la première question que nous aurons à résoudre; elle se rattache directement à l'examen de l'abus du droit. Une deuxième question est celle-ci: ne doit-on pas envisager que les mœurs visées par l'art. 41, 2^{me} al. sont une notion purement juridique et non pas morale, et que celui qui agit contrairement aux mœurs, viole réellement une règle juridique, et porte atteinte à un intérêt protégé juridiquement?

M. Egger dans son commentaire du C. C. S. montre à propos de l'art. 27 que la majorité des auteurs envisage le concept de bonnes mœurs (*gute Sitten*) comme une notion d'ordre moral; pour eux, la loi cherche à mettre en harmonie le droit et la morale, lorsqu'elle exige que les mœurs soient respectées dans l'exercice des droits ou dans l'exercice de la liberté générale. Depuis que M. Stammler a montré d'une façon péremptoire l'essence différente des notions de droit et de morale, il semble se produire une réaction contre ces théories, et les mœurs, dans le sens où la loi emploie cette expression, apparaissent beaucoup plus, nous l'avons vu, comme un véritable concept d'ordre juridique. Pour M. Stammler, les bonnes mœurs, la bonne foi (art. 2 C.C.S.), les justes motifs (art. 4 C.C.S.) sont autant d'expressions différentes qui toutes visent à un but unique: introduire la notion du *droit vrai* dans le droit formulé, et permettre au juge de résoudre les conflits du droit formulé et du *droit vrai* dans le sens de ce dernier qui, nous l'avons dit, sert de guide au premier.

S'il en est réellement ainsi, l'art. 41, 2^{me} al. devrait être envisagé comme une disposition d'ordre général, en rapport étroit avec l'art. 2 CCS.¹ La solution de ce problème touche donc de près à l'abus du droit et devra nous occuper spécialement, lorsque nous chercherons à exprimer la doctrine véritable de l'abus du droit dans le CCS.

L'étude sommaire que nous venons de faire de la responsabilité pour actes illicites dans les diverses législations, nous a permis de constater le lien étroit qui unit la théorie de l'abus du droit et celle de la responsabilité civile. Ces relations se caractérisent un peu différemment suivant l'attitude adoptée par le législateur ou la jurisprudence à l'égard de l'abus du droit. Les auteurs ont été souvent induits en erreur par ces divergences. Ils ne s'étaient pas suffisamment rendus compte, semble-t-il, que cette théorie, manifestation du désaccord apparent entre le droit formulé et le *droit vrai*, procure une solution plus ou moins logique à ce désaccord, suivant que le législateur a donné plus ou moins d'envergure à la responsabilité civile. En Allemagne, où le § 823 B. G. B. n'a qu'une portée restreinte et où le § 226 se ment aussi dans des limites étroites, le rapport entre les deux dispositions n'apparaît pas d'une façon claire; il en est de même dans la théorie classique de la responsabilité qui ne tenait nullement compte d'un problème de l'abus du droit. En droit français, au contraire, les relations sont si intimes, que souvent on n'a pas distingué entre responsabilité civile et application de la théorie de l'abus du droit. Celle-ci est apparue comme une des formes de la responsabilité très étendue, instituée par la jurisprudence et la doctrine de la fin du XIX^e siècle dans l'application de l'art. 1382 C. C. F. C'est en Suisse, semble-t-il, à première vue, que le législateur, plus ou moins consciemment d'ailleurs, a créé le système le plus logique et le plus harmonieux, à supposer que les relations entrevues dans notre étude sommaire puissent se justifier en regard d'un examen plus attentif. C'est cet examen que nous aurons à faire pour élaborer la théorie de l'abus du droit : mais auparavant, il convient d'étudier comment la doctrine et la jurisprudence ont résolu le problème, tant en France et en Allemagne, qu'en Suisse.

¹ Cf. art. 27, 2^{me} al. C. C. S.

§ 6. La théorie de l'abus du droit en droit français.

I. LA LÉGISLATION.

Le Code civil français ne possède aucune disposition spéciale visant l'abus du droit. Il a été élaboré au moment où florissait la doctrine libérale en matière économique. Les idées individualistes étaient alors poussées à l'extrême et le Code définit très nettement les droits individuels absolus, dont l'exercice est, en principe, illimité. De même, en dehors de l'exercice des droits définis, l'activité générale de l'individu est libre, tant et aussi longtemps qu'elle ne devient pas illicite, en causant un dommage à autrui et en violant un autre droit individuel, également absolu. Le résultat de cette conception, c'est que l'exercice d'un droit ne peut jamais être abusif, si l'on s'en tient à l'esprit dans lequel a été élaboré le texte légal.

De bonne heure pourtant, on sentit la nécessité d'apporter un tempérament au caractère absolu de la loi. La Cour de Colmar, la première, semble-t-il, dans un arrêt célèbre de 1855¹, a rompu avec la théorie classique. Un propriétaire avait fait élever une fausse cheminée sur le toit de sa maison, dans l'unique but de nuire à son voisin et de lui enlever la vue. La Cour le condamna, invoquant à l'appui de son arrêt l'art. 1382 C. C. F., dont l'application à cette espèce était extrêmement hasardée, et peut-être inexacte, au point de vue formel. Dès lors, et jusqu'à nos jours, aucune disposition n'est venue permettre aux juges d'appliquer un texte légal aux cas d'abus du droit, autrement que par une interprétation à laquelle les auteurs de la loi n'avaient manifestement pas pensé.

A mesure que la nouvelle théorie prenait une place plus considérable dans la jurisprudence et dans la doctrine, on se rendit compte de la nécessité de lui donner une base légale plus assurée. La Commission de révision du Code civil s'est notamment occupée de cette question dans sa séance du 11 mars 1905. Plusieurs membres de la Commission estimaient qu'il y aurait lieu d'introduire dans le titre préliminaire du Code civil une disposition générale relative à l'abus des droits. Il s'agissait pour eux d'un principe général, « dominant tout l'ensemble du droit, et qu'on ne pouvait pas sans de

¹ Cour de Colmar, 2 Mai 1855. D. P. 1856 II. 9.

graves inconvénients reléguer dans un compartiment toujours un peu restreint et étroit, tel que celui de l'art. 1382 ». Une grande partie des membres de la Commission étaient, au contraire, d'avis que cette question devait être traitée à propos des délits et des quasi-délits dans le cadre de l'art. 1382. Le soin de rédiger un rapport sur cette question fut confié à M. Saleilles qui le présenta dans la séance du 25 mars 1905. Il concluait en proposant de faire de la théorie de l'abus du droit un principe général dominant l'ensemble du droit civil, et soumettait à ses collègues l'adjonction du texte suivant comme deuxième alinéa de l'art. 6 : « Un acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licite d'un droit. » Cette formule résolvait tout le problème de l'abus du droit d'une manière un peu étroite peut-être, mais en donnant un critère clair et objectif de ce qu'il faut entendre par abus. Malheureusement les mêmes tendances restrictives que dans la première séance se manifestèrent à nouveau. Plusieurs membres de la Commission estimaient qu'à défaut d'un principe spécial, applicable seulement à certains droits bien déterminés, on devait tout au moins limiter la formule générale au terrain de l'art. 1382, « avec la portée restreinte d'une obligation à réparation. »

À l'issue du débat, sans prendre de parti définitif, la Commission (Première Sous-Commission de la Commission de révision du Code civil) fut d'avis à égalité des voix, « de ne pas introduire la théorie de l'abus du droit dans le titre préliminaire, sous la forme d'un principe absolu, dont on eût le droit de tirer logiquement toutes les conséquences qui dériveraient d'une violation de l'ordre public. »

La question en est restée là dès lors, mais il est probable que lors de la révision du Code civil, on introduira sous une forme ou sous une autre un principe réprimant l'abus du droit et permettant de donner une base légale et incontestable à la jurisprudence.

En l'absence d'une solution générale applicable à tout le droit, le législateur français a d'ailleurs manifesté clairement ses intentions dans un ou deux cas spéciaux, qu'il convient de citer et qui ont trait à des applications particulières de la théorie de l'abus du droit. L'art. 1780 C. C. F., modifié par la loi du 27 décembre 1890, dispose dans ses trois premiers alinéas : « On ne peut engager ses services

¹ Voir pour toute cette question : *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1905, p. 323 et suiv.

qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. — Le louage de service fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes. — Néanmoins la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts. » D'après les arrêts de la Cour de Cassation, il faut interpréter cette disposition en ce sens que « la loi nouvelle permet à l'ouvrier de discuter les motifs de son renvoi, accordant une indemnité toutes les fois que la résiliation du contrat serait contraire à l'équité. » ¹

La jurisprudence a donc estimé ici que l'abus dans l'exercice du droit de résiliation ne pouvait être protégé. Celui qui abuse de ce droit et rompt le contrat sans motif légitime, devient responsable du dommage qu'il cause à l'autre partie ; il commet un acte illicite. C'est une application très nette et directe des principes nouveaux. M. Alfred Martin dit, il est vrai, que cette disposition n'a aucune portée juridique et ne s'explique que par des considérations politiques ² ; il n'en demeure pas moins vrai qu'elle sanctionne la théorie de l'abus du droit, qui a précisément pour but de tenir compte des conceptions nouvelles et notamment du principe de solidarité sociale.

Une autre loi, du 29 décembre 1892, nous montre une application semblable de la théorie de l'abus du droit par le législateur. C'est la loi « sur les dommages causés à la propriété privée par l'exécution des travaux publics. » ³ Il s'agit du préjudice causé aux propriétaires par des occupations temporaires de terrains, modifications apportées à l'accès d'une maison par l'exhaussement d'une route, etc. Dans ces cas, la loi statue la réparation par l'Etat du préjudice causé, bien qu'en l'espèce, l'Etat ait agi dans l'exercice d'un droit.

En dehors de ces deux lois, la législation française ne connaît encore aucune disposition en matière d'abus du droit ; seul l'art. 1382 a servi jusqu'ici de base légale à la théorie nouvelle, tant en doctrine qu'en jurisprudence.

¹ SALANSON : *De l'abus du droit*, p. 112. Voir Cass. civ. 13 Janvier 1892, D. P. 1892, I. 157. — Lyon, 10 Janvier 1894, dans « La Loi », 8 Mai 1894. — Cass. 20 Mars 1895, S. 1895, I. 313.

² ALFRED MARTIN : *L'abus du droit et l'acte illicite*, p. 52.

³ Voir cette loi dans DALLOZ, D. P. 1893, IV. 56.

II. LA DOCTRINE.

Plus que dans tout autre pays, la doctrine en France s'est occupée de l'abus du droit avec prédilection. Cet intérêt extraordinaire des auteurs pour la théorie nouvelle tient essentiellement à l'absence de dispositions légales spéciales en cette matière, et aussi au fait que la théorie de l'abus du droit fait partie, en France, de l'étude de l'art. 1382 C. C. F., source inépuisable de controverses juridiques. La jurisprudence ayant pris les devants dans cette voie dès le milieu du XIX^e siècle, il était au surplus nécessaire que la doctrine cherchât à expliquer cette conception nouvelle et à lui donner une base solide.

Les plus anciens commentateurs du Code sont presque muets sur la question de l'abus du droit proprement dit. Pour eux, elle ne se pose qu'en matière de propriété et sous la forme d'une réglementation des rapports de voisinage. Dans ce domaine en effet, les questions pratiques qui ont trait à l'abus du droit, se sont posées de fort bonne heure, notamment en ce qui concerne les inconvénients produits par le voisinage d'industries insalubres, dangereuses ou simplement incommodantes par le bruit ou les odeurs qu'elles occasionnent. Tous ces auteurs partent du principe général : *malitias non est indulgendum* ; une mauvaise action accomplie de propos délibéré ne saurait être tolérée ; la malice, le dol, sont plus qu'une faute et ne méritent aucune indulgence. Il y aurait, d'après eux, manifestement faute et délit, dans le sens de l'art. 1382, de la part de celui qui, entre plusieurs manières d'exercer son droit, aurait choisi sans nécessité et dans le dessein de nuire, celle qui peut être préjudiciable à autrui. « En disant que l'exercice du droit, lorsqu'il est légitime, exempte de toute responsabilité, on suppose nécessairement qu'il s'agit d'un exercice régulier et normal. L'abus constitue toujours une faute et entraîne la réparation du préjudice : *Summum jus, summa injuria* ; l'abus du droit est une suprême injustice. »¹ Pour tous les auteurs anciens, d'ailleurs, il ne s'agit nullement encore de la véritable théorie de l'abus du droit, mais seulement d'examiner quand il y a excès de droit et acte illicite au sens de l'art. 1382. Pour Domat déjà, « on est responsable quand on n'agit que pour

¹ PANDECTES FRANÇAISES, Tome 50, ad *Responsabilité civile*, N^o 510.

nuire à autrui sans usage pour soi »¹ En ce sens aussi les commentateurs du Code, Proudhon, Toullier, Sourdat et Larombière; Demolombe seul fait exception et admet que le propriétaire peut exercer son droit de la manière la plus absolue.²

C'est dans les dernières années du XIX^e siècle, lorsque la jurisprudence eut appliqué pendant fort longtemps l'art. 1382 aux cas les plus criants d'abus du droit, qu'une véritable théorie de l'abus commença à naître. Dès lors, la doctrine française a consacré de nombreuses études à cette question, mais sans être arrivée jusqu'ici à un résultat très clair.

Certains auteurs, et à leur tête M. Planiol, combattent énergiquement toute théorie de l'abus du droit et se placent nettement sur le terrain de la vieille maxime : « *Neminem lædit, qui suo jure utitur.* »

Pour eux, comme pour les anciens commentateurs, lorsqu'on dépasse les limites de ce qui est permis, il n'y a pas lieu à réparation ou à dommages-intérêts à cause d'un abus, mais bien parce que l'acte est illicite. D'autres auteurs au contraire, voient dans la théorie de l'abus un principe nouveau, sans d'ailleurs pouvoir se mettre d'accord sur le critère qu'il convient d'adopter pour définir l'exercice abusif. M. Porcherot³ est le premier auteur d'un travail de quelque importance sur la matière; il s'en occupe dans une thèse de la Faculté de Droit de Dijon parue en 1901.

Tandis que la doctrine allemande reconnaît l'abus du droit à l'intention de nuire, critère purement subjectif obligeant le juge à procéder à une recherche psychologique, les auteurs français partisans de l'abus du droit, ont presque tous cherché à donner à cette institution un fondement objectif, c'est-à-dire à la caractériser par une série d'éléments extérieurs à la personne de l'auteur de l'abus et tombant directement sous les sens, sans qu'on ait à se préoccuper de connaître les mobiles qui ont poussé à l'acte abusif. En se plaçant sur ce terrain, ces auteurs cherchaient à réduire la valeur d'un des principaux arguments invoqué par les adversaires de l'abus du droit pour combattre cette doctrine. Ces derniers, en effet, estiment que non seulement la notion de l'abus du droit est contraire à la logique,

¹ Lois civiles, livre I., titre 8, section 8, N^o 9.

² PROUDHON. III. p. 1486. — TOULLIER. XI. p. 119. — SOURDAT. I. p. 440 et suiv. — DEMOLOMBE. XI. p. 648 et suiv. — LAURENT. XX. p. 396. — LAROMBIÈRE. Obligations. V. p. 693.

³ ERNEST PORCHEROT : *De l'abus du droit.*

mais encore, ils observent qu'elle transforme le juge en un véritable inquisiteur des intentions, bonnes ou mauvaises. Le tribunal est appelé d'après eux, non plus à examiner des actes et à les apprécier objectivement, mais à rechercher les mobiles de ces actes, et à scruter des intentions. Le droit risque de tomber ainsi dans l'arbitraire et de renoncer à toutes les garanties d'impartialité qu'il considèrerait jusqu'ici comme un idéal.

Nous allons examiner brièvement, tout d'abord la doctrine des principaux partisans de l'abus du droit, puis celle de ses adversaires.

A. *Les partisans de l'abus du droit en France.*

Presque tous les auteurs partisans de la théorie nouvelle partent de la conception subjective du caractère illicite d'un acte. L'art. 1382 ne prévoit de responsabilité que pour les actes accomplis sans droit ou pour ceux qui, accomplis dans l'exercice de la liberté générale, portent atteinte à un droit d'autrui ; or ces auteurs estiment intolérable que les actes dommageables commis dans l'exercice d'un droit absolu, mais inspirés uniquement par l'intention de nuire ou un motif malveillant de leur auteur, jouissent de l'impunité, par ce simple fait qu'ils constituent l'exercice d'un droit.

Théorie de M. Porcherot.

L'auteur commence par rechercher si la notion d'abus du droit se conçoit. Il part de la distinction entre actes accomplis sans droit et actes qui sont l'exercice d'un droit ou de l'activité générale. Il ne croit pas qu'on puisse affirmer que toute hypothèse de responsabilité impliquant un acte illicite suppose nécessairement un acte accompli sans droit (théorie subjective du caractère illicite). Il estime donc que les expressions *actes illicites* et *actes accomplis sans droit* ne sont pas synonymes. Pour lui, à côté de la responsabilité pour actes accomplis sans droit, il y a une responsabilité pour des actes qui ne sont que l'exercice d'un droit, mais où on a commis une faute. Ainsi la notion d'abus du droit se conçoit.

La théorie classique de la faute est, d'après M. Porcherot, insuf-

¹ D'autres auteurs avaient examiné avant M. Porcherot la question de l'abus du droit, mais toujours à l'occasion de cas particuliers, notamment MM. Bufnoir, Duffaux-Lagarosse, Capitant, Charmon, Gény, Mongin. M. Porcherot est le premier auteur d'une étude systématique.

fisante pour expliquer les délits et quasi-délits commis à l'occasion des droits positifs ; l'art. 1382 ne vise pas ces cas, mais seulement l'exercice général de l'activité humaine. Il croit donc que la théorie de la responsabilité a un double but : elle sert, d'une part, de sanction aux règles édictées par la loi, d'autre part, de complément à la loi et a pour but de trancher des conflits de droits, non réglés par un texte positif. La responsabilité sera donc engagée dans trois hypothèses différentes : tout d'abord, lorsqu'il s'agit de l'exercice de l'activité humaine, dès qu'il y a imprudence ou négligence ; puis, lorsqu'il s'agit de l'exercice d'un droit positif, dès qu'on dépasse les limites de son droit, et cela en vertu d'un principe général et en dehors de toute application de l'art. 1382; enfin lorsque l'auteur du dommage, tout en restant dans les limites de son droit, en fait un usage qui paraît devoir être réprimé civilement ; il s'agit ici à proprement parler de l'abus du droit.

Signalons d'emblée le reproche essentiel qu'on peut adresser à cette théorie, à savoir qu'elle manque de base légale ; de plus, logiquement, elle est inadmissible, car il n'y a pas de raison de présumer la faute pour tous les actes accomplis sans droit ; cela tendrait à établir pour ces actes-là une sorte de responsabilité causale, qui dépasse de beaucoup les vues du législateur. Cette conception est d'autant plus illogique qu'un acte accompli sans droit passe *ipso facto* dans la catégorie des actes accomplis en vertu de la liberté générale. Enfin, en restreignant l'application des art. 1382 et 1383 aux seuls actes fautifs et dommageables à autrui, commis dans l'exercice de l'activité générale, l'auteur enlève à ces articles une partie du champ d'application qui leur a toujours été réservé.

Poursuivant son exposé, M. Porcherot montre que la responsabilité, qui suppose un conflit de deux droits, est engagée dès que le titulaire de l'un de ces droits dépasse une limite qu'il n'aurait pas dû franchir, ce qu'il peut faire de deux manières, ou bien en agissant sans droit, c'est-à-dire en sortant des limites objectives assignées à son droit, ou bien en abusant de son droit, c'est-à-dire lorsque, tout en restant dans les limites objectives de celui-ci, il l'exerce dans un but étranger à celui que prévoyait le législateur. D'après lui, chacun est légitimé à poursuivre son droit dans toute son étendue, mais à la condition seulement de poursuivre un but conforme à la destination économique et sociale de ce droit. Car chaque droit implique un devoir, et « à la liberté qui était jusqu'ici le seul fondement du droit, » on ajoute la solidarité qui comporte des obligations.

Au point de vue objectif, M. Porcherot admet donc que l'abus du droit se conçoit et se distingue de l'acte accompli sans droit par une idée de finalité et de but poursuivi : on abuse de son droit lorsqu'en restant dans ses limites objectives, on détourne ce droit de la destination normale pour laquelle il a été créé. Cela se produit dans trois cas différents qui sont les caractéristiques de la faute en matière d'abus du droit : tout d'abord lorsqu'on n'exerce le droit que dans l'intention de nuire à autrui, puis, quand on l'exerce sans aucun intérêt personnel, ce qui est un cas fort rare en pratique, enfin, lorsqu'on l'exerce sans motifs légitimes. Quel que soit le critère auquel on a recours, l'abus du droit est donc toujours caractérisé par une idée subjective ; c'est là ce qui le distingue de l'acte accompli sans droit, où la faute est constituée, pour M. Porcherot, par le fait même qu'on a agi en dehors de tout droit, indépendamment des mobiles qui ont poussé à cette action.

La caractéristique commune de ces deux cas, c'est que l'art. 1382 est inapplicable et que la responsabilité dérive d'un principe supérieur aux lois formulées, c'est-à-dire d'une règle de droit naturel.

La doctrine de M. Porcherot, qui résume en une synthèse remarquable toutes les théories sur l'abus du droit, est assez captivante à première vue, mais elle n'échappe pas au reproche de se mouvoir dans la théorie pure et elle ne justifie nullement la responsabilité pour abus de droit, en regard des termes du C. C. F.

Théorie de M. Saleilles.

Si M. Porcherot est l'auteur de la première monographie systématique sur l'abus du droit en France, M. Saleilles est celui de tous les juristes français qui paraît avoir traité cette question avec le plus de maîtrise et de hardiesse tout en tenant compte des réalités du droit formulé.

Les premières études de M. Saleilles sur ce sujet remontent à son ouvrage sur les *accidents du travail*¹ ; la théorie de l'abus du droit y est développée d'une manière succincte. Il se borne à distinguer les cas où il s'agit de l'exercice d'un droit positif prévu par une loi, estimant qu'on ne peut parler ici d'abus du droit, et ceux où l'on se trouve en présence de l'exercice d'une faculté générale ; l'abus apparaît lorsque cet exercice a lieu avec l'intention de nuire.

Dans sa *théorie de l'obligation*², M. Saleilles reprend le même su-

¹ SALEILLES : *Accidents du travail et responsabilité civile*, p. 66 et suiv.

² SALEILLES : *Théorie générale de l'obligation*, 2^e édition, 1901.

jet et faisant un pas de plus, propose de caractériser l'abus du droit comme suit : « La véritable formule serait celle qui verrait l'abus du droit dans l'exercice anormal d'un droit, exercice contraire à la destination économique et sociale du droit subjectif. »¹

Cette question, qui semblait passionner le grand juriste français a été traitée par lui d'une manière détaillée, dans le « Rapport présenté à la première Sous-Commission de la Commission de révision du Code civil », dans la séance du 25 mars 1905, rapport intitulé : *De l'abus du droit*². Ce court mémoire, d'une langue concise et admirablement claire, est l'exposé le plus net qui ait été publié sur cette question. C'est en même temps une étude remarquable de la jurisprudence française en cette matière. Voici les grandes lignes de ce travail.

Pour M. Saleilles, le texte de l'art. 1382 prévoit l'exercice d'un droit « qui n'est autre que celui, pour chaque homme, d'user de sa propre liberté » ; mais cet exercice de la liberté n'est licite que dans la mesure où il se combine avec le respect des intérêts légitimes des autres. La violation de cette obligation de respecter les intérêts des autres constitue la faute visée par l'art. 1382. « Est en faute quiconque aurait pu prévoir le dommage éventuel qu'il pouvait causer à autrui par son fait et qui ne l'a pas prévu, ou qui, l'ayant prévu, n'a pas pris les précautions nécessaires pour l'éviter. »

Par contre, en principe, pour les droits spéciaux qui consacrent dans différentes directions l'exercice de la liberté individuelle, il n'en est plus de même. L'exercice d'un de ces droits ne saurait se transformer en un acte illicite par le fait qu'il peut avoir des conséquences dommageables. Sinon on ne pourrait plus exercer aucun droit. Toutefois ce principe a été reconnu trop absolu et on a admis que si le droit général de liberté individuelle, dont tous les droits légalement reconnus dérivent, subissait des restrictions, il fallait atténuer aussi les conséquences de l'exercice des droits sur le terrain de l'art. 1382. Cette atténuation, qui constitue une exception au principe général, commence, d'après M. Saleilles, là où il peut être question d'une recherche d'intention dans l'exercice des droits et c'est alors qu'apparaît l'application de l'abus du droit. L'auteur définit donc ce dernier de la façon suivante : « Etant donné un acte licite en lui-même

¹ SALEILLES : *Théorie de l'obligation*, p. 370.

² *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, année 1905, p. 325 et suiv.

par ses conditions extérieures et matérielles, il y a abus de droit s'il est permis de considérer cet acte comme illicite et contraire au droit, uniquement en raison de son but intentionnel » (p. 334). M. Saleilles montre que toute cette théorie est contenue en principe dans la jurisprudence de l'art. 1382 ; il y relève en outre une autre théorie nouvelle, celle du risque, dont il développe les grandes lignes et qui tend à restreindre de plus en plus le domaine de la faute en matière de responsabilité civile. Partant de ces prémisses, M. Saleilles distingue trois catégories de faits qui peuvent faire surgir la responsabilité en matière d'exercice des droits :

« 1. L'exercice du droit, qui par les conditions où il se produit, dépasse le contenu du droit et rentre dans le domaine général de la liberté, avec tous les risques qu'il comporte. Ce fait *a priori*, n'est ni licite, ni illicite ; son caractère dépendra de ses conséquences. »

« 2. L'exercice du droit qui reste un fait licite, et par ses conditions matérielles et par ses conditions intentionnelles, rentrant dans le contenu parfaitement normal... du droit, mais qui implique acceptation des risques, et qui engage, par suite, à réparation des dommages... » (théorie du risque).

« 3. L'exercice du droit qui reste encore licite dans sa matérialité et qui constitue, lui aussi, une faculté comprise dans la sphère d'application du droit, mais qui devient non pas seulement un fait de risque, mais un fait contraire au droit, abusif et désormais illégal, par le caractère anti-social du but intentionnel qui en marque la destination : c'est l'abus de droit » (p. 339).

Au point de vue du droit formel, M. Saleilles remarque que la troisième catégorie de faits qu'il a citée échappe au domaine de l'art. 1382 et appartient au domaine des lois générales. Dès lors, l'abus du droit ne se présente que lorsqu'il y a intention exclusive de nuire, en l'absence de tout intérêt personnel appréciable. M. Saleilles estime que c'est un critérium qui ne laisse pas de place à l'arbitraire. Au regard de cette formule, l'abus du droit n'a pas à limiter les droits d'après les exigences de l'équité et des convenances sociales, ce qui ouvrirait la porte à l'arbitraire.

En enlevant la théorie de l'abus du droit au domaine de l'art. 1382, pour en faire un principe général, on évite l'arbitraire du juge ; « car l'arbitraire n'existe que lorsqu'il s'agit de préciser des conditions vagues et flottantes, laissées à l'appréciation des tribunaux ; c'est le cas, par exemple, de la formule admise par l'art. 3 du Projet de C.C.S. comparée au § 226 du Code civil allemand ». Mais lors-

qu'il ne s'agit plus que de fixer une condition unique, l'intention malicieuse et nuisible, il n'y a plus d'arbitraire.

L'auteur termine son étude en proposant la formule suivante, déjà citée, qui sépare nettement l'abus du droit de l'art. 1382 : « Un acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licite d'un droit ».

Cet élément caractéristique de l'abus du droit, l'intention exclusive de nuire, qui est d'ordre subjectif en soi, ne devrait être apprécié que « d'après sa matérialité objective », c'est-à-dire qu'il suffirait de rechercher si « d'après les circonstances du fait, l'acte est susceptible de procurer un intérêt quelconque dont la loi ait pour mission de garantir la réalisation, pécuniaire ou morale ».

Nous aurons à revenir plus loin sur la valeur de la doctrine de M. Saleilles, notamment du critère qu'il préconise. Bornons nous à remarquer ici, ainsi qu'il le reconnaît lui-même, qu'il n'a nullement apporté la justification de l'existence du problème de l'abus du droit, mais qu'il s'est borné à démontrer que ce problème doit échapper à l'art. 1382, dont M. Saleilles restreint au surplus la portée d'une manière incompatible avec le texte légal. Sa théorie, si intéressante soit-elle, présente donc elle aussi le défaut de n'être qu'une théorie sans rapport avec la législation en vigueur.

Théorie de M. Josserand.

M. Josserand¹ est l'un des juristes français qui s'est occupé le plus souvent de l'abus du droit pour marquer au fur et à mesure les progrès et les développements de cette notion. Il justifie la théorie de l'abus du droit en mettant en lumière la différence entre droit subjectif et droit objectif et soutient qu'il n'y a aucune espèce de contradiction à ce qu'un acte soit tout à la fois conforme à tel droit déterminé et cependant contraire au droit *sensu lato*. Il semble oublier pourtant, à notre avis, que si cette contradiction est possible, le droit doit précisément avoir pour but final de réduire ces divergences et non de les accepter. M. Josserand combat vivement les adversaires de la théorie de l'abus du droit. Pour lui « les droits ne sont pas doués d'une valeur purement intrinsèque ; ils sont des ins-

¹ L. JOSSERAND : *L'abus du droit*. Voir aussi plusieurs notes sous différents arrêts. D. P. 1906 II. 105 ; 1908 II. 73 ; 1913 II. 177 ; voir aussi JOSSERAND : *Responsabilité du fait des choses inanimées*, p. 78.

truments destinés à assurer le règne de la justice ».¹ Ils ne sont pas eux-mêmes la justice; « produits sociaux, ils ne peuvent, par un étrange reniement de leur origine et de leur finalité, se réaliser anti-socialement, contre la morale collective, c'est-à-dire contre le droit. » Comme on le voit, M. Josserand part de la conception des droits individuels subjectifs, qui ne peuvent être exercés contre leur but final. Il ne peut admettre la formule de M. Planiol, selon laquelle le droit cesse où l'abus commence. Il voit entre les deux théories, celle de M. Planiol et la sienne, une différence irréductible; tandis que l'une demeure objective, l'autre, celle de l'abus du droit se présente comme constamment subjective; « l'abus d'un droit est une notion psychologique; il est révélé par l'état d'âme du titulaire au moment où il agit, il se rattache à l'idée du but ». Le point de vue de M. Josserand, qui parle d'ailleurs d'abus des droits, et non d'abus du droit, c'est que l'abus ne porte pas sur le droit envisagé dans son ensemble, mais sur un droit déterminé.

Quant au critère de l'abus du droit, M. Josserand estime que c'est non seulement l'intention de nuire, mais aussi l'absence de motif légitime qui constitue l'abus; en effet, « si la malveillance est considérée comme constitutive d'abus, c'est parce qu'elle ne représente pas le mobile en vue duquel le droit a été conféré par le législateur », de sorte qu'en définitive, toute la théorie de l'abus du droit se ramène à la notion du motif légitime dans l'exercice de chaque droit, en dehors duquel cet exercice devient générateur de responsabilité². Il y a motif illégitime dès que le titulaire d'un droit s'est mis « hors de l'esprit juridique de l'institution dont le droit fait partie ». Il n'est pas douteux pour nous que c'est là une formule trop générale et qui pourrait tout aussi bien servir à délimiter le droit objectif.

En résumé, pour M. Josserand, comme pour M. Saleilles, la notion d'abus des droits est de nature purement subjective. L'abus d'un droit est caractérisé par le désir de nuire, l'intention malveillante, signe normal de l'abus, mais aussi par tout autre motif illicite; sur ce point M. Josserand va plus loin que M. Saleilles. Nous ne pouvons adopter leur point de vue par la raison déjà indiquée que l'élément illicite est de nature essentiellement objective, et qu'on ne

¹ Voir sous Trib. Civ. de Toulouse 13 Avril 1905; D. P. 1905 II. 105.

² Cf. Colmar 2 Mai 1855. D. P. 1856 II. 9. — Cass. 22 et 28 Juillet 1896, D. P. 1897 I. 401.

peut arbitrairement lui fixer un critère subjectif pour les besoins de la cause, à moins d'exclure complètement la théorie de l'abus du droit de celle de la responsabilité.

Selon M. Josserand, l'intention doit être prouvée par le demandeur en indemnité, mais souvent on se contentera d'une preuve négative, ainsi de la preuve que l'acte accompli par le titulaire du droit ne pouvait lui être d'aucune utilité. « Ce critérium empirique est irréprochable sur le terrain du droit comme sur celui de l'économie politique : en droit, l'acte dommageable pour autrui et sans profit pour son auteur ne peut s'expliquer que, soit par le désir de nuire, soit par une imprévoyance, une inintelligence peu commune, donc par un délit ou par une faute lourde traditionnellement assimilable au dol; en économie politique, la valeur d'un acte se traduit par la balance de ses avantages et de ses inconvénients... et, si la balance penché du dernier côté, l'acte est jugé économiquement mauvais. De toute façon donc, et pour l'économiste comme pour le juriste, il y a une rupture d'équilibre qui doit être rachetée par une indemnité... ».¹

Les deux théories de MM. Saleilles et Josserand sont presque identiques; il n'y a de différence que dans le critère adopté, M. Saleilles se plaçant nettement sur le terrain de la seule intention de nuire, exactement comme le B. G. B., tandis que M. Josserand admet que le véritable critère de l'abus du droit est l'absence de motifs légitimes. Enfin, alors que M. Saleilles approuve comme sanction de l'abus du droit, la possibilité d'une procédure préventive, pour se prémunir contre un dommage éventuel, à côté de la réparation pécuniaire ou en nature, M. Josserand n'admet pas la première de ces sanctions.²

Avant d'examiner la doctrine de ceux qui rejettent la théorie de l'abus du droit, il nous reste à analyser succinctement le point de vue de quelques auteurs secondaires également partisans de cette doctrine et de ceux qui ne l'ont examinée que subsidiairement tout en l'adoptant.

Théorie de M. Jannot.

M. Jannot³ part de l'idée que chaque droit porte en lui-même ses limites; en dépassant celles-ci, on commet une faute, dont on doit

¹ Note sous Compiègne 19 février 1913, D. P. 1913 II. 179.

² *ead. loc.* D. P. 1913 II. 179.

³ R. JANNOT : De la responsabilité civile par suite de l'abus du droit.

supporter les conséquences. De même que l'exercice de la liberté n'est pas illimité, mais donne lieu à responsabilité, lorsqu'on ne respecte pas les intérêts légitimes d'autrui, de même aussi l'exercice des droits définis comporte des bornes précises. « Si l'abus du droit se conçoit dans l'exercice de la liberté, qui est un droit non défini et qui par suite, légitime un nombre d'actes plus considérable, il se conçoit tout aussi bien dans les droits positifs définis, qui ne sont que des manifestations de l'activité humaine » (p. 22). L'auteur distingue entre le fait d'abuser de son droit et celui d'agir sans droit ; on agit sans droit lorsqu'on exerce une faculté qui n'est pas comprise dans un droit ou qu'on en use en dehors des conditions prévues par la loi ; on abuse au contraire de son droit, lorsqu'en restant dans les limites de ce droit, on l'exerce dans un but étranger à celui qui préoccupait le législateur. M. Jannot voit une autre différence, fort contestable, entre l'acte accompli sans droit et l'abus du droit ; tandis que dans le premier cas, la responsabilité serait engagée en dehors de tout préjudice, dans le second, l'existence d'un préjudice serait nécessaire, et la simple intention, si mauvaise soit elle, ne serait pas suffisante.

En ce qui concerne le critère de l'abus, M. Jannot part du point de vue que le législateur a établi les droits dans un but déterminé ; on se trouvera donc en présence d'un abus, lorsque le droit n'aura pas été exercé avec le but prévu, mais uniquement dans l'intention de nuire. Quant à l'objection que la preuve de cette intention est difficile, puisqu'il s'agit de scruter un état d'esprit, M. Jannot ne la croit pas sans valeur, mais pense aussi que cette preuve n'est pas impossible. Comme l'abus du droit est caractérisé par le fait d'avoir exercé un droit contrairement à l'intention du législateur, il faudra retenir l'abus et admettre la responsabilité, non seulement lorsque l'auteur du dommage avait l'intention de nuire, mais aussi quand il a agi sans aucun intérêt. L'auteur cite comme exemple le cas d'un propriétaire qui voudrait faire couper les racines d'un arbre appartenant à un voisin, racines qui sont enfouies si profondément qu'elles ne peuvent nuire à ses propres cultures.

Enfin M. Jannot croit que l'absence d'intérêt n'est pas encore un critère suffisamment étendu et il y ajoute l'absence de motifs légitimes. Il mentionne ici l'exemple cité par M. Eugène Huber à M. Saleilles, du propriétaire qui veut expulser son locataire malade le jour de l'échéance, bien qu'il n'ait pas l'obligation de remettre l'appartement à un autre locataire. Ce critère devra aussi, selon lui, être

appliqué en matière de grève et de louage de services à durée indéterminée.

M. Jannot arrive en définitive à établir le critère général suivant : « il y aura lieu à responsabilité civile pour abus de droit, chaque fois que le titulaire de ce droit n'en aura pas usé conformément au but social et économique, qu'avaient en vue les créateurs de ce droit » (p. 101). Quant à la nature de la réparation, il se place sur le même terrain que M. Saleilles dans son rapport de 1905 ; il admet donc les mesures préventives destinées à éviter le préjudice.

Par contre, en ce qui concerne l'application de la loi, M. Jannot adopte un point de vue nouveau. Pour lui, l'art. 1382 suffit à engendrer la responsabilité pour abus du droit. Il est inexact que cette disposition ne vise que l'exercice de l'activité humaine à l'exclusion des droits positifs et nous sommes d'accord avec lui sur ce point. Il est vrai que l'art. 1382 exige une faute, mais on ne conçoit pas de cas d'abus d'un droit où cet élément ne se rencontre pas ; pour M. Jannot, l'intention de nuire est une faute au plus haut degré. Pousant sa théorie plus loin, il ne croit même pas que l'art. 1382 exige toujours la faute pour fonder la responsabilité, étant d'avis avec d'autres auteurs que les rédacteurs du Code n'ont employé le mot *faute* que pour éviter de répéter le mot *fait*. On pourrait, d'après lui, déduire la responsabilité causale directement du texte de cet article.

Quoi qu'il en soit, l'art. 1382 doit s'appliquer aussi bien à l'exercice des droits positifs qu'à l'exercice de cet autre droit moins nettement défini : la liberté. Tout en étant d'accord avec M. Jannot sur ce point et en ne voyant pas pourquoi on enlèverait à l'art. 1382 les cas où il s'agit d'actes dommageables commis hors des limites ou même dans l'exercice des droits positifs, nous croyons sa théorie insuffisante, parce qu'elle ne fixe pas un critère objectif de l'abus du droit.

Théorie de M. Paul-Boncour.

Comme M. Jannot, M. Paul-Boncour¹ est d'avis que la responsabilité pour abus du droit rentre dans le cadre de l'art. 1382. Pour lui, l'abus du droit se caractérise par l'intention de nuire, et cette intention de nuire doit être déclarée faute quand elle est l'unique mobile d'une action, car « l'exercice du droit, n'ayant plus pour but

¹ J. PAUL-BONCOUR : *Les rapports de l'individu et des groupements professionnels.*

d'obtenir la satisfaction d'un intérêt, devient seulement le moyen de réaliser une intention méchante » (p. 279).

Il estime qu'il suffit pour l'application de l'art. 1382 de réunir les deux éléments suivants : d'une part, un fait dommageable, élément matériel, d'autre part, une faute, élément moral de la responsabilité. Quand l'acte est contraire au droit objectif, c'est-à-dire lorsqu'il est commis sans droit, la faute existe déjà par le seul fait de l'acte, du moment que son auteur a eu conscience du caractère illicite de son activité ; c'est ce que nous avons appelé l'imputabilité. Dans ce domaine, la moindre négligence et la moindre imprudence peuvent constituer une faute. Au contraire, dans les cas où l'activité dommageable n'excède pas apparemment les limites de l'exercice d'un droit positif, il n'y a faute que lorsqu'il y a eu intention de nuire. Cette intention devra résulter de l'ensemble des faits. Mais comment savoir quand elle sera suffisante pour qu'il y ait délit civil ? Certains auteurs exigent que l'intention soit l'unique mobile du fait dommageable ; d'après M. Paul-Boncour, c'est une exigence excessive et il suffira que l'intention de nuire ait été le motif principal de l'acte abusif. On peut adresser à cette théorie la même critique qu'à celle de M. Jannot. Le point de vue de M. Paul-Boncour se rapproche sensiblement de celui qu'a adopté M. Mongin. ¹

Théorie de M. Coroi. ²

Cet auteur, qui n'apporte aucun élément nouveau dans la question, a le mérite de chercher à faire une distinction très nette entre l'excès de droit et l'abus de droit. Il part de la définition du droit subjectif et dit que c'est une puissance attribuée par le droit objectif à la volonté d'une personne relativement à un objet ; il en conclut que le droit est un pouvoir de volonté dont on peut abuser. L'abus n'existe que si l'acte dommageable apparaît comme « la réalisation d'une faculté qui est comprise dans le droit » ; il montre que souvent le droit français parle d'abus, alors qu'il s'agit d'excès de droit et cite en ce sens les art. 684 et 768 du CCS.

La complexité du problème provient en bonne partie de la difficulté qu'on éprouve à délimiter la sphère objective d'un droit, du fait de son évolution constante. Mais l'abus du droit n'a rien à voir

¹ MONGIN : *Le droit de congé dans le louage de services*, dans *Revue critique de législation* 1893, p. 342. Cf. SAUZET : *Etude sur le nouvel article 1780*, dans *Annales de droit commercial* 1891, p. 49 et 101.

² C. COROI : *La Théorie de l'abus du droit et « l'excès » du droit en droit français*.

avec cette délimitation objective des droits, car ce qui caractérise l'abus, c'est l'intention malveillante de nuire à autrui, qui est un élément subjectif.

M. Coroi donne le résumé suivant de sa doctrine : « La condition de l'existence de l'abus est de nature *subjective* : elle est déterminée par l'intention malicieuse de l'agent ; le moyen pour apprécier l'existence de l'abus est de nature *objective* : il faut que l'acte de l'agent se caractérise extérieurement comme un exercice « anormal » et « antisocial » du droit ; il faut qu'on ne puisse lui trouver aucune autre raison d'être que l'intention de nuire » (p. 181). Cette théorie est à proprement parler celle de M. Saleilles.

Théorie de M. Bosc ¹.

Avec cet auteur, nous abordons un point de vue nouveau qui ne manque pas d'intérêt. C'est dans la deuxième partie de son ouvrage (Section I, Chapitre II), intitulée : « *Essai d'une théorie générale de l'abus du droit* » que M. Bosc a surtout étudié ce problème. Il fait remarquer que toute la question tient dans cette expression employée par la Cour de Toulouse dans le célèbre arrêt Jaurès ² : « Ce qu'on appelle abus du droit, c'est en réalité l'absence d'un droit, un acte en dehors des limites normales du droit allégué ou reconnu. » Ces mots *limite normale* contiennent en fait d'après M. Bosc, toute la théorie de l'abus du droit. Il montre que les droits, absolus à l'origine, ont bientôt été limités par la morale ; même sanctionnés par la loi, « un droit ne peut s'exercer d'une façon absolue, et le même équilibre d'intérêts qui a présidé à sa naissance préside à son exercice. » C'est cette idée de l'équilibre des intérêts qui explique toutes les applications jurisprudentielles de l'abus du droit. Un droit ne peut être séparé de son but et la collectivité a intérêt à ce que chacun exerce ses droits de bonne foi ³. « Ainsi lorsqu'un droit est exercé avec l'intention de nuire, il y a non seulement abus du droit, mais il n'y a plus de droit du tout » (p. 144). C'est ici que M. Bosc se distingue des auteurs que nous avons analysés plus haut. Pour lui, le droit exercé avec intention de nuire donne naissance à des actes illicites ; mais c'est toujours l'intention de nuire qui reste le critère de l'abus du droit et c'est pourquoi on peut ranger M. Bosc parmi les auteurs partisans de la théorie de l'abus du droit, tout en lui

¹ JEAN BOSCH : *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*.

² Cour de Toulouse 20 juillet 1896. *Sirey*. 1898 I. 17.

³ Cf. C. C. F. art. 1869.

marquant une place à part. L'intention de nuire doit être l'unique motif de l'acte dommageable, pour qu'il y ait réellement abus. M. Bosc estime avec d'autres¹ que l'absence d'intérêt sérieux sera une présomption que l'acte a été exercé dans l'intention de nuire.

Il croit avec Larombière et avec M. Sauzet², qu'on doit aller plus loin encore. Le fait qu'on exerce un droit n'est pas exclusif de la faute, même quand l'intention de nuire ne préside pas seule à cet exercice. « Tout droit doit être exercé d'une façon normale et moyenne et si son exercice excessif ou trop rigoureux engendre un préjudice, cet exercice peut être susceptible de constituer une faute. »

M. Bosc en arrive ainsi à formuler la théorie de l'équilibre des intérêts dans l'exercice des droits. Cette idée lui paraît la plus équitable, celle qui satisfait le mieux le sentiment du droit. Elle explique toutes les hypothèses d'abus de droits. C'est en ce sens aussi que M. Tarde³ préconise l'établissement d'une bonne théorie de la valeur, par quoi il faut entendre la valeur relative des intérêts en jeu.

Par cette idée nouvelle et originale, et par le fait qu'il considère l'exercice abusif des droits comme un véritable acte illicite, sans toutefois développer ce point de vue, M. Bosc occupe une place originale et en quelque sorte intermédiaire, entre ceux qui, tout en admettant la théorie de l'abus du droit, veulent l'exclure du domaine de la responsabilité civile, et notamment du champ d'application de l'art. 1382, et ceux qui nient purement et simplement cette théorie.

Notons encore que par sa théorie de l'équilibre des intérêts, M. Bosc simplifie considérablement le problème ardu de l'exercice du droit de propriété, où les notions d'exercice excessif et d'exercice abusif sont particulièrement délicates. « Par suite des relations de la vie, il s'établit entre voisins tout un mode de vie, fait de devoirs réciproques. » Toute rupture d'équilibre apportée à ce mode de vie, soit par intention malicieuse, soit par un exercice anormal du droit, peut engendrer l'obligation à réparation, car dès qu'il n'y a plus exercice normal du droit, il y a faute du voisin.

¹ Voir DUFFAUD-LAGAROSSE : *Du droit aux dommages-intérêts dans le louage de services à durée indéterminée, d'après la loi du 27 décembre 1890*, dans *Revue critique* 1899, p. 479 et suiv.

² LAROMBIÈRE : *Théorie des obligations*, Tome V, p. 693. SAUZET : *Etude sur le nouvel article 1780 C. C.*

³ TARDE : *Les transformations du droit*, p. 134.

Quant aux méthodes à employer, et aux critères pratiquement utilisables pour apprécier cet équilibre des intérêts, M. Bosc ne fait que les indiquer d'un mot en parlant d'« équité » et de la notion du « bon père de famille. » Nous aurons l'occasion de revenir plus loin sur cette question délicate, de première importance, si l'on veut admettre une semblable théorie.

Théorie de M. Ripert.

On peut rapprocher la formule de M. Bosc de celle de M. Ripert¹ dans son étude de « *L'exercice du droit de propriété* », où il aboutit à la formule suivante : « Est responsable le propriétaire qui n'exerce pas son droit dans les conditions normales. »

Reprenant cette étude dans un article de la *Revue critique de législation*, le même auteur arrive en substance aux conclusions suivantes :

1. L'acte qui dépasse les limites objectives assignées par la loi au titulaire d'un droit est un acte illicite, qui peut être l'objet de mesures préventives ou éventuellement d'une réparation en nature.

2. L'acte compris dans les limites légales engage néanmoins la responsabilité pécuniaire de son auteur, lorsque celui-ci n'a pas agi suivant les circonstances normales de son époque et de son milieu.

3. L'acte normal en apparence, mais qui est accompli sans but utile et avec intention de nuire, doit être considéré comme un acte anormal et engage la responsabilité pécuniaire de son auteur, malgré sa légalité objective. Cet acte doit-il être considéré comme illicite ? L'auteur ne le dit pas formellement, mais il semble bien que c'est son idée, car un acte anormal est contraire à la règle de droit.

A propos de cette théorie, mentionnons encore un autre auteur qui semble admettre, sans toutefois prendre nettement position sur ce point, que l'exercice abusif d'un droit est à proprement parler illicite. Nous voulons parler de M. Charmont.² Dans un article de la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, à propos de l'affaire Ressayier c. Jaurès, il montre la transformation opérée dans

¹ GEORGES RIPERT : *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*. Voir aussi G. RIPERT : *L'exercice des droits et la responsabilité civile*, dans *Revue critique de législation* 1906, p. 353.

² J. CHARMONT : *Revue critique de législation* 1898, vol. 47, p. 129 et suiv., notamment 138 et suiv., et du même auteur dans *Revue trimestrielle de droit civil* 1902, p. 113, un article où M. Charmont reprend la question en élargissant un peu son critère.

le droit par le mouvement social contemporain et en trouve une manifestation directe dans les conséquences de la thèse, « selon laquelle on doit tenir pour illicite l'abus du droit. » L'acte pour donner lieu à réparation en vertu de l'art. 1382 doit être illicite ; en matière d'exercice des droits, il faut pour cela qu'on ait « non pas usé, mais abusé de son droit. Et cet abus suivant l'interprétation que nous connaissons, suppose une intention malveillante, le désir de nuire à autrui. » Ainsi M. Charmont voit dans l'abus du droit un acte illicite, contraire au droit. Au surplus, désirant limiter strictement la portée de la théorie nouvelle qui présente certains dangers, il admet comme seul critère de l'abus l'intention de nuire. Pour lui, comme pour MM. Bosc et Ripert, c'est donc bien l'art. 1382 qui est directement applicable, avec toutes ses conséquences, en matière d'abus du droit.

Notons encore un point commun aux théories de MM. Bosc, Ripert et Charmont : tous les trois voient dans la notion de l'abus du droit une ingérence de la morale dans le droit. Ils montrent que certaines doctrines morales se sont introduites par là dans le droit, et sont devenues des principes juridiques protégés par la loi. « Les frontières toujours provisoires, à l'aide desquelles on prétend séparer la charité, la justice et la loi se sont une fois de plus déplacées... »¹, la barrière entre le droit et la morale n'étant ni fixe ni infranchissable.

Nous ne partageons pas les idées de ces auteurs sur les rapports entre le droit et la morale, mais il n'était pas sans intérêt de signaler leur accord sur ce point ; car ce sont précisément les seuls qui considèrent l'acte abusif caractérisé par la seule intention de nuire comme illicite.

Avant de terminer notre étude de la doctrine des partisans de la théorie de l'abus du droit, signalons encore une opinion commune à plusieurs auteurs, exposée pour la première fois systématiquement par M. Laparrie². Cet auteur estime qu'il faut distinguer entre le but d'un droit, d'une part, et les motifs ou les mobiles de l'exercice de ce droit, d'autre part. « Un droit ne se sépare pas de son but ; ses limites ne sauraient être déterminées que par sa finalité sociale... Les mobiles et les motifs sont extérieurs à l'acte et résident chez l'agent.

¹ CHARMONT : *L'abus du droit* dans *Revue trimestrielle de droit civil* 1902, p. 121.

² ETIENNE LAPARRIE : *La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir*.

Ils sont étrangers absolument au but, à la fin objective recherchée immédiatement... par l'acte du titulaire du droit » (p. 8 et 9). En matière d'abus du droit, la légalité objective est respectée; c'est la pensée intime, génératrice de l'acte, le motif qui suffit à vicier l'acte tout entier. Partant de là, l'auteur opère un rapprochement entre l'excès commis par un fonctionnaire et l'acte accompli sans droit d'une part, entre le détournement de pouvoir et l'abus du droit d'autre part.

L'acte accompli en excédant le sens d'un pouvoir administratif ou le but d'un droit, crée une situation d'incompétence pour le fonctionnaire et une violation de la loi pour le particulier. Quant au détournement de pouvoir et à l'abus du droit, ils se distinguent l'un et l'autre par les motifs incorrects qui les ont dictés. « Pour l'un comme pour l'autre, il s'agit de limiter par des considérations de devoirs les pouvoirs et les droits ».

Cette comparaison, ingénieuse à première vue, esquissée par nombre d'auteurs¹ avant M. Laparre, ne nous semble nullement probante. Il suffira d'observer, pour en montrer la faiblesse, que les pouvoirs des fonctionnaires sont étroitement délimités par des règlements, qui en donnent en même temps toute l'étendue². Au-delà de ces limites le fonctionnaire commet une faute, il n'exerce plus ses pouvoirs. En matière d'exercice des droits privés au contraire, les limites sont essentiellement variables et le but lui-même qui a présidé à la délimitation d'un droit se transforme et varie suivant des conceptions sociales et économiques qui échappent à une réglementation précise.

Nous avons ainsi étudié la doctrine des principaux partisans de l'abus du droit. D'une manière générale, tous admettent que l'abus est caractérisé par une intention, par un état d'âme de l'auteur de l'acte dommageable; c'est l'analyse des motifs de cet acte qui permet de déclarer s'il y a abus du droit ou non.

Pour presque tous ces auteurs, le vrai critère de l'abus, c'est le détournement du droit de son but économique et social; un acte qui n'est pas dicté par un motif légitime est présumé contrevenir au

¹ Voir notamment JANNGT, *op. cit.* p. 86 et suiv.

² Au surplus, cette comparaison nous semble inutile et n'éclaire en rien le problème de l'abus de droit, ainsi que le fait remarquer M. DOBROVICI, *op. cit.* p. 151.

but du droit (MM. Jossierand, Charmont, Ripert). Quelques-uns pourtant estiment que ce critère est trop large et ouvre la porte à l'arbitraire ; ils admettent que seule l'intention de nuire peut servir à démarquer l'abus du droit (M. Saleilles dans son rapport).

A un autre point de vue, nous avons relevé, entre les auteurs, des différences essentielles en ce qui concerne la qualification juridique de l'acte abusif. Tandis que MM. Saleilles et Jossierand, se plaçant sur le terrain de la théorie subjective de la responsabilité, estiment que l'acte abusif n'est pas illicite et ne tombe pas sous le coup de l'art. 1382, d'autres au contraire (MM. Bosc, Ripert), sont d'avis que l'abus constitue une véritable faute, qu'il est illicite et que les actes dommageables par suite d'abus du droit doivent rentrer dans le champ d'application de l'article précité.

Nous ne prendrons pas encore définitivement parti entre ces deux théories qu'il conviendra de discuter systématiquement plus loin, lorsque nous dégagerons nos conclusions personnelles de cette étude.

B. Les adversaires de la théorie de l'abus du droit en France.

Théorie de M. Planiol ¹.

M. Planiol est le principal et le plus irréductible adversaire de la théorie de l'abus du droit. Il part de ce principe que la faute seule déterminant un acte contraire au droit, il en résulte que celui qui a le droit de commettre tel ou tel acte ou de s'en abstenir, n'est pas en faute s'il l'a accompli ou s'il l'a omis. C'est le point de vue romain : *qui suo jure utitur neminem laedit*. Dès lors, c'est pour M. Planiol une véritable logomachie que de parler de l'usage abusif d'un droit. En effet, « si j'use de mon droit, mon acte est licite, et quand il est illicite, c'est que je dépasse mon droit et que j'agis sans droit » (p. 284). Ainsi, l'abus du droit ne caractérise pas « une catégorie juridique distincte de l'acte illicite ». C'est en ce sens que M. Planiol rejette entièrement comme non fondée la théorie de l'abus du droit. Il constate que la plupart des droits sont limités dans leur étendue et soumis pour leur exercice à des conditions. Mais quand on dépasse ces limites ou qu'on viole ces conditions, il n'y a plus usage d'un droit, puisque celui-ci est dépassé.

¹ PLANIOL : *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 2, p. 283 et suiv.

Examinant ensuite le critère de l'intention de nuire qui, d'après les partisans de la théorie adverse, suffit à vicier l'usage normal d'un droit, M. Planiol constate que toute action et tout travail sont un fait de concurrence économique ou sociale. Cette concurrence a précisément pour but de nuire à autrui, afin de sauvegarder sa propre situation. Et il est inexact de prétendre qu'il s'agit ici de la lésion d'intérêts seulement, et non pas de droits, car on ne peut trouver un critère objectif pour distinguer entre les deux, « le droit étant un intérêt auquel la loi défend de porter atteinte » (p. 285). Pour accorder ou refuser sa protection, la loi ne se fonde pas sur l'intention qui préside aux actes, mais sur des motifs d'opportunité tirés des faits. Ici on peut arrêter M. Planiol, et c'est même la principale objection que nous ayons à lui adresser, en observant que si l'intention ne constitue pas le critère déterminant du caractère licite ou illicite d'un acte, elle intervient tout au moins comme l'un des éléments d'appréciation de la valeur sociale de l'acte dommageable. Et quand M. Planiol dit que la faute consiste à faire ce qu'on ne doit pas ou à ne pas faire ce qu'on doit, il est facile de rétorquer que l'acte dommageable qui précisément a pour seul motif, ou pour seul but, selon le point de vue auquel on se place, de nuire à autrui, est un acte que l'on ne doit pas faire juridiquement parlant.

En réalité, il faudrait dire pour rester dans la logique de la théorie de M. Planiol, que les droits sont limités et qu'« ils ne sont donnés à l'individu que pour l'avantage économique de la société »; tout acte qui n'est pas conforme à cet avantage économique, doit être réprimé. Cette formule objective indiquée par M. Planiol lui-même, paraît très acceptable, et il déclare en ce sens que « si l'acte dommageable pour autrui et inutile pour son propriétaire est ordinairement inspiré par une idée méchante, il n'y a là qu'une pure coïncidence... le droit à l'indemnité serait le même si cet acte était l'œuvre d'un imbécile ou d'un maniaque », qui n'a pas eu l'intention de nuire; car il reste contraire à l'avantage économique de la société (p. 288 note 1).

La critique de M. Planiol, qui rejette l'abus du droit, ne s'adresse donc pas à la théorie de l'abus du droit, mais au contraire la détermine mieux et en précise la portée.

Théorie de M. Esmein 1.

M. Esmein représente parmi les adversaires de l'abus du droit, ce-

¹ ESMÉIN : Note sous affaire Ressaygue, contre Jaurès. Cass. req. 29 juin 1897. *Sirey* 1898 I. 17.

lui qui s'en tient strictement au point de vue traditionnel de la responsabilité. Pour lui, la notion de la Cour de cassation n'est pas acceptable juridiquement. « La faute prévue par l'art. 1382 ne peut être qu'un acte illicite, et l'exercice d'un droit, dans les limites que la loi lui a tracées, ne saurait être illicite, quelle que soit l'intention de celui qui l'exerce. En entrant ainsi dans la recherche des intentions, en professant qu'un droit malicieusement exercé, quoique sans aucune intention dolosive, peut donner lieu à des dommages-intérêts, on substitue, nous le craignons, la faute morale à la faute juridique, et on transforme nos juges en censeurs ». Cet auteur relève donc fort bien une des conséquences les plus critiquables de la doctrine de l'abus du droit, dès qu'elle veut se tenir sur le terrain de la responsabilité de l'art. 1382, à savoir la conclusion créée entre le droit et la morale. Cette conséquence, nous l'avons vu, est acceptée par les auteurs qui voient une faute dans l'acte exercé avec intention de nuire ; c'est notamment le point de vue de MM. Ripert, Charmont et Bosc ; nous ne saurions suivre pour l'instant ces auteurs sur un terrain aussi incertain.

M. Esmein admet donc que chaque droit individuel est absolu, tant qu'il ne sort pas de sa sphère propre, et son exercice ne donne lieu à aucun dommage-intérêt, alors même que cet exercice serait malicieux ; par contre, il n'en est plus de même, lorsque ce droit « sert d'instrument pour violer ou entraver chez autrui le libre exercice d'un droit individuel, également légitime et reconnu ». Dans ce cas, cet exercice du droit ne constitue plus un acte licite et engendre la responsabilité. Ainsi, des grévistes qui cherchent par leurs railleries ou leurs calomnies à détourner de nouveaux ouvriers de s'engager chez leur patron ou qui s'efforcent d'obtenir des désembauchages font de la liberté de la parole ou de la presse un usage qui porte directement atteinte au droit au travail. Ils commettent donc un acte illicite et une faute au sens de l'art. 1382.

M. Esmein estime que cette théorie repose sur une base juridique solide, qu'elle aboutira en pratique à peu près aux mêmes solutions que celle de l'abus du droit et qu'elle présente l'avantage d'exclure l'arbitraire. Il se place ainsi nettement sur le terrain de l'acte illicite et il n'y a plus à distinguer, en fait, entre l'acte qui est l'exercice de la liberté générale et celui qui constitue l'exercice d'un droit.

Le plus grave inconvénient de cette théorie, c'est qu'elle laisse sans protection les intérêts du lésé qui ne sont pas des droits, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas protégés juridiquement.

Théorie de M. Dobrovici ¹.

Cet auteur a écrit une monographie très intéressante, caractéristique en ce sens qu'il rejette délibérément les théories de MM. Saleilles et Jossierand. Il admet en effet, que dans tous les cas d'abus du droit, il y a en réalité excès de droit ; « car le droit cesse où l'abus commence », selon la formule de M. Planiol. Il rejette aussi le critère de l'intention de nuire qui ne peut être à lui seul générateur de responsabilité. Ce qui engendre, à ses yeux, le caractère illicite des actes qualifiés abusifs par les partisans de la doctrine que nous étudions, c'est le détournement du droit de son but légal. « En somme la théorie de l'abus ne fait qu'accepter l'idée d'évolution du droit vers une conception plus sociale des droits, imposée par l'idée moderne de solidarité, qui repousse l'ancienne conception fautive d'un droit individualiste et absolu qu'on se faisait au XVIII^{me} siècle » (p. 159). En fait, M. Dobrovici se rattache nettement à la doctrine de M. Planiol ² : les textes légaux sont impuissants à fixer la limite de tous les droits ; d'autre part celui qui dépasse les limites de son droit agit sans droit, qu'il s'agisse de droits définis ou de l'exercice de l'activité humaine générale. Il y a un principe juridique sous-jacent à la légalité qui nous oblige d'exercer un droit socialement, conformément à sa moralité collective et à son but, et c'est le but poursuivi par l'auteur de l'acte qui donne la mesure de sa légalité. Dès lors, la théorie de l'abus du droit est inutile, puisque c'est sortir de son droit et commettre une faute que de l'exercer contrairement à sa destination économique. « La théorie de l'abus du droit ainsi comprise apparaît comme destinée à assouplir, à moraliser le droit, parce qu'elle déplace les frontières toujours provisoires qu'on a prétendu établir entre la morale et la loi » (p. 161).

On voit que M. Dobrovici n'échappe pas aux reproches que nous adressions à tous les auteurs partisans du caractère illicite de l'acte abusif. Pour lui aussi, l'évolution constante du droit entraîne une pénétration réciproque du domaine du droit et de celui de la morale et c'est lorsqu'une obligation morale est acceptée par les mœurs d'une époque, qu'apparaît la nécessité de lui donner une sanction et de l'incorporer au domaine du droit.

Nous ne pouvons accepter cette opinion sur les relations entre

¹ CONSTANTIN DOBROVICI : *De l'abus de droit*.

² Pour lui comme pour nous (*Op. § 1*) c'est la conception sociale du droit apparue à la fin du XIX^{me} siècle qui a créé le problème de l'abus du droit.

le droit et la morale et il nous suffira pour en montrer le point faible de signaler que l'absence de sanction n'est que l'une des caractéristiques de la morale, mais qu'en réalité celle-ci se distingue du droit par son essence même, ainsi que nous l'avons fait voir plus haut. Notons encore que M. Dobrovici n'admet pas qu'il puisse y avoir dans le système français une responsabilité sans faute. Examinant à ce sujet la théorie de la responsabilité objective, et notamment la théorie du risque, il la repousse dans ses conclusions extrêmes, et il pense avec M. Planiol que cette responsabilité est fondée sur une faute présumée; il y a faute de la part du titulaire d'un droit quand il commet un acte préjudiciable qui sort des conditions habituelles de ce droit. Cette théorie doit être d'ailleurs soigneusement distinguée de celle de l'abus.

En résumé, M. Dobrovici croit que le terrain de l'art. 1382 est une base suffisante au développement de la théorie de la responsabilité, même sous ses aspects les plus modernes, créés par l'évolution des lois sociales.

Théorie de M. Desserteaux. ¹

Avec cet auteur apparaît dans la doctrine française une nouvelle conception du problème que nous étudions. M. Desserteaux rejette l'un et l'autre des deux principaux critères admis, intention de nuire, défaut d'intérêt d'une part, détournement du but économique et social, exercice anormal d'autre part; il rejette également le point de vue de M. Planiol. Toutes ces théories encourent selon lui le même reproche « celui de limiter arbitrairement les droits positifs consacrés par le législateur, sans qu'un principe juridique l'autorise » (p. 121). Or si l'abus du droit est concevable, il faut en trouver un critérium qui ne conduise pas à un conflit avec les textes.

M. Desserteaux dénonce spécialement le critère de l'intention de nuire comme fort dangereux, « car alors précisément que la doctrine et la jurisprudence tendent à écarter les recherches psychologiques en matière de responsabilité délictuelle simple, il ressuscite les recherches de ce genre en matière d'exercice d'un droit, ce qui est beaucoup plus vexatoire. Il rend en pratique la théorie de l'abus de droit illusoire ou très rigoureuse. » De même, le critère du détournement du but social est d'une application difficile et ne s'adapte pas à tous les cas. On ne peut que souscrire à ces critiques.

Pour résoudre le problème, M. Desserteaux propose une nouvelle

¹ MARG DESSERTAUX : *Abus de droit ou conflit de droits.*

théorie, qui se rapproche beaucoup de la solution préconisée par M. Esmein et que semblent aussi avoir pressentie MM. Charles Blondel et Génv¹. Elle se rattache à une conception nouvelle de tout le problème de la responsabilité, conception adoptée par le droit suisse sous le nom de théorie objective de l'acte illicite². M. Desserteaux l'appelle la théorie du « conflit de droits ». Il montre qu'il y a une place pour l'acte abusif entre l'acte licite et l'acte illicite ; « l'acte licite est celui qui est accompli dans l'exercice d'un droit et qui ne lèse aucun droit, l'acte illicite est celui qui n'est pas accompli dans l'exercice d'un droit et qui lèse un droit ; l'acte abusif est celui qui est accompli dans l'exercice d'un droit et qui lèse un droit » (p. 124). Cette théorie a l'avantage de limiter l'arbitraire du juge ; la responsabilité ne pourra plus être engagée au gré de l'appréciation du tribunal seulement, mais dans les seuls cas où le juge se trouvera en présence d'un droit qui a été lésé par l'exercice d'un autre droit.

Il n'y aura qu'à rechercher lequel des deux intérêts juridiques doit fléchir devant l'autre, ce qui ne dépasse pas les moyens d'une saine méthode juridique³.

M. Desserteaux n'admet donc pas de responsabilité lorsqu'un acte, même accompli dans l'intention de nuire, prive quelqu'un d'un simple avantage. Il prévient le reproche qu'on pourrait lui faire de méconnaître le principe que la fraude, le dol, vicie tous les actes qu'ils entachent. En réalité, la fraude est un artifice par lequel on cherche à se soustraire à une *obligation légale* ou à atteindre un résultat prohibé par la loi ; or, l'acte accompli avec l'intention de nuire, mais qui prive quelqu'un d'un simple avantage occasionnel « ne tend à la violation d'aucune obligation légale », puisque le *droit d'autrui* est respecté. Comme on le voit, la théorie de M. Desserteaux, si elle étend bien la portée du caractère illicite d'un acte dans le

¹ CH. BLONDEL : Note sous Cass. civ. 11 novembre 1896, *Sirey* 1897. I. 273, GÉNV : *Méthode d'interprétation*, p. 543.

² Cf. l'opinion exprimée par M. NAQUET, dans une note jurisprudentielle sous Aix, 21 décembre 1910 (*Sirey* 1912. II. 99) : « L'abus du droit peut se produire, ... indépendamment de l'intention de nuire, par l'exercice même d'un droit légitime, s'il y a empiètement sur le droit d'autrui, si la limite entre des droits rivaux se trouve franchie. »

³ En ce sens M. GÉNV : « C'est en scrutant le but économique et social d'un droit et en comparant son importance à celui des intérêts qu'il contrarie qu'on pourra découvrir la mesure, juste et vraie, de ce droit individuel ». GÉNV, *Méthode* p. 544.

sens de l'acceptation de la théorie objective, conduit d'autre part à restreindre le champ de la maxime : *Neminem laedit qui suo jure utitur* aux cas où le droit n'atteint que des intérêts (p. 133). Elle n'échappe donc pas au reproche que nous avons adressé déjà à la théorie de M. Esmein, de laisser de côté précisément une foule d'intérêts vitaux, par le simple fait qu'ils ne sont pas protégés par la loi. Toutefois, en l'état actuel de la législation française cette doctrine paraît bien être la plus respectueuse du texte légal et de la doctrine de la responsabilité fondée sur l'art. 1382.

Théorie de M. Roussel².

À mesure que la doctrine de l'abus du droit se développe, il semble qu'on se rende mieux compte qu'elle manque de base légale en France, et qu'elle ne saurait être admise dans sa forme primitive. Les auteurs, après s'être grisés des formules nouvelles, et avoir été emportés en quelque sorte par le mirage des mots, en reviennent à une conception plus juste et plus rationnelle des valeurs juridiques. L'extension prise par la théorie du risque n'est pas étrangère non plus au succès primitif de celle de l'abus du droit. Quoi qu'il en soit, au fur et à mesure qu'on approfondit l'étude de cette notion, l'enthousiasme qu'elle avait suscité s'affaiblit et disparaît. Déjà la thèse de M. Dobrovici rejetait nettement les conceptions préconisées par MM. Saleilles et Josserand, au début du siècle ; celle de M. Roussel, la dernière en date des monographies que nous avons étudiées, est plus catégorique encore.

L'auteur, après avoir repoussé, au moyen d'arguments solides, le critère subjectif de l'intention de nuire, montre que les deux autres critères proposés, l'absence d'intérêt et le détournement du droit de son but social, n'ont pas plus de valeur. « Les théoriciens de l'abus du droit, dit-il³, ont si bien éprouvé l'impossibilité de leur idéal,

¹ Il faut reconnaître que cette méthode est d'une application extrêmement délicate, notamment dans l'appréciation des droits qui entrent en conflit. Il s'agit de soupeser des intérêts contradictoires en l'absence de toute disposition du droit formel. De pareilles doctrines, poussées trop loin, « ruinent au profit de l'arbitraire toute l'œuvre juridique » (Roussel). Il suffira pour prouver la réalité de ce danger de citer ce passage de M. E. Naquet sous Aix 21 décembre 1910 (*Sirey* 1912. II. 97) : « Si le préjudice est considérable pour d'autres, et si, en même temps, le bénéfice est insignifiant pour moi, il y aura abus de ma part à aller jusqu'au bout de mon droit. » Ne menace-t-on pas par une doctrine semblable tout l'édifice du droit ?

² PIERRE ROUSSEL : *L'abus du droit*.

³ ROUSSEL, *op. cit.* p. 116.

qu'ils n'ont jamais expliqué la formule énigmatique de la « fin antisociale » ou défini pour chaque droit le but hors duquel il est légalement exercé. »

Construisant ensuite sa doctrine personnelle, M. Roussel croit qu'on a voulu faire à tort une différence entre actes abusifs et actes accomplis sans droit.

Les droits ne sont en réalité que des facultés d'accomplir tels ou tels actes au préjudice de la liberté ou des intérêts d'autrui ; ce qui est limité en eux, ce sont des activités ou manières d'être, qui en constituent l'exercice, et ce qui les limite, ce sont les facultés concurrentes d'autrui. « Qu'il ne soit pas compris dans la définition de tel droit ou qu'il soit exercé dans une circonstance où tel droit n'existe pas, l'acte est toujours accompli sans droit ». Les cas signalés d'abus du droit ne sont que des actes accomplis sans droit. Si le doute est permis, c'est seulement parce que les limites réelles du droit en question ne sont pas suffisamment définies par lui et qu'alors, « les hommes croient encore agir selon leurs droits extrêmes au moment où ils sont déjà en pleine injustice ». Celui qui exerce son droit dans l'unique intention de nuire paraît être dans la légalité, mais en réalité il a contre lui le droit en général, ce que M. Hauriou appelle « les principes du commerce juridique, qui sont sous-jacents à la légalité »¹. Dès lors les actes abusifs sont des actes illicites qui rentrent dans la catégorie générale des actes accomplis sans droit, sans qu'il soit nécessaire d'édifier pour eux une théorie spéciale.

M. Roussel insiste en particulier sur la nécessité de ne pas confondre le droit et la morale, ainsi que l'ont fait plusieurs auteurs dans le désir de donner une base légale à l'abus du droit. Il conclut son étude remarquable par ces lignes : « Ainsi cette théorie (celle de l'abus du droit) nous apparaît comme une erreur de méthode et comme une exaltation de la pensée. Il est urgent de dénoncer en elle la création négative d'abus qui confond la faute avec le droit où elle se dissimule » (p. 176).

Théorie de M. Salanson².

Nous pourrions examiner encore beaucoup d'autres opinions d'auteurs également adversaires de la théorie de l'abus du droit ; mais il nous paraît inutile d'allonger ce tableau de la doctrine française en cette matière.

¹ HAURIOU : Note sous Conseil d'Etat, 27 février 1903, *Sirey* 1905. III. 19.

² LOUIS SALANSON : *De l'abus du droit*.

Sans nous arrêter à la théorie de M. E. Lévy¹, fort originale, qui propose comme critère de la responsabilité « la confiance légitime trompée » et aux considérations de M. de Loynes à propos d'un arrêt de la Cour de cassation civile du 5 juillet 1911², nous consacrerons encore, en terminant, quelques lignes à M. Salanson, lequel occupe une place à part parmi les auteurs qui rejettent l'abus du droit.

M. Salanson n'admet pas d'antagonisme entre l'art. 1382 et la théorie de l'abus du droit. La doctrine de la faute en matière de responsabilité est, pour lui, seule conforme à l'esprit du Code. D'autre part, sous sa forme actuelle, le Code est insuffisant ; sa révision est donc le seul moyen de le mettre en harmonie avec les tendances nouvelles, soit en matière d'abus du droit, soit en matière de responsabilité causale.

M. Salanson pose donc les deux principes suivants :

1. La théorie subjective de la faute doit être maintenue comme théorie générale, mais modifiée par un certain nombre de dispositions précises tempérant la vieille règle : « *qui suo jure utitur neminem laedit* ».

2. La théorie objective peut être acceptée et consacrée par des dispositions ajoutées au Code à titre d'exception. Il ne s'agit pas, selon M. Salanson, de refondre tout le chapitre de la responsabilité, mais d'ajouter dans les diverses matières où cela est nécessaire des dispositions instituant la responsabilité causale. C'est le point de vue adopté par notre CO., tandis qu'en matière d'abus du droit nous avons émis une règle générale (CCS. art. 2). M. Salanson critique l'adoption d'une formule de ce genre parce qu'elle laisserait trop de pouvoir au juge : « *Optima lex quae minime judicis arbitrio relinquit, optimus judex qui minime sibi* » (Bacon).

G. Conclusion au sujet de la doctrine française.

L'examen de la doctrine française prouve à l'évidence combien le problème de l'abus du droit a préoccupé les auteurs depuis une vingtaine d'années ; encore notre analyse est-elle fort incomplète, et

¹ EMMANUEL LÉVY : *Capital et travail*, p. 29 et *Responsabilité et contrat*, dans *Revue critique* 1899, p. 373.

² DE LOYNES, professeur honoraire à Bordeaux : Note sous Cass. civ. 5 juillet 1911, *Dalloz* 1912. I. 513.

pourrions-nous ajouter un grand nombre de noms à ceux cités déjà. On trouvera dans la bibliographie qui figure en tête de ce travail les noms des auteurs qui ont encore étudié la théorie de l'abus du droit, mais dont nous avons jugé inutile de reproduire ici la pensée, puisqu'aussi bien notre but n'était pas d'exposer toute la doctrine française, mais d'y chercher les éléments nécessaires pour présenter le problème de l'abus sous son aspect varié et très complexe. L'attitude adoptée par les auteurs français à l'égard de l'abus du droit peut se caractériser différemment, suivant qu'on les classe d'après leur conception du problème lui-même ou d'après le critère qu'ils adoptent.

Parmi les partisans de l'abus du droit, les uns veulent édifier une théorie spéciale échappant au domaine de l'art. 1382; ils cherchent par là à éviter le reproche d'illogisme adressé à cette notion, en particulier par MM. Planiol et Esmein. Ce point de vue est représenté notamment par MM. Saleilles, Josserand et Porcherot.

D'autres, au contraire, pour qui l'abus du droit se caractérise également par les mobiles subjectifs de l'auteur du dommage, y voient un acte *analogue* à l'acte illicite accompli sans droit, et font par ce moyen rentrer la théorie de l'abus dans celle de la responsabilité en général. Mais ces auteurs persistent à n'envisager cette responsabilité que sous la forme de la théorie subjective du caractère illicite, où l'on est responsable parce qu'on agit sans droit, ou qu'on dépasse les limites de la liberté générale. Les principaux partisans de cette théorie sont MM. Bosc, Jannot et Paul-Boncour.

Enfin, certains juristes français n'admettent pas qu'on puisse parler d'abus du droit, ou plutôt estiment que les actes ainsi dénommés sont en réalité des excès de droit : celui qui a causé un dommage abusif a déjà dépassé les limites du droit objectif, et tombe ainsi directement sous le coup de l'art. 1382. Ces auteurs élargissent ainsi singulièrement le cadre de cet article et envisagent qu'il y a faute, non seulement quand on agit sans droit (théorie subjective de l'acte illicite), mais déjà lorsqu'on porte atteinte à un droit d'autrui, en commettant une faute dans l'exercice de son propre droit. Ils préconisent ainsi l'adoption d'une théorie objective mitigée de la responsabilité, qui paraît compatible avec la pensée du législateur. Les représentants de cette théorie sont notamment MM. Planiol, Dobrovici et Roussel.

Il faut faire une place à part à MM. Esmein, Desserteaux et Salanson, qui non seulement rejettent la notion même de l'abus du droit,

mais se placent résolument sur le terrain de la théorie objective de l'acte illicite, suffisante d'après eux pour résoudre tous les cas de responsabilité civile. Cette opinion est assez séduisante, bien que difficilement soutenable en la forme actuelle de l'art. 1382; c'est sans doute pourquoi M. Salanson préconise une révision de la loi à cet égard.

En se plaçant à un autre point de vue, on constate que les auteurs adoptent des attitudes fort différentes en ce qui concerne les éléments caractéristiques de l'abus du droit. Le critère le plus généralement admis est celui de l'intention de nuire. Nous aurons l'occasion de revenir plus loin sur les questions délicates qu'il soulève; bornons-nous à remarquer d'emblée qu'il nous paraît inefficace, en théorie tout au moins, pour caractériser à lui seul l'abus du droit. Indépendamment de la difficulté qu'il peut y avoir à scruter une intention, on fait remarquer fort justement que « la malice du dessein n'est jamais un élément indispensable de la faute ¹ ». En réalité la responsabilité ne découle pas de l'intention de nuire, mais dans plusieurs cas, cette intention apparaît seulement comme l'une des modalités des éléments caractéristiques de l'acte abusif.

C'est ce qu'ont bien vu certains auteurs; ils rejettent le critère de l'intention de nuire comme insuffisant, parce que cette intention peut être contenue dans l'exercice d'un droit sans en altérer la légitimité; ce sera le cas, par exemple, lorsque l'agent conserve un intérêt à cet exercice. Ces auteurs déclarent donc que l'abus se rencontre seulement lorsque l'intention de nuire est le *mobile exclusif* de l'acte; en d'autres termes, lorsque cet acte n'a pas d'autre but que de nuire et ne peut s'expliquer par *aucun intérêt appréciable* ², « l'intention de nuire n'est décisive que parce qu'elle révèle l'absence d'un intérêt sérieux et légitime » (formule de M. Josserand). Ce dernier critère ne peut guère être accepté non plus, à cause de son application difficile: il est presque impossible à un juge d'apprécier si un acte n'apporte à son auteur aucun avantage appréciable. Ces deux premiers moyens de caractériser l'abus présentent de plus l'inconvénient de faire intervenir des éléments purement psychologiques, des motifs, des intentions.

Enfin, le troisième critère proposé, c'est que tout exercice d'un droit doit avoir un motif légitime et être conforme à la finalité du

¹ ROUSSEL *op. cit.* p. 95.

² Formule de M. Saleilles; comparez B. G. B. § 226.

droit en question. Ce critère est notamment celui que M. Josserand adopte dans la dernière en date de ses études. C'est celui aussi de M. Porcherot, qui parle de « poursuivre un but conforme à la destination sociale et économique du droit ». ¹

Ce critère, sous la forme où il est présenté par ces auteurs, n'est pas entièrement satisfaisant. Nous aurons à y revenir plus loin et à essayer de le poser sur son véritable terrain. En tout cas, il a ce grand défaut d'être trop vague, car il est très difficile de préciser ce qu'il faut entendre par la « fin antisociale d'un droit ».

En dernière analyse, et comme nous l'avons fait remarquer déjà, la doctrine française semble incliner de plus en plus, dans ces dernières années, à considérer l'abus du droit comme une véritable faute au sens général d'acte illicite et imputable. Il en résulte que les éléments caractéristiques de l'abus seront les mêmes que ceux de la faute en général. C'est également l'opinion qui prévaut dans certains milieux parlementaires. Nous en trouvons la trace dans un débat du Sénat français à propos de la loi du 16 novembre 1912, sur la recherche en paternité. Il était question des abus qu'elle pourra provoquer et l'auteur d'un amendement disait entre autres : « L'abus constitue... une faute et le tribunal pourra condamner le demandeur à raison de cet abus, à des dommages-intérêts. » ²

III. LA JURISPRUDENCE.

La théorie de l'abus du droit est en France une création de la jurisprudence. Dès le milieu du XIX^e siècle, les tribunaux français ont admis dans leur grande majorité, qu'on était responsable lorsqu'on abusait de son droit; la Cour de cassation a, la plupart du temps, ratifié ce point de vue. Il s'est donc produit à un moment donné un véritable désaccord entre la jurisprudence et la doctrine en cours, celle de la responsabilité classique. De nos jours encore, nous l'avons vu, l'accord est loin d'être fait en doctrine, tandis que la jurisprudence, bien que très touffue, et souvent fort variable, notamment sur la question du critère à adopter, admet d'une manière générale la théorie de l'abus du droit. C'est ce désaccord qui fait dire

¹ Voir aussi, REYNAUD : *L'abus du droit*, p. 50 et suiv.

² *Journal officiel*, 9 novembre 1912. Débats parlementaires, Sénat, p. 1837.

à M. Josserand « que l'on voit s'affirmer, sur cette question vitale, la scission fâcheuse qui s'est établie et accentuée pendant presque toute la durée du dix-neuvième siècle, entre l'Ecole et le Palais, la première enseignant un droit alors que le second en appliquait et parfois en créait un autre très différent. »¹

Une étude complète de la jurisprudence française en matière d'abus du droit présenterait un grand intérêt, à cause de la variété et de la multiplicité des tendances qui s'y font jour. Toutes contribuent à éclairer quelque peu le problème ; mais, une telle étude ne nous apporterait aucune solution vraiment nouvelle, la doctrine, déjà étudiée longuement, ayant en cette matière, suivi la jurisprudence. Le court aperçu que nous allons donner, a surtout pour but de faire voir la variété des cas d'application de la théorie de l'abus du droit, qui, en pratique comme en théorie, touche à tous les domaines du droit.

La jurisprudence du commencement du XIX^e siècle s'en est tenue à la doctrine classique de l'art 1382, exposée maintes fois déjà : celui qui commet une faute dans l'exercice de sa liberté, en est responsable lorsqu'il cause un dommage à autrui ; par contre l'exercice d'un droit défini ne constitue jamais une faute. Ce caractère absolu des droits individuels a triomphé pendant longtemps, parce qu'il était l'expression même des théories libérales, proclamées par le XVIII^e siècle et la Révolution. Une des premières atteintes à ce principe, sous l'empire du Code civil, s'est manifestée à l'occasion du droit le plus intangible, celui de propriété ; elle paraît remonter à un arrêt de la Cour de Cassation du 11 juillet 1826 (Sirey 1826. I. 389). Cet arrêt déclare à propos d'exhalaisons de fabriques de produits chimiques, qui étaient nuisibles aux propriétés voisines, que les quasi-délits commis par les fabricants ne résident pas « dans l'établissement autorisé de leurs fabriques, mais dans la manière abusive de les exploiter au préjudice du sieur Bourguignon. » Dès lors, les arrêts limitant l'exercice des droits et admettant qu'on peut abuser d'un droit défini, tout en restant apparemment dans les limites de ce droit, deviennent de plus en plus fréquents. Appliquée d'abord uniquement au droit de propriété et au droit d'ester en justice, cette jurisprudence s'étend dans la seconde moitié du XIX^e siècle à quantité d'autres domaines du droit.

¹ JOSSEBRAND : Note sous Tribunal civil de Toulouse, 18 avril 1905, *Dalloz* 1906, II, 105.

Nous allons donner un bref aperçu de ces applications de la théorie de l'abus du droit avant la lettre, par les Tribunaux. Nous empruntons la plus grande partie de cette étude aux travaux de MM. Salanson, Porcherot et Coroï, sauf en ce qui concerne la jurisprudence la plus récente.

A. Droit de propriété.

Cette matière extrêmement complexe a donné lieu à une foule d'arrêts. Les Tribunaux s'en sont tenus tout d'abord à la définition rigoureuse de l'art. 544 CCF., qui confère au propriétaire un droit absolu dans la limite des lois et des règlements, en ce sens qu'il doit tenir compte seulement de ce que Pothier appelle les obligations de voisinage, c'est-à-dire « de la nécessité pour chacun d'user de son héritage de manière qu'il ne nuise pas à son voisin. »¹

Un certain nombre de restrictions étaient établies par la loi ou les règlements, notamment en ce qui concerne les établissements incommodes, insalubres ou dangereux. La jurisprudence admet toujours la responsabilité dérivant directement des art. 1382 et 1383, lorsqu'un propriétaire a commis une faute, un acte illicite, en portant atteinte aux droits de son voisin. C'est le cas de celui qui établit un passage public sur son terrain, sans prendre les précautions nécessaires pour éviter des accidents,² ou bien encore du dommage causé aux propriétaires de la surface par des travaux de mine³. Les Tribunaux font une distinction, suivant que l'auteur du dommage lèse un droit acquis ou prive le voisin d'un avantage. Il n'y a lieu à dommages-intérêts que dans le premier cas et lorsqu'on ne prend pas toutes les précautions nécessaires pour éviter le dommage⁴. Dans toutes ces espèces d'ailleurs, l'abus du droit n'intervient pas encore et il s'agit de la responsabilité usuelle.

Par contre, en ce qui concerne la propriété ordinaire non régle-

¹ Voir également PORTALIS dans son : *Exposé des motifs sur la propriété*, dans la séance du Corps législatif du 29 Nivôse, An XIII.

² Cass. Req. 1^{er} juin 1881, D. P. 1883, I. 832.

³ Dijon 21 août 1856, *Sirey* 1856, II. 518; Cass. civ. 21 juillet 1885, *Sirey* 1885 I. 590; Cass. Civ., 18 mars 1900. D. P. 1900, I. 283.

⁴ Cass. Req. 20 novembre 1888, *Sirey* 1889, I. 56; Cass. Civ. 2 février 1898, *Sirey* 1898, I. 184.

mentée par voie administrative, dès que le droit de propriété a été exercé dans l'intention de nuire, la jurisprudence admet l'exercice abusif et la responsabilité, sans distinguer s'il y a eu privation d'un simple avantage ou lésion d'un droit. C'est ici le domaine propre de l'abus du droit. La première décision en ce sens est celle de la Cour de Colmar, déjà signalée, du 2 mai 1855¹. La Cour a condamné un propriétaire à démolir une fausse cheminée qu'il avait fait élever sur son toit en face de la fenêtre de son voisin, dans l'unique but d'enlever le jour à ce dernier. Or, il n'y avait dans ce cas, ainsi que le constate la Cour, aucune servitude de vue en faveur du lésé ; « mais dit la Cour, l'exercice du droit de propriété, comme celui de tout autre droit, doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime. »²

Cette théorie de l'abus de droit en matière de propriété a été appliquée de façon très uniforme par les Tribunaux ; tous admettent la responsabilité lorsque l'intention de nuire est manifeste et que le propriétaire n'a pas d'intérêt à exercer son droit. En ce sens les arrêts les plus récents. Ainsi la Cour d'Amiens³ condamne un propriétaire qui faisait faire du tapage par des gamins de cinq heures du matin à la nuit pendant toute la période de chasse, autour du château de sa voisine, sous prétexte d'empêcher le gibier existant sur ses propres terres de passer dans les propriétés voisines. La Cour remarque « qu'il n'est sans doute pas contestable qu'Asou ait eu le droit d'employer des claqueurs pour empêcher le gibier existant sur ses terres de passer dans les propriétés voisines, et notamment dans les dépendances du château de Liez ; mais qu'il a certainement excédé son droit en faisant faire ou en autorisant à la limite de ses propriétés des tapages *évidemment injurieux* qui ont causé à la Demoiselle de Bonteville un préjudice dont il lui doit réparation. » Notons à propos de cet arrêt que la Cour parle d'excéder son droit et non plus d'abuser de son droit, ce qui pourrait induire à croire qu'elle voit dans le fait dommageable un acte illicite.

¹ D. P. 1856, II. 9.

² Voir en ce sens également : Paris, 2 décembre 1871, D. P. 1873, II. 185 ; Lyon 18 avril 1856, D. P. 1856, II. 199 ; Tribunal de Sedan, 17 décembre 1901, *Gazette des Tribunaux*, 20 février 1902 et *Sirey* 1904, II. 217. Dans ce dernier arrêt la Cour ordonne la démolition d'une cloison en bois construite par un propriétaire dans l'unique intention de nuire à un voisin. Voir sous cet arrêt, Note de M. G. APPERT.

³ Amiens, 7 février 1912, D. P. 1913, II. 179 et *Gazette du Palais* 1912, I. 442.

Citons encore un arrêt du Tribunal de Draguigoan du 17 mai 1910¹ qui dit entre autres : « Attendu que, d'après une jurisprudence constante, il y a abus si le droit est exercé en vue de nuire à autrui, sans intérêt et sans motif légitime. »

A côté des cas que nous venons d'examiner, la jurisprudence a qualifié d'abus du droit une foule d'autres situations, où le propriétaire est sorti non plus des « limites qualitatives ou subjectives »² (intention de nuire, absence d'intérêt), mais des « limites quantitatives » de son droit, c'est-à-dire lorsqu'il a contrevenu aux obligations du voisinage. Il s'agit là de la limitation du droit de propriété par le droit concurrent des voisins. Ces nombreux cas de dommage dans les rapports de voisinage, qui sont considérés chez nous comme des excès de droit, sont qualifiés d'abus par la jurisprudence française. C'est de cette assimilation des cas d'abus par intention de nuire aux cas de dommages causés dans les rapports de voisinage qu'est née en grande partie la confusion extrême qui règne dans la doctrine et la jurisprudence françaises en matière d'abus du droit.

Dans les limitations du droit de propriété par le droit concurrent des voisins, il s'agit souvent de faits où la malveillance de l'auteur de l'acte ne saurait être alléguée ; non seulement le droit y semble attesté, soit par les principes généraux de la propriété, soit par une réglementation administrative, mais encore on se trouve presque toujours en présence d'un intérêt évident à agir. La jurisprudence part du point de vue que le droit de propriété est limité par le droit égal d'autrui et qu'un propriétaire est tenu de payer des dommages-intérêts à son voisin, lorsqu'il lui cause un dommage dépassant, selon la formule consacrée, « les limites des obligations ordinaires du voisinage »³. Ainsi le propriétaire d'un établissement de forges, de machines incommodantes ou de bals publics, le tenancier d'une maison de tolérance peuvent être condamnés à des dommages-intérêts pour le dommage causé aux voisins par la

¹ D. P. 1911, II, 133.

² JOSSEBRAND : Notes sous Amiens 7 février 1912, *Dalloz* 1913, II, 177.

³ PERRÉAU : *Du rôle de l'habitude*, p. 267 : « pour délimiter les droits respectifs des propriétaires d'immeubles voisins, les juges prennent pour base le mode local de jouissance de ces biens, d'après leur nature... Limiter les droits des propriétaires voisins d'après les usages courants paraît si rationnel aux juges qu'ils suivent ce principe, quelle que soit la nature du dommage éprouvé ou de l'exploitation qui le cause. »

proximité de leur établissement, même s'ils ont pris toutes les mesures propres à diminuer les inconvénients de ce voisinage ¹. La jurisprudence est même allée plus loin et a admis la responsabilité du propriétaire d'établissements incommodes, insalubres ou dangereux, réglementés et autorisés par l'administration, si le préjudice excède la limite des inconvénients ordinaires ².

Comme le fait remarquer M. Ripert ³, la formule employée pour caractériser l'exercice abusif du droit est toujours la même : « Il n'est pas permis d'user de son droit dans des conditions anormales » ; mais par cette formule même, on montre qu'il s'agit bien là d'actes illicites, c'est-à-dire d'actes qui excèdent les limites du droit. Peut-on encore en pareil cas parler d'abus du droit ? Nous aurons à examiner cette question plus loin. Bornons-nous à signaler ici quelques-unes des formules employées par les Tribunaux. La Cour d'Orléans ⁴ dit que le propriétaire ne peut excéder sans abuser de son droit « la tolérance nécessitée par les règles du bon voisinage ». La Chambre des requêtes ⁵ parle de même d'un dommage qui « excède la mesure des obligations ordinaires du voisinage » ⁶.

En réalité, la Cour de cassation n'a jamais modifié sa jurisprudence en cette matière. Dans un arrêt du 3 décembre 1860 ⁷, elle déclarait déjà : « Le droit du propriétaire trouve néanmoins une limitation nécessaire dans les charges et les obligations réciproques qu'impose le voisinage ; l'exercice du droit de propriété cesse d'être légitime et prend le caractère d'une faute, dès l'instant où il porte une atteinte grave et sérieuse au droit du voisin... ». Ainsi, d'emblée,

¹ Orléans 23 novembre 1899, *D. P.* 1891, II, 130.

² Nîmes, 30 avril 1895, *D. P.* 1895, II, 835 ; Cass. Req. 8 juillet 1884, *Sirey* 1885, I, 487 ; Cass. Req. 3 janvier 1887, *D. P.* 1888, I, 99.

³ G. RIPERT : *Abus des droits*, dans *Revue critique*, 148. M. Saleilles dit également dans son Rapport : « Il est bien certain que nous sommes ici sur un terrain très différent de celui de l'abus de droit. » (SALEILLES : *Rapport*, loc. cit. p. 363). Il n'est plus question d'intention personnelle ; en réalité il s'agit d'une délimitation objective du droit de propriété.

⁴ 19 février 1909, *Sirey* 1910, II, 56.

⁵ 14 février 1910, *D. P.* 1910, I, 136.

⁶ Voir aussi : Aix 6 janvier 1909 et Cass. Req. 7 décembre 1909 confirmant le précédent, *Sirey* 1910 I. 8, *D. P.* 1910, I, 96 ; Cass. Req. 22 juin 1910, *D. P.* 1910, I, 461.

⁷ *Sirey* 1860, I, 848. Voir à propos de cet arrêt : GEORGES APPERT : *Des droits du propriétaire vis-à-vis de ses voisins*.

la Haute Cour française s'est placée ici sur le terrain véritable qui est celui de la responsabilité pour actes illicites à raison d'une atteinte au droit des voisins. C'est par une singulière confusion de termes que les auteurs et certains tribunaux ont parlé en ces matières d'abus du droit.

B. *Droit de recourir aux tribunaux et aux voies d'exécution forcée.*

C'est dans l'exercice d'actions téméraires, que l'abus du droit paraît avoir été invoqué en premier lieu. Ici, plus encore que dans d'autres domaines, les juges ont toujours estimé que l'action intentée sans aucun intérêt et dans l'intention de nuire, constituait un abus et engageait la responsabilité. On disait à ce propos dans les Parlements de l'Ancien régime : *malitiis non est indulgendum*.¹ Il y a lieu à dommages-intérêts en cette matière, non seulement quand on intente une action par pure chicane, mais aussi « quand une partie soulève des contestations par esprit de vexation, sans y avoir un intérêt légitime, rien que pour tourmenter son adversaire »².

Dans le domaine de l'action téméraire, on relevait jusqu'à ces dernières années, une divergence entre la jurisprudence de la Chambre des requêtes et celle de la Chambre civile de la Cour de cassation. Tandis que la Chambre civile exigeait que le plaideur agisse méchamment ou commette une faute lourde, équipollente au dol³, la Chambre des requêtes au contraire, se contentait d'une faute quelconque (négligence ou imprudence)⁴. Depuis quelques années, les arrêts de cette dernière Chambre se sont conformés à la jurisprudence de la Chambre civile⁵.

En matière de droit de recours aux voies d'exécution forcée, signalons un arrêt intéressant du Tribunal civil de Toulouse du 13

¹ Cf. *Inst. de Just.* Lib. IV. Tit. XVI. *De poena temere litigantium*.

² LAURENT : *Droit civil*, 2^{me} édition, Vol. 20, n° 413, p. 433.

³ Jugé que « le fait par un plaideur de former une demande pouvant être écartée par une exception de chose jugée, ne saurait, à lui seul, être considéré comme constituant une faute grave équipollente au dol. » Cass. Civ. 8 janvier 1906, *Sirey* 1906, I. 144. Cf. Cass. Civ. 15 mars 1910, *Sirey* 1910, I. 259.

⁴ Cass. Req. 15 avril 1908, *Sirey* 1908, I. 206.

⁵ Cass. Req. 10 juillet 1911, *Sirey* 1911, I. 471 et 9 mai 1911, *Sirey* 1911, I. 496.

avril 1905¹. Il s'agit d'un créancier qui, ayant obtenu un jugement, prend inscription sur tous les immeubles que le débiteur possède ou acquerra dans l'arrondissement et dont la valeur est hors de proportion avec le chiffre de sa créance. Le Tribunal estime que c'est un abus de droit : « Attendu, dit-il entre autres, que la notion d'abus du droit se rattache à l'idée de *but*; que non seulement tout droit est limité dans son contenu, mais que de plus son exercice ne peut avoir lieu dans un *but* quelconque; qu'il y a abus, si le droit est exercé en vue de nuire à autrui, peut-être aussi si le droit est exercé sans intérêt ou sans motifs légitimes ». Bornons-nous à constater au sujet de cet arrêt que le critère employé pour démarquer l'abus dans ce domaine reste le même qu'en matière de propriété.

C. Exercice du droit de résiliation dans le louage de services à durée indéterminée.

C'est une des seules matières du droit français, nous l'avons vu déjà, où le législateur soit venu corroborer la jurisprudence, en statuant la responsabilité éventuelle, même dans l'exercice du droit. L'art. 1780, modifié par la loi du 27 décembre 1890, dit en effet dans son troisième alinéa : « Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts ».

Lorsque la jurisprudence accorde des dommages-intérêts, elle invoque à l'appui de ses décisions l'art. 1382 C. C. F. Elle estime qu'il ne s'agit pas de responsabilité contractuelle, parce qu'on ne peut invoquer une clause du contrat à l'appui de la demande de dommages-intérêts. La jurisprudence antérieure à 1872 était favorable à l'ouvrier et admettait l'abus du droit pour toute résiliation sans motifs légitimes. Dès 1872, il se produit une réaction et on n'admet l'abus du droit de résiliation que si celle-ci est caractérisée par une faute au sens habituel de ce terme. Plus tard, à la suite de la loi de 1890, la jurisprudence redevient plus large dans l'appréciation du fait constitutif de la faute. Pour M. Planiol, la faute se caractérise ici par l'absence de motifs légitimes justificatifs de la rupture. C'est le point de vue adopté, semble-il, par tous les Tribunaux. Selon M. Appert, il y a faute dès que le patron n'avait aucun

¹ D. P. 1906, II. 105.

grief à alléguer contre l'ouvrier. M. Saleilles, lui, admet pourtant que le patron peut avoir des motifs personnels de résilier, ainsi en cas de désastre, d'incendie, etc. Un arrêt récent de la Cour de cassation¹ jugeant le cas d'une Compagnie de chemin de fer qui avait renvoyé un ouvrier, dit que la rupture du contrat « peut seulement donner lieu à des dommages-intérêts, si elle constitue, de la part de celui qui l'impose, un abus du droit, préjudiciable à celui qui la subit »... et plus loin : « Attendu que la Compagnie avait le droit absolu d'y mettre fin (au contrat), suivant sa volonté, sous la seule réserve de dommages-intérêts à payer à son employé, en cas de faute dommageable articulée et prouvée contre elle, ou d'inobservation des règlements ». Il semble donc, que la jurisprudence commence à sentir la réaction qui s'est manifestée dans la doctrine et qu'elle aussi n'admette plus l'abus du droit, générateur de responsabilité, que s'il revêt le caractère d'un acte illicite proprement dit.

D. *Droit de grève, de boycott, etc.*

La loi de 1864 rend les grèves licites et celle de 1884 reconnaît l'existence des syndicats professionnels. Il s'est formé en cette matière des conflits du travail, une jurisprudence extrêmement intéressante. Les lois étant intervenues en faveur de l'ouvrier, pour protéger sa liberté économique et lui donner les moyens d'améliorer ses conditions d'existence, on s'est aperçu bien vite que le patron était souvent la victime d'abus intolérables et les tribunaux sont intervenus pour le protéger contre les abus des grévistes.

En matière de boycott également, nous trouvons de nombreuses décisions jurisprudentielles.

La Cour de cassation et les Tribunaux ont décidé notamment qu'il y a faute, obligeant à réparation, dans le fait d'imposer à un patron au moyen de menaces de grève et par pure malveillance, le renvoi d'un ouvrier². Un des arrêts les plus célèbres dans ce

¹ Cass. Civ. 18 juillet et 1^{er} août 1916, D. P. 1916, I. 286.

² Cass. 9 juin 1896, *Sirey* 1897, I. 25. Une note sous cet arrêt dit entre autres : « Une jurisprudence immuable, appuyée par la doctrine tout entière, considère que l'exercice d'un droit donne lieu à des dommages-intérêts et que l'art. 1382 devient applicable, si le droit est exercé exclusivement dans une intention malicieuse, dans le but de nuire à autrui. » Cf. Lyon 15 mai 1895, *Sirey* 1896, II. 31 ; Nîmes, 2 février 1896, D. P. 1898, II. 104 ; Cass. Civ. 22 juin 1892, D. P. 1892, I. 449.

domaine est celui déjà cité, qui a jugé l'affaire Ressayrier contre Jaurès ¹. Dans cette espèce, la Cour de Toulouse, cassant le jugement du Tribunal de première instance, admet que l'abus du droit ne peut se concevoir en dehors de l'excès de droit, qui lui, constitue un acte illicite.

« Attendu, dit-elle, que le Tribunal de Toulouse dans le jugement dont est appel, admet que « l'ingérence des tiers dans une grève est, quoique dommageable pour autrui, un acte licite, parce que, aux termes de l'art. 1382 C. C., celui-là seul est responsable qui a commis une faute, et qu'il n'y a point faute à user d'un droit sans d'ailleurs, en abuser ; que la Cour ne saurait admettre cette solution ; qu'on ne peut abuser d'un droit que si on en dépasse les limites ; dans ce cas, on en a, non pas abusé, ou fait un mauvais et répréhensible usage, mais on s'est mis en dehors de lui et on en est sorti ;... que le Tribunal commet encore une faute en constatant l'abus dommageable d'un droit ; quand on possède un droit, l'exercice de ce droit, fût-il dommageable pour autrui, ne peut constituer une faute, engendrer une action en dommages-intérêts, parce qu'il n'y a pas faute à abuser de son droit ».

Ainsi la Cour de Toulouse n'admet pas la théorie de l'abus du droit ; par contre, elle constate que les actes commis par Jaurès constituent un acte illicite, auquel l'art. 1382 C. C. est applicable. La Cour de Cassation a confirmé cette décision, sans d'ailleurs se prononcer sur la théorie de l'abus.

Toute cette matière de l'abus du droit dans les conflits du travail est du plus haut intérêt et nous aurons l'occasion de l'examiner avec plus de détails par la suite.

E. Droit de puissance paternelle. Droit de tutelle légale des père et mère.

« On a déjà remarqué², dit M. Gaudemet, comment l'idée d'abus de droit, tout spécialement en matière de droit de famille, joue historiquement le rôle d'un agent de progrès, en limitant, dans l'intérêt de la protection des faibles, certains pouvoirs trop vaguement définis par la loi. Toute l'évolution de la puissance paternelle, de-

¹ Cass. Req. 29 juin 1897, *Sirey* 1898, I. 17.

² Voir CHARMONT : *L'abus du droit*, dans *Revue trimestrielle* 1903, p. 119.

puis les origines, pourrait attester cette action bienfaisante, qui a souvent devancé l'action législative »¹. Une décision fort intéressante de la jurisprudence en cette matière et que nous avons signalée déjà, est celle de la Cour de Lyon du 23 janvier 1907². Il s'agit du père qui, après avoir donné son consentement au mariage de son fils et après avoir même incité la fiancée de celui-ci à vendre son fonds de modiste, retire ce consentement sans motif. La Cour a admis que sa responsabilité était engagée. C'est la première application en France de l'abus du droit à la puissance paternelle.

On cite encore un arrêt de la même Cour de Lyon du 5 février 1909³, où il s'agit de l'administration des biens d'une fille mineure par son père. Celui-ci avait engagé la nue-propriété d'obligations de chemins de fer, appartenant à sa fille, à la Compagnie du Phénix, sans que l'intérêt de la mineure justifiait cette aliénation. La Cour déclare « que le père qui mésuse de son droit, dans son intérêt personnel et au détriment du mineur, demeure responsable de cet abus vis-à-vis du dit mineur ». Comme le fait remarquer M. Gaudemet, il y aurait beaucoup à dire ici sur la question de savoir s'il s'agit réellement d'une application des théories de l'abus du droit. Quoi qu'il en soit, cet exemple nous montre quel large emploi la jurisprudence française a fait des nouvelles théories.

Nous pourrions étendre encore cette étude de la jurisprudence française. Il faudrait, pour être complet, parler de l'abus du droit de critique commis par la parole ou par la plume, de l'abus du droit du romancier qui dépeint des personnages réels, de l'abus d'un droit conventionnel⁴, etc., etc. En réalité, tous les droits personnels, ceux qui sont définis comme ceux qui dérivent de l'exercice de la liberté, sont susceptibles d'abus de la part de leur titulaire.

Il nous suffira de noter ici que la jurisprudence française, à peu près unanime, admet sans difficulté que l'exercice d'un droit devient abusif, lorsqu'il est accompagné de l'intention de nuire⁵. Mais ce

¹ E. GAUDEMET : *Revue trimestrielle de droit civil* 1909, p. 672.

² D. P. 1908, II. 77.

³ *Gazette des Tribunaux*, 17 avril 1909.

⁴ Cour de Paris, 3 juillet 1913, *Gazette du Palais* 1913, II. 177.

⁵ Voir en ce sens les conclusions de l'avocat général Desjardins dans la cause Monnier contre Renaud. Cass. civ. 9 juin 1896, *Sirey* 1897, I. 28.

critère n'est pas exclusif ; dans beaucoup d'arrêts¹, les tribunaux caractérisent l'abus du droit par l'absence d'intérêt ou de motif légitime, lorsque l'intention malicieuse ne peut être démontrée ; il est vrai que la jurisprudence est ici plus hésitante : souvent elle continue à qualifier ces cas d'abus de droit, alors qu'en réalité il s'agit d'excès de droit et d'actes illicites, pour peu que l'on se place sur le terrain de la responsabilité objective. Quoi qu'il en soit, nous n'avons pas constaté de divergences essentielles entre les tendances de la jurisprudence et celles de la doctrine. Nous verrons plus loin comment il convient de les apprécier.

§ 7. La théorie de l'abus du droit en droit allemand.

I. LA LÉGISLATION.

En Allemagne, la théorie de l'abus du droit est assez étroitement délimitée par le fait que le législateur, tout en restreignant sa portée, est lui-même intervenu pour la consacrer. Comme nous l'avons vu plus haut, l'institution du *Schikaneverbot*, d'origine germanique, a été rattachée dans le droit commun à certaines décisions de la jurisprudence romaine, consacrant le principe que l'intention dolosive ne doit pas être protégée par la loi, alors même qu'elle est mise au service de l'exercice d'un droit : « *Malitias non est indulgendum* ». C'est là l'origine de la théorie actuelle de l'abus du droit en pays germanique.

Le projet I du B. G. B. ne renfermait aucune règle générale sur l'abus du droit. Par contre, il contenait certaines dispositions spéciales parmi lesquelles on peut citer les § 970 et 1048² (actuelle-

¹ Voir notamment : Colmar, 2 mai 1855, D. P. 1856, II. 9 ; Toulouse, 18 avril 1906, D. P. 1906, II. 105 ; Draguignan, 17 mai 1910, D. P. 1911, II. 183.

² Voici le texte de ces articles (*Entwurf eines B. G. B. Erste Lesung*, Berlin 1888.) § 970. *Bei der Ausübung einer Grunddienstbarkeit ist das Interesse des Eigentümers des dienenden Grundstückes thuntlichst zu schonen. Hält der Berechtigte zur Ausübung der Dienstbarkeit eine Anlage auf dem dienenden Grundstück, so hat er dieselbe, soweit es im Interesse des Eigentümers dieses Grundstückes liegt, im ordnungsmässigen Zustande zu erhalten.* § 1048. *Auf eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ändern die Vorschriften des § 969 bis, 973, 975, des § 977, Abs. 1 und der § 978, 979, und im Falle der Veräusserlichkeit des Rechtes die Vorschriften des § 995, Abs. 2, des § 1011, Abs. 2, des § 1012 und des § 1018, Abs. 1 entsprechende Anwendung.*

ment 1090 et 1090 B. G. B.), « dans lesquels l'intérêt du propriétaire limite objectivement l'étendue de la servitude ou de la charge foncière (*beschränkte persönliche Dienstbarkeit*), de telle sorte que tout exercice de ces droits réels pratiqué dans le seul but de nuire au propriétaire, tomberait sans aucun doute sous le coup de ces dispositions, comme constituant une violation du droit¹ ».

M. Stammer, étudiant le § 826 B. G. B.² dans ses rapports avec le § 226, montre que le premier projet n'aurait pu adopter une disposition générale contre l'abus du droit, en l'absence d'une disposition correspondant au § 826 qui, dans le projet I, avait une portée beaucoup plus limitée³; le § 705, projet I, admettait en effet que seules les actions contraires aux bonnes mœurs accomplies dans l'exercice de la liberté générale, à l'exclusion de celles qui sont l'exercice d'un droit concret, pourraient servir de fondement à une action en dommages-intérêts. L'adoption parallèlement à ce texte d'une disposition analogue au § 226, aurait conduit à des difficultés d'application fort grandes et aurait accentué encore d'une manière insoluble le défaut de concordance entre les deux dispositions.

L'Exposé des motifs du projet de B. G. B.⁴ examine assez longuement l'opportunité de l'introduction d'un principe général visant, non pas même l'abus du droit, mais seulement le *Schikaneverbot*. Ce document constate qu'en ce qui concerne l'exercice des droits, il résulte de la nature même du droit subjectif que son bénéficiaire peut exercer celui-ci librement, à sa convenance, dans les limites de la loi, ou inversement en négliger l'exercice complètement ou partiellement; celui qui, exerçant un droit conformément à la loi, cause un dommage à autrui, ne commet aucun acte illicite. Il est vrai que la question de savoir si l'exercice d'un droit par esprit de chicane dans le but de nuire à autrui, et sans aucun profit personnel, doit être déclaré illicite, fut posée dès ce moment. L'Exposé des motifs, après avoir signalé le désaccord qui règne entre les auteurs à ce sujet, conclut que les législations modernes s'abstiennent d'accepter de semblables dispositions d'une portée générale : « Si justifié qu'il puisse paraître de s'opposer à l'abus d'un droit exercé par

¹ E. MARTIN : *Schikaneverbot*, p. 83.

² STAMMLER : *Die Lehre*, p. 477.

³ § 705 Entwurf I : *Als widerrechtlich gilt auch die Kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung, wenn sie einen Anderen zu Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstößt.*

⁴ *Motive zu dem Entwurf eines B. G. B.* Vol. I, p. 278 et suiv.

esprit de chicane, tout aussi douteuse serait d'autre part la solution consistant à adopter une disposition d'une portée générale ayant pour but de réprimer cet abus... C'est précisément le devoir de la législation de ne reconnaître que les droits dont l'exercice est propre à être utile au bien de la société humaine... Il n'est pas indiqué d'ouvrir la porte à un débat sur la légitimité de l'intérêt que le titulaire d'un droit peut avoir à l'exercer, droit dont l'existence même s'affirme par cet exercice¹. On n'arriverait que dans un petit nombre de cas, à atteindre le but qu'on se propose, à cause de la difficulté de prouver l'intention de nuire et l'absence de tout autre intérêt réel. On évite ainsi des procès inutiles et d'une solution difficile.

Le premier projet du B. G. B. rejetait donc nettement l'admission dans la loi d'un principe général, tout en laissant subsister certaines dispositions spéciales visant l'abus des droits.

Il faut remarquer ici que les législations des différents Etats allemands antérieures au B. G. B. ne connaissaient pas de *Schikaneverbot*²; seul le *Preussisches allgemeines Landrecht* possédait des dispositions d'ordre général pour réprimer l'abus du droit. Ces prescriptions avaient une portée plus restreinte que le § 226 B. G. B. actuel, au point de vue du champ d'application, mais par contre, elles formulaient moins limitativement les conditions dans lesquelles l'abus peut se présenter :

« Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten, Theil I. Tit. VI. § 36 : « Wer sich seines Rechtes innerhalb der gehörigen Schranken bedient, darf den Schaden, welcher einem Anderen daraus entstanden ist, nicht ersetzen. » § 37 : « Er muss aber denselben vergüten, wenn aus den Umständen klar erhellet, dass er unter mehreren möglichen Arten der Ausübung seines Rechtes, diejenige, welche dem Anderen nachtheilig wird, in der Absicht, denselben zu beschädigen, gewählt habe. »

Theil I. Tit. VIII. § 27 : « Niemand darf sein Eigentum zur Kränkung oder Beschädigung Anderer missbrauchen. » § 28 : « Missbrauch heisst ein solcher Gebrauch des Eigentums, welcher vermöge seiner Natur nur die Kränkung eines Anderen zur Absicht haben kann. »

Quoi qu'il en soit, la Commission chargée d'examiner le premier projet du B. G. B. ne laissa subsister de dispositions, ni contre la

¹ *Motive zu dem Entwurf*. Vol. I, p. 274.

² Voir : *Motive zu dem Entwurf*. Vol. I, p. 274.

chicane, ni contre l'abus du droit d'une façon générale. Mais, vu l'importance de la question, celle-ci fut soumise avec d'autres, au *Landesökonomiekollegium*, où MM. Gierke et Schmoller préconisèrent l'introduction d'un *Schikaneverbot*, sans résultat d'ailleurs. La question fut discutée à nouveau dans la Commission pour le deuxième projet¹, mais celle-ci finit par repousser toutes les propositions faites à ce sujet, lesquelles se rapportaient d'ailleurs uniquement au droit des obligations. La proposition principale était formulée en ces termes :

« Ein Anspruch kann von demjenigen, gegen welchen er geltend gemacht wird, zurückgewiesen werden, wenn die Geltendmachung unter den Umständen des Falles gegen die guten Sitten verstößt². »

Pour le cas de non-acceptation, on faisait la proposition subsidiaire suivante :

« Ein Anspruch kann von demjenigen, gegen welchen er geltend gemacht wird, zurückgewiesen werden, wenn erhellet, dass die Geltendmachung für den Berechtigten kein Interesse hat, dem Gegner aber erheblichen Nachteil bringen werde³. »

Ces propositions avaient un champ d'application moins étendu que le § 226 BGB. actuel ; par contre, elles allaient beaucoup plus loin en ce sens que « le seul but de nuire » n'était pas érigé en condition essentielle d'application, comme dans cette disposition légale.

Une autre proposition d'une portée très générale fut faite à la même Commission, lorsqu'on en vint à discuter la matière des actes illicites. Elle était de la teneur suivante : « Wer einem Anderen durch eine Handlung, durch welche er nicht lediglich ein ihm gegenüber dem Anderen oder gegenüber einem Dritten zustehendes Recht ausübt, in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise vorsätzlich einen Schaden zufügt, ist ihm zum Ersatze des Schadens verpflichtet, auch wenn er den Umfang des Schadens nicht vorauszusehen vermochte. »⁴

¹ Cf. RAMMNER, *op. cit.* p. 582.

² *Protokolle der Kommission*, Bd. I. p. 238 à 239.

³ STAUDINGER'S : *Kommentar zum B. G. B.* Vol. I. p. 753, ad § 226, I, 1, 2 : « Le but de ces propositions était d'assurer à la jurisprudence, en face du droit formel, un moyen efficace de tenir compte de l'équité, d'une part en créant un *Schikaneverbot* de portée restreinte, d'autre part en admettant l'*exceptio doli generalis* ; leur but était aussi de s'opposer efficacement à la tendance des juges de créer une jurisprudence strictement asservie à la lettre de la loi. »

⁴ *Protokolle*, Vol. 2, p. 576. Voir en général *ead. loco*. p. 575-578.

Cette dernière proposition constitue la forme primitive du § 826 actuel.

Aucune de ces formules ne fut adoptée par la Commission, beaucoup moins d'ailleurs pour des raisons d'ordre théorique, que dans la crainte que leur admission, allant à fin contraire, ne favorisât la chicane. En outre, on redoutait qu'en élevant des normes morales à la hauteur de principes juridiques, on n'effaçât la limite entre le droit et la morale, aux dépens de la sécurité que doit offrir le premier. M. Ramdohr¹ fait de plus remarquer que pour résoudre la question de savoir si l'exercice dommageable d'un droit est contraire ou non aux bonnes mœurs, il faut mettre en balance, d'une part les buts poursuivis qui sont d'ordre juridique, d'autre part l'intention de nuire, d'ordre psychologique ; on ferait ainsi dépendre l'application de ce principe de l'appréciation purement subjective du juge.

Toutefois les partisans de la théorie de l'abus du droit ne se tinrent pas pour battus et le Bundesrat finit par adopter sans grande discussion le *Schikaneverbot*, en le limitant au droit de propriété. Il consacrait la fonction première de cette institution dans le droit germanique par l'adoption de la formule suivante : « Eine Ausübung des Eigentums, die nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen, ist unzulässig. »

Enfin, cette disposition fut modifiée en dernier débat par le Reichstag, qui en fit un principe général de l'exercice des droits et adopta le § 226 dans sa forme actuelle :

« Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen. »

Telle est la règle essentielle adoptée par le Code allemand en matière d'exercice abusif des droits. Ce paragraphe a donné lieu à de nombreuses controverses entre les auteurs, non seulement au sujet de sa légitimité théorique, mais aussi au sujet de son interprétation elle-même. Ce sont autant de questions que nous aurons à examiner lorsque nous étudierons l'attitude de la doctrine allemande à l'égard de ce problème. Notons seulement, pour le moment, que ce texte a suscité des difficultés d'appréciation très réelles, qui ont été mises en lumière notamment par M. Endemann, puis par M. Gareis². En

¹ RAMDOHR, *loc. cit.* p. 588.

² ENDEMANN : Vol. I. § 84^a, p. 421 ; GAREIS : *Komm. zum B. G. B.* Vol. I, ad § 226, Rem. 2, p. 260.

réalité, le § 226 est resté à peu près inappliqué dans la jurisprudence allemande.

Ce qui caractérise le § 226, c'est qu'il limite très strictement l'application de l'abus du droit au seul cas où l'intention de nuire a été le mobile exclusif de l'exercice du droit. Cependant, comme la preuve matérielle que l'intention de nuire a seule déterminé l'auteur de l'acte à exercer son droit, est à peu près impossible à faire, la loi, au lieu de dire que l'acte en question doit avoir eu pour seul but de nuire à autrui *in concreto*, ce qui impliquerait une interprétation purement subjective, se place à un point de vue objectif et adopte l'expression *nur den Zweck haben kann* ; cela permet au juge de rechercher si, en fait, d'autres buts que l'intention de nuire ont pu justifier l'acte en question, notamment si des intérêts d'un autre ordre l'ont provoqué on peut l'expliquer. A défaut de semblables buts, il pourra admettre objectivement, d'après les circonstances, que le seul but déterminant était celui de nuire. Le juge est donc appelé à déterminer, d'une part, un état de faits constituant l'exercice d'un droit, d'autre part, le but de nuire revêtant un caractère exclusif.

Le § 226 doit-il être pris d'office en considération par le juge, ou bien est-ce aux parties à l'invoquer ? M. Crome¹ est d'avis que le juge doit toujours examiner si l'application du § 226 se justifie. La *communis opinio*, au contraire, notamment MM. Dernburg et Staudinger,² estime que les parties doivent invoquer cette disposition si elles entendent s'en prévaloir, puisqu'il s'agit de la protection d'intérêts privés.

Une autre question encore divise les auteurs, celle des effets du § 226. Les uns prétendent que cette disposition donne toujours lieu à des dommages-intérêts, dès que ses conditions d'application sont réalisées et qu'un dommage est intervenu, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si le § 823 est en outre applicable. Les autres au contraire, n'admettent une obligation de payer des dommages-intérêts à raison de l'acte abusif caractérisé par le § 226, que sous les conditions du § 823. En l'absence de dommage, on pourra réclamer l'annulation ou la cessation de l'exercice abusif du droit, sans pourtant que tous les auteurs soient d'accord à ce sujet.

¹ CROME: *System*, Vol. I, p. 581. En ce sens aussi OERTMANN: *Rem. 5 d. ad § 226*.

² DERNBURG: *Bürgerliches Recht I*, § 48, p. 110. STAUDINGER'S *Komm. zum B.G.B. ad § 226*, *Rem. 6*, Vol. I, p. 755.

Enfin, tandis que pour certains commentateurs, le § 226 est une disposition d'ordre général, applicable à tout le droit privé, y compris le droit de procédure, et même pour quelques-uns au droit public, d'autres contestent ce point de vue¹.

Pour ne rien dire de sa justification théorique, le § 226 est donc loin de rallier l'unanimité des auteurs, tant au point de vue de ses effets que de son champ d'application. Il a fourni une riche matière de discussion à la doctrine allemande. Pris à la lettre, il ne consacre en réalité que dans une faible mesure la théorie de l'abus du droit, telle que nous l'avons caractérisée au début. Il rompt sans doute en une certaine mesure la rigueur du principe : *Qui suo jure utitur, neminem laedit*, mais si l'on pense avec M. Stammler que la tendance au *droit vrai* doit régner d'une manière générale et nécessaire dans tout le droit objectif, et que l'exercice lui-même des droits subjectifs doit se tenir dans les limites objectives d'un juste équilibre entre les différents sujets de droit, il faut reconnaître que la formule du § 226 est très insuffisante. Au fond, cette disposition autorise en principe l'exercice injuste d'un droit ; elle ne l'interdit que dans le seul cas où le titulaire du droit ne peut invoquer pour en justifier l'exercice aucun autre but que celui de nuire. Si minime que soit cet autre but et même si l'intérêt invoqué est d'ordre purement subjectif, l'acte en question ne tomberait pas sous le coup du § 226, et son auteur abuserait de son droit impunément. Cette disposition si étroite est bien de nature, il faut en convenir avec M. Stammler,² à rendre plus confuses encore les limites entre le droit et la morale.

On trouve dans le B. G. B. d'autres dispositions éparées qui se rattachent à la théorie de l'abus du droit, mais elles se placent parfois sur un terrain bien différent et posent de toutes autres conditions d'application que le § 226. Il en est ainsi notamment des § 1353, al. 2, 1354, al. 2, 1357, al. 2 et 1358, al. 2, qui tous parlent d'abus du droit en matière d'autorité maritale. Ici nous trouvons l'expression *abus du droit* prise dans un sens extrêmement général,

¹ M. STAMMLER (*Die Lehre*, p. 329) estime qu'on doit renoncer à appliquer sans autre le § 226 au droit public de la même manière qu'au droit privé, car cette disposition se présente comme une norme limitative et restrictive ; dès lors, on ne doit pas l'appliquer au delà du domaine qui lui a techniquement donné naissance. M. Ramdohr n'admet pas non plus que le *Schikaneverbot* s'étende au droit public ; par conséquent il exclut son application en matière de procédure.

² STAMMLER : *Die Lehre*, p. 329.

et le Code ne tient nullement compte du but et de l'intention poursuivis. Il admet purement et simplement la nouvelle théorie de l'abus comme un tempérament à la rigueur du droit formulé.

Signalons encore les dispositions des § 2287 et 2288, en matière de pacte successoral, où l'intention de nuire réapparaît comme limite de l'exercice du droit.

Les restrictions de cet exercice contenues dans les § 1308, al. 1; 1379, al. 1, 1402 et 1447, sont également en rapports étroits avec la théorie de l'abus du droit. Mais ici, ce qui limite le droit, c'est l'absence d'un motif légitime (*wichtiger ausreichender Grund*). L'abus est caractérisé par le défaut d'un motif important et suffisant; nous retrouvons là un des critères proposés par la doctrine française.

Il y a encore d'autres limitations de l'exercice absolu des droits en matière de propriété. Citons le § 903, qui place la limite du droit de propriété dans le droit concurrent des tiers, le § 905, qui restreint le droit du propriétaire dans la mesure où celui-ci ne peut plus avoir d'intérêt à l'exercer, le § 906, qui parle de limitations des droits d'après les circonstances locales coutumières, pour des immeubles de même nature.

Dans tous ces cas, il s'agit en réalité de limiter un droit subjectif qui entre en conflit avec d'autres droits subjectifs également respectables. On se trouve en présence non plus de principes généraux concernant l'exercice des droits, mais d'une véritable délimitation de droits en conflit. Sans doute il s'agit bien aussi de l'exercice de droits, mais dans leurs rapports avec les droits égaux et concurrents des voisins. Toutes ces dispositions touchent néanmoins de fort près à la théorie de l'abus du droit et il était intéressant de les signaler.

En résumé, nous pouvons dire que le droit allemand ne pose aucune règle générale pour l'exercice des droits subjectifs exclusifs. Il connaît seulement certaines restrictions positives à propos d'institutions spéciales. Dans tous les autres cas, non visés par ces dispositions, il autorise l'exercice des droits d'une manière illimitée, à condition que cet usage soit justifié subjectivement, c'est-à-dire du point de vue de celui qui exerce le droit.

II. LA DOCTRINE.

A. Généralités.

Comme le prouve l'histoire du § 226 B. G. B., le *Schikaneverbot* n'a pas été inséré dans la loi sans une certaine opposition, qui tenait d'ailleurs beaucoup plus à des questions d'opportunité et d'utilité pratique, qu'à des raisons de principe. C'est là néanmoins la preuve que la doctrine allemande était loin d'avoir admis d'une manière générale la théorie de l'abus du droit.

A l'heure actuelle, on discute encore beaucoup cette question, mais c'est davantage pour interpréter les dispositions légales et en mesurer la véritable portée, que pour combattre le principe lui-même du *Schikaneverbot*. Notre étude de la doctrine allemande sera donc assez limitée, puisque les grands courants d'opinion sont canalisés par le texte du § 226. Un point pourtant mérite de retenir spécialement notre attention, c'est l'examen des rapports entre les § 226 et 826, étude ébauchée déjà et qui constitue un des aspects caractéristiques de la doctrine allemande de l'abus.

De bonne heure, les auteurs allemands ont mis en lumière que les droits subjectifs apparaissent aussi sous la forme de devoirs ; ils s'attachent à cette idée que les droits ne sont pas seulement des prérogatives, mais comportent des obligations, en quelque sorte légales, des devoirs. Beaucoup trouvent trop large cette définition de M. Planck¹ : « La nature du droit subjectif réside en ceci, qu'à l'intérieur des limites fixées par la définition du droit, la volonté de l'ayant droit doit être déterminante ». La formule de M. Regelsberger² est plus conforme à la tendance indiquée plus haut ; d'après cet auteur, « le droit subjectif est une souveraineté conférée à l'individu pour assurer la jouissance d'un bien vital et la réalisation d'un devoir ; il implique la faculté d'accomplir tous les actes qui sont utiles pour la réalisation de ce but ».

L'exercice d'un droit consiste donc précisément dans l'usage des facultés conférées par ce droit, en vue de réaliser le but qu'il se propose : jouissance des biens vitaux ou accomplissement des devoirs sociaux. M. Regelsberger³ caractérise cet exercice comme

¹ PLANCK : *B. G. B. ad § 226*, I, Vol. I, p. 373.

² REGELSBERGER : *Pandekten I*, § 54, p. 228.

³ REGELSBERGER : *op. cit.* I, § 54, p. 228.

suit : « Celui qui use de la faculté contenue dans les droits d'accomplir les actions qui sont de nature à réaliser le but du droit et de faire valoir son droit contre tout opposant (judiciairement ou extra-judiciairement), celui-là use de ses droits. »

La théorie classique admet que chacun peut, en principe, exercer ses droits librement, sans se préoccuper de savoir si, par là, il porte atteinte aux intérêts des autres sujets de droit, et à condition toutefois qu'il se tienne dans les limites du droit objectif¹. Selon la formule de Guillaume de Humboldt, chacun a la liberté d'exercer ses droits « selon la mesure de ses besoins et de ses désirs, sans être restreint par autre chose que les limites de sa force et de son droit² ». Mais cette liberté n'est nullement absolue, puisque précisément elle trouve ses bornes dans les limites du droit et que ce droit de l'individu lui a été accordé par le droit objectif, qui vise à régler les rapports des sujets de droit les uns à l'égard des autres, par l'établissement de sanctions. Toutes les définitions des droits subjectifs de quelque espèce qu'ils soient, cherchent à préciser la sphère dans les limites de laquelle chacun veut être respecté par les autres, avec l'obligation réciproque de se comporter de même envers eux³. On ne peut donc, en réalité, parler de liberté que d'une manière relative.

Toutefois, dans la règle, les limites imposées à l'exercice des droits subjectifs sont étrangères à l'idée du but poursuivi par ceux qui les exercent. Ainsi, en matière de droit de voisinage, nous nous trouvons en présence de restrictions légales, lesquelles sont en réalité des « dispositions qui précisent le droit⁴ », plutôt qu'elles ne le limitent. L'essence d'un droit subjectif c'est de pouvoir être exercé, et cet exercice n'est pas illicite et contraire au but du droit par le seul fait qu'il apporte un trouble à l'exercice du droit concurrent d'autrui, sinon ce serait le droit d'autrui qui jouirait d'un privilège. Il s'agit ici de la collision de deux ou plusieurs droits⁵; c'est pour-

¹ Cf. DERNBURG : *Pandekten*, Vol. I, p. 89, § 41. STAUDINGER'S *Kommentar zum B. G. B.*, Vol. I, p. 753, ad § 226, Rem. 1.

² HUMBOLDT : *Ideen zu einem Versuche*, p. 15.

³ Cf. STAMMLER : *Die Lehre*, p. 188.

⁴ STAUDINGER'S *Kommentar*, ad § 226, Rem. 1, Vol. I, p. 753.

⁵ Cf. WINDSCHEID : *Pand. I*, p. 526, 8^{me} édition. Voir aussi DERNBURG : *Pandekten*, Vol. I, § 42, p. 90. WINDSCHRID : *Pandekten*, I, § 121, p. 526. REGELSBERGER : *Pand. I*, § 56, p. 282. GIERKE, *Privatrecht I*, § 96, p. 319. IHERING dans *Ihering's Jahrbücher für Dogmatik*, Vol. 10 (1871), p. 312.

quoi, pour la majorité des auteurs, il n'y a pas de relation entre ces limitations du droit par le droit objectif et la disposition du § 226, qui part du point de vue fort différent du but poursuivi par l'exercice du droit, et déclare contraire au droit, non pas un exercice abusif du droit, hors des limites objectives tracées par les normes de droit, ce qui serait une superfétation, mais l'abus malicieux du droit (*böser Rechtsmissbrauch*), c'est-à-dire l'exercice du droit dans le seul but de nuire à autrui. Le § 226 apparaît donc bien, au premier abord, comme une disposition d'ordre spécial « qui marque le courant où s'engage de plus en plus le droit moderne pour donner satisfaction à la bonne foi et empêcher l'usage strict du droit, surtout quand il est contraire au principe de l'équité¹ ».

Pour beaucoup d'auteurs, il s'agit là uniquement d'une ingérence de la morale dans le droit, ingérence d'autant plus intolérable qu'elle enlève toute sécurité au droit. Il est inadmissible en effet, d'après eux, qu'en dehors des limites légales posées par le droit objectif à l'exercice des droits, il existe d'autres limites d'un ordre purement subjectif, qui tiennent compte de considérations étrangères au droit, en particulier de l'intention qui fait agir le sujet de droit, des motifs.

Tels sont les principaux arguments invoqués par les adversaires de l'introduction du § 226 ou de toute autre disposition analogue dans le Code, à quoi il faut ajouter la difficulté d'appliquer une norme de ce genre, qui donne aux tribunaux un pouvoir exorbitant, en les obligeant à se faire le juge des consciences².

Beaucoup d'auteurs estiment donc qu'une disposition générale, comme celle du § 226 est illogique, ou tout au moins inutile, et sont d'avis que la loi doit se borner à formuler ce principe dans certains cas particuliers.

La doctrine allemande envisage le problème de l'abus du droit, avons-nous dit, sous un de ses aspects particuliers, celui du *Schikaneverbot*. Au lieu que les auteurs français recherchent, d'une manière très générale, si l'on peut admettre que l'exercice d'un droit subjectif devienne abusif dans certaines circonstances, quand bien même le titulaire du droit s'est tenu dans les limites du droit objectif, les auteurs allemands se demandent seulement si l'intention

¹ DOBROVICI: *op. cit.* p. 133.

² En ce sens WECHEER: *Pandekten* I, p. 169 et *Württembergisches Privatrecht* II, § 32, p. 194. UNGER: *System des österr. Privatrechts* I, p. 616. WEHRENBURG et IRRING, dans *Jahrbücher für Dogmatik* 6, p. 34 et 104 à 106.

de nuire, lorsqu'elle constitue le seul motif de l'exercice d'un droit, peut conférer à cet exercice un caractère illicite. Ils se confinent dans le domaine de la chicane, ou de l'*æmulatio* telle qu'elle était définie déjà par Strykius : « omnia ad æmulationem fieri intelliguntur, quæ cum injuria alterius et animo nocendi, non utilitatis vel necessitatis propriæ gratia fiunt, seu quæ fiunt non ut prosint mihi, sed ut alteri principaliter noceant. »

Au sens tout à fait général, la chicane¹ apparaît comme « un acte dont le but consiste à causer un dommage à d'autres personnes en leur préparant des désagréments de toute espèce dans leur activité légitime, sans pour cela dépasser soi-même les limites de ce qui est permis² ». Sur le terrain juridique proprement dit, pour qu'il y ait chicane, il est nécessaire que l'action contrevenne à des principes bien définis, d'ordre juridique; de plus, il faut qu'elle constitue dans le domaine de l'activité humaine, non pas un exercice de la liberté en général, mais l'exercice d'un droit subjectif; enfin, la loi attache à cet exercice chicaneux du droit des conséquences nettement définies.

Remarquons d'ailleurs, avec M. E. Martin que, dès que la loi est intervenue pour réprimer la chicane, celle-ci ne constitue plus l'exercice d'un droit, mais bien plutôt la violation délétueuse d'un droit privé subjectif, qui revêt extérieurement l'apparence de l'exercice de ce droit, et a pour but de nuire à autrui. On ne peut admettre d'après cette définition que la chicane constitue encore l'exercice du droit.

Notons aussi que les auteurs prennent généralement soin de distinguer entre chicane et exercice abusif du droit; M. Ramdohr, au contraire, voudrait assimiler ces deux notions, conception que M. Karl Huber a très justement critiquée³. Si la chicane, lorsqu'elle est condamnée par le législateur, constitue une violation du droit et non pas l'exercice d'un droit, il y aurait contradiction à qualifier la chicane d'exercice chicaneux du droit, ou d'abus de droit. C'est aussi ce qu'observe fort bien M. Kipp dans le commentaire de Windscheid⁴ : « La conception exacte devrait être la suivante, c'est

¹ Pour l'étymologie du mot *Chikane*, voir BAUCKE: *Rechtswissenschaftliche Untersuchungen*, p. 67.

² E. MARTIN, *op. cit.* p. 7.

³ Cf. E. MARTIN, p. 5 et 6.

⁴ WINDSCHEID: *Pandekten* Vol. 1, § 121, p. 526, note de KIPP.

que ce sont les droits eux-mêmes (non pas seulement leur exercice) qui sont limités par le *Schikaneverbot*. L'exercice illicite d'un droit ne constitue d'ailleurs plus un exercice de ce droit, mais une action contraire au droit, qui ne se présente qu'apparemment sous la forme de l'exercice d'un droit. »

La chicane est donc une notion plus limitée que l'abus du droit, car elle laisse de côté tous les exercices du droit qui ont un autre but que celui de nuire à autrui, et qui pourtant seraient considérés comme abusifs d'après la théorie de l'abus du droit¹. Il suffit de comparer notamment les § 1353, 1354 et 1357 B. G. B., où le mot *abus du droit* a une portée beaucoup plus vaste². L'abus du droit, dans ce sens large, qui est aussi celui que nous a révélé la doctrine française, se caractérise comme l'exercice d'un droit subjectif qui ne peut être approuvé d'après les principes du droit objectif. Il faut en distinguer soigneusement l'acte accompli sans droit et celui qui est accompli contrairement au droit (*abusus legis*).

Comme le fait remarquer M. Stammler³, il semble bien qu'en droit allemand, le terme d'abus soit réservé à cette espèce spéciale : l'abus d'une puissance conférée à quelqu'un, abus de la puissance maritale ou de la puissance paternelle. En pareil cas, on se trouve en présence d'une communauté d'intérêts dans la gestion de laquelle un rôle prédominant est reconnu à l'une des parties dans l'intérêt de la communauté, et l'abus surgit lorsque cette partie fait un usage arbitraire et subjectif de sa puissance.

B. Les adversaires du *Schikaneverbot*.

Parmi les auteurs allemands, plusieurs rejettent l'abus du droit en général, et le *Schikaneverbot* en particulier, comme contraires à la logique. Nous allons examiner rapidement leur point de vue, avant d'étudier les conditions d'application du § 228, telles que les définit la doctrine. Remarquons qu'en Allemagne les monographies sur le sujet qui nous occupe sont assez peu nombreuses, le *Schikaneverbot* existant dès longtemps sous la forme d'une

¹ Cf. HAGER, *op. cit.* p. 123 et suiv. qui adopte entièrement notre point de vue.

² Voir aussi NAST : *Das Schikaneverbot*, p. 27, qui parle « d'abus du droit déraisonnable », c'est-à-dire de l'usage d'un droit subjectif sans but raisonnable.

³ STAMMLER : *Die Lehre*, p. 362.

ancienne institution germanique et la législation actuelle ayant eu plutôt la tendance à restreindre les principes posés antérieurement par le Code prussien.

M. Rewoldt¹ est le principal adversaire du *Schikaneverbot* en dehors des grands commentateurs qui s'occupent de la question incidemment. Il distingue tout d'abord entre la chicane au sens large, qui réside dans l'exercice d'un droit en vue de nuire à autrui, sans préoccupation de savoir si celui qui exerce le droit a, à côté de l'intention de nuire, un intérêt objectif ou subjectif à agir, et la chicane au sens étroit, c'est-à-dire l'exercice d'un droit sans intérêt, uniquement en vue de nuire à autrui. A notre avis, cette distinction ne se justifie pas pratiquement. Théoriquement, elle apparaît comme illogique, car les deux caractéristiques que donne M. Rewoldt, d'une part *intention de nuire*, d'autre part *absence d'intérêt*, ne se complètent pas l'une l'autre et apparaissent plutôt comme deux moyens différents d'apprécier l'usage abusif du droit, dont l'un, l'intention de nuire, est d'ordre purement subjectif, tandis que l'autre est une tentative de donner un critère objectif à la chicane². D'ailleurs, dans l'un et l'autre cas, M. Rewoldt part de l'idée que le *Schikaneverbot* reconnaît implicitement dans la chicane une violation du droit et il examine si cette affirmation est justifiée. Le *Schikaneverbot* serait illogique et inadmissible s'il n'était dirigé contre une violation du droit, car partout où le droit objectif intervient pour protéger un droit subjectif, il pose comme condition que ce dernier ait été violé.

Les conditions de la violation du droit sont, d'après cet auteur, les suivantes³ :

1. Un droit doit avoir subi une atteinte (*Rechtsstörung*, dommage).
2. L'atteinte doit avoir été causée par un être doué de volonté.
3. La volonté dommageable doit être illicite, constituer un excès de droit.

En d'autres termes, à côté de l'élément de volonté (*Wille*) que nous avons qualifié *imputabilité*, M. Rewoldt exige aussi l'élément illicite. D'où il conclut logiquement qu'une volonté fautive, c'est-à-

¹ M. REWOLDT : *Das Verbot der Chikane*.

² Cf. E. MARTIN, p. 12, qui n'admet pas non plus cette distinction, mais pour d'autres motifs.

³ REWOLDT, *loc. cit.* p. 681.

dire illicite, s'appliquant à l'exercice d'un droit, est inconcevable juridiquement ; une pareille volonté ne peut avoir pour effet de violer un droit, mais tout au plus un état de fait, auquel manque toute base de droit (*rechloser Zustand*). En résumé, pour M. Rewoldt, l'exercice d'un droit avec intention de nuire ne constitue pas une violation de droit (*Rechtsverletzung*), car il manque à l'intention de nuire de s'appliquer à quelque chose qui constitue un dépassement du droit.

M. Rewoldt examine encore si le fait d'exercer son droit sans intérêt (*Chikane* au sens étroit), peut conférer à cet exercice un caractère illicite. Il montre que cela n'est pas possible : poser ainsi la question, c'est faire de l'intérêt qu'on a à exercer un droit, une condition d'existence de ce droit, ce qui pour lui est un non-sens, car le droit est indépendant de l'intérêt momentané de son titulaire et d'autre part, le droit peut exister temporairement sans titulaire (hérédité jacente) ¹. Si nous sommes d'accord avec M. Rewoldt pour admettre que l'exercice d'un droit avec intention de nuire ne peut constituer logiquement une violation de droit, nous ne pouvons par contre suivre notre auteur sur ce dernier point et nous aurons à y revenir plus loin.

M. Rewoldt termine son étude en disant qu'une défense de chicaner ne se justifierait que si l'on pouvait trouver dans la chicane, exercice d'un droit, une violation de droit, ce qui n'est pas le cas. On doit donc rayer le principe du *Schikaneverbot* de la science juridique ; ce principe repose sur une méconnaissance des limites entre le droit et la morale. La morale condamne toute espèce de chicane, mais le droit ne peut intervenir avec sa sanction que si un droit est violé.

La théorie de M. Rewoldt, émise bien avant l'élaboration du B. G. B., est au fond la même que celle des adversaires de l'abus du droit en droit français. Elle met en lumière ce qu'il y a d'illogique dans cette idée que l'exercice d'un droit peut être illicite en regard des seuls principes de la responsabilité civile traditionnelle.

M. Jacubekzy ² a étudié le *Schikaneverbot* au moment de l'élaboration du B. G. B. Sans prendre aussi nettement position que M.

¹ En sens contraire, IHERING : *Passive Wirkungen der Rechte*, dans *Ihering's Jahrbücher*, Vol. 10, p. 387 et suiv.

² JACUBEKZY : *Zur Frage des allgemeinen Schikaneverbots*, dans *Gruchot's Beiträge*, Vol. 40, p. 591 et suiv.

Rewoldt, il est pourtant un adversaire de l'admission d'un *Schikaneverbot* général dans la loi.

L'auteur commence par étudier les différentes dispositions du projet de B. G. B., dans lesquelles la limitation des droits est imprécise et où l'exercice de ces droits peut paraître abusif, à raison surtout de l'intention qui y préside. Pourtant, il estime que le projet de B. G. B. fait avec raison abstraction d'un principe général¹. C'est dans chaque cas particulier, et à propos de chaque droit, que le législateur doit examiner si d'après le but et le contenu du droit, une protection contre l'exercice abusif de ce droit est admissible et peut atteindre son but.

Parmi les adversaires du *Schikaneverbot*, avant l'introduction du B. G. B., signalons encore M. Endemann², qui adopte à peu près la même théorie que M. Planiol en droit français. Pour lui aussi, c'est le droit lui-même qui est limité par l'interdiction du § 226, de sorte que les abus constituent des actes illicites. Ihering, non plus, ne pouvait admettre le *Schikaneverbot*³. Il est faux d'après lui de faire intervenir l'intention, qui est éminemment subjective, pour juger d'un acte dont la légalité objective extérieure n'est pas douteuse. Il montre qu'en partant du point de vue de la responsabilité objective et en disant que non seulement on n'a pas le droit de porter atteinte au droit du voisin, mais que même l'atteinte portée à sa sphère d'intérêts légitimes est défendue, on se place sur le véritable terrain et qu'on n'a plus besoin d'une disposition comme le *Schikaneverbot*.

C. Doctrine des partisans du *Schikaneverbot*.

Malgré les arguments avancés par ses adversaires, le *Schikaneverbot* a obtenu gain de cause dans le B. G. B. ; mais l'interprétation du § 226 a donné lieu à des difficultés nombreuses qui font l'objet de controverses délicates entre les auteurs. Cette disposition

¹ « Exclure de la protection de la loi l'exercice chicaneur d'un droit est un principe qui doit guider le législateur, mais ce n'est pas une règle de droit appropriée à une application directe et illimitée. » (loc. cit. p. 506).

² ENDEMANN : *Lehrbuch*, Vol. 1, § 84, p. 421 à 423.

³ IHERING : *Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen*, dans *Ihering's Jahrbücher*, Vol. 23, notamment p. 180 et suiv. et du même auteur, *cod. loc.*, Vol. 6, p. 104 à 106.

est jugée en général assez sévèrement par la doctrine qui y voit une cote mal taillée. M. Karl Huber, dans son étude sur l'abus du droit, déclare sans ambage que le § 226 n'est rien d'autre qu'un motif décoratif d'ordre moral dans le droit allemand (*ein moralischer Dekorationsschild für das deutsche Recht*)¹. Quoi qu'il en soit, il nous reste à examiner brièvement l'interprétation courante donnée à cette disposition.

Le principal partisan du *Schikaneverbot*, celui aussi qui a tenté d'en donner la justification systématique la plus approfondie, est M. Ramdohr². Nous adoptons pour étudier le § 226, le plan qu'il a lui-même suivi dans son travail.

1. Exercice d'un droit.

M. Ramdohr essaie tout d'abord de définir ce qu'il faut entendre par exercice d'un droit et se demande s'il y a des motifs logiques et juridiques pour justifier l'établissement de limites à l'exercice des droits subjectifs. Partant de l'idée que le but du droit, au sens objectif, comme aussi celui des droits subjectifs, est la protection des intérêts humains (*omne jus hominum causa*), il en conclut que celui qui exerce un droit, poursuit son intérêt. Mais comme les buts poursuivis dans l'exercice d'un droit sont déterminés par ceux qui exercent ces droits, et non par la loi, il en résulte que ces buts peuvent être en désaccord, et avec les buts généraux poursuivis par le droit objectif, et avec le but que vise tel droit subjectif. C'est contre ce désaccord qu'est dirigé le *Schikaneverbot*.

La justification juridique de l'institution doit être recherchée dans cette idée³ que l'exercice d'un droit subjectif dans certains cas particuliers, vise des buts qui contredisent directement ceux du droit objectif lui-même. Or, le droit ne peut admettre une solution de ce genre, car il est conçu tout entier dans cet esprit : chercher à réprimer toute manifestation qui va contre ses fins. Remarquons d'ailleurs, au sujet de cette théorie, que ce n'est pas le droit lui-même, mais son exercice, qui entre en conflit avec le but du droit ; à quoi il faut ajouter qu'on ne conçoit guère comment un droit

¹ K. HUBER, p. 29.

² RAMDOHR : *Rechtmissbrauch*, dans *Gruchot's Beitrage*, Vol. 46, p. 577 et suiv. et 806 et suiv.

³ Cf. RAMDOHR, *op. cit.* p. 587.

subjectif se manifesterait autrement que par son exercice, bien qu'il existe en dehors de celui-ci, et qu'en tout cas le défaut d'intérêt complet à l'exercice d'un droit, affaiblisse singulièrement la portée de ce droit ¹.

M. Ramdohr exprime un point de vue original se rapprochant de la conception de M. Stammler, lorsqu'il déclare que « ce n'est pas parce que la chicane est immorale qu'elle est interdite, mais parce que l'exercice d'un droit dans le seul but de nuire contredit l'idée du droit et est par là même illicite » (p. 590). Il conteste donc que le *Schikaneverbot* favorise la confusion entre le droit et la morale. Pour nous, au contraire, il est incontestable que la formule restreinte du *Schikaneverbot* aide à cette confusion, en adoptant le critère de l'intention de nuire ; car cette intention ne paraît condamnable que pour des motifs tirés de la morale.

Il résulte du texte du § 226 que cette disposition ne peut être appliquée que si l'on se trouve en présence de l'exercice d'un droit. Ce point pourtant est assez vivement discuté entre les auteurs. Certains, comme MM. Dernburg et Regelsberger, définissent l'exercice du droit d'après le contenu de cet exercice et distinguent dans l'exercice, d'une part le fait d'invoquer le droit, soit judiciairement, soit extra-judiciairement, d'autre part la jouissance du droit ou exercice du droit, au sens restreint.

D'autres auteurs, comme MM. Blümner et Goldenberg, ne se préoccupent pas d'analyser la nature de l'exercice du droit, mais adoptent une règle générale, purement formelle, qui doit permettre de distinguer si, oui ou non, dans un cas particulier, on se trouve en présence de l'exercice d'un droit. Ils combattent notamment toute distinction entre le fait d'invoquer un droit judiciairement ou extra-judiciairement ; dans ce dernier cas, ils estiment qu'il n'y a pas exercice du droit, car l'exercice doit s'appliquer à la réalisation immédiate (*Verwirklichung*) du droit. M. Thon ² de son côté, croit que la jouissance (*Genuss*) d'un droit, ne rentre pas

¹ M. STAUDINGER (*Kommentar zum B. G. B. ad § 226*, Rem, 4^e, Vol. 1, p. 754) écrit pourtant : « Le § 226 ne nie pas l'existence du droit lui-même, mais seulement la possibilité de l'exercer. » C'est en cela que cette disposition se distingue du § 188 B. G. B., où c'est l'existence du droit lui-même qui est niée du fait du caractère contraire aux mœurs.

² THON : *Rechtsnorm und subjectives Recht*, p. 288 et suiv.

dans son exercice, car elle est l'expression du but du droit, et non de son contenu.

Nous pensons avec M. E. Martin¹ que l'opinion de MM. Dernburg et Regelsberger paraît la mieux justifiée; il semble incontestable, d'une part, que l'exercice d'un droit se manifeste aussi bien extrajudiciairement que judiciairement et, d'autre part, que la jouissance du droit², même sans un acte extérieur pour la faire valoir, constitue déjà son exercice. Il résulte de cette opinion que la différence entre le droit subjectif lui-même et son exercice est très minime et distingue seulement l'état actif de l'état passif.

Remarquons encore que tous les auteurs admettent que l'exercice d'un droit au sens du § 226 peut se manifester aussi bien négativement par une passivité que par une activité positive, ce dernier cas étant d'ailleurs le plus fréquent. Cette passivité consiste dans l'abstention d'agir (*Unterlassung einer Tätigkeit*). Pourtant, toute espèce d'abstention ne peut pas être envisagée comme l'exercice d'un droit, mais celle-là seulement relativement à laquelle les dispositions particulières du droit formulé le prévoient expressément; dans les autres cas, il s'agit d'une abstention dont la justification procède de la liberté générale. On oppose en effet à l'exercice des droits les actes ou omissions accomplis en vertu de la liberté de volonté de chacun, dont la légalité ou l'illégalité est appréciée en regard des § 823 et suiv. et non pas du § 226.

Notons encore qu'il faut distinguer, d'après les auteurs allemands, ou mieux d'après certains d'entre eux³, entre les cas où il y a abus du droit et ceux où une partie a agi contre un devoir que lui imposait le droit (*Rechtspflicht*). Ce devoir sera souvent l'obligation d'agir selon les règles de la bonne foi. Les auteurs, partisans de cette théorie, reconnaissent la difficulté de son application en pratique. Au surplus, la conception de M. Stammler est directement opposée à cette distinction, sur laquelle nous aurons à revenir à propos du droit suisse.

¹ E. MARTIN, *op. cit.*, p. 49 et suiv.

² « La jouissance d'un droit est l'appropriation des avantages particuliers qu'il offre à l'ayant droit » (E. MARTIN, p. 52). Quant à M. Ramdohr, il ne va pas aussi loin : pour lui l'exercice du droit consiste dans le fait de faire valoir effectivement ce droit par un acte.

³ RAMDOHR, *op. cit.* p. 817.

2. Exclusivité du but de nuire.

Le § 226 n'est applicable que si l'on se trouve en présence de l'exercice d'un droit, telle est la première condition que nous venons d'examiner; mais, une autre condition est encore nécessaire, c'est l'exclusivité du but de nuire.

La doctrine allemande est unanime à interpréter cette condition d'une manière très stricte. Les auteurs qui ont étudié spécialement le *Schikaneverbot* sous sa forme actuelle, montrent à ce sujet qu'il faut distinguer entre le motif d'une action et son but.

D'après M. Ramdohr, le motif est la représentation que notre esprit se fait de quelque chose, représentation qui exerce une influence déterminante sur notre activité. Chacune de nos actions est dirigée vers un résultat, qui est prévu à l'avance ou non. Si le résultat était prévu et que ce soit le désir de l'atteindre qui constitue le motif de notre action, on parle d'intention (*Absicht*)¹. Ainsi le motif, comme l'intention, appartient au domaine purement subjectif. Or le § 226 parle de but qui est un concept fort différent. Le but pour M. Ramdohr est quelque chose d'inhérent à la chose elle-même; c'est la finalité en vue de laquelle quelque chose est. Lorsqu'on examine le but, on n'a pas à tenir compte des motifs ou des intentions; la détermination du but est le résultat d'un point de vue objectif qui se trouve en dehors de la personne. Toute activité humaine est, pour ainsi dire, pourvue d'un but.

Cette distinction se justifie théoriquement, bien qu'on puisse lui objecter de ne pas être facilement applicable en pratique lorsqu'il s'agit d'actes ou d'omissions de l'homme; dans ce domaine, c'est en effet l'auteur de l'acte lui-même qui lui confère un but, et il en est notamment ainsi en matière d'exercice des droits subjectifs. M. Ramdohr conclut que, lorsque dans l'examen des motifs déterminants de l'exercice d'un droit, on constate que c'est la recherche d'un dommage, prévu en tant qu'effet de cet exercice du droit, qui constitue le motif déterminant de l'action, il faut parler d'acte dommageable intentionnel, alors que, si l'on fait abstraction des motifs et si l'on considère seulement l'acte lui-même, on doit dire que l'exercice du droit a pour but de nuire à autrui. Pour nous, cette distinc-

¹ « Absicht ist mithin die Vorstellung des Erfolges dann, wenn sie zum Beweggrunde des Handelns wird. » (RAMDOHR, *op. cit.* p. 818).

tion ne se justifie pas : en effet, le but n'est pas ici autre chose que l'intention de nuire ; c'est lorsque, le motif et le but apparaissant concurremment dans notre esprit, nous nous décidons à chercher la réalisation de ce but, que le désir d'atteindre ce dernier devient une intention. Il s'agit là du processus interne de notre pensée, donc d'une notion purement subjective.

Ce qu'il faut retenir pourtant de la distinction de M. Ramdohr, c'est la nécessité d'écarter la notion de motif dans l'application du § 226. « En définitive, conformément à la règle générale de droit, qui veut qu'on fasse abstraction des mobiles (*Beweggründe*), il faut laisser le motif entièrement de côté dans la définition des concepts juridiques ; il n'y a pas de raison de faire une exception à ce principe en matière de chicane. Il est au contraire indiqué d'exclure complètement le motif et de ne tenir compte que des buts. ¹ »

Mais il faut envisager le but sous son aspect objectif, comme un élément extérieur inhérent à un acte et lui appartenant nécessairement ² ; on peut en conséquence rechercher quel est le but d'un acte, sans faire intervenir les mobiles qui l'ont déterminé. Mais alors, il s'agit uniquement d'une recherche d'intérêts particuliers et nous ne sommes plus du tout dans le domaine de l'intention de nuire. Ce qu'il faut mettre en balance, ce ne sont donc pas les motifs et le but, mais bien les moyens et le but. C'est aussi ce que fait remarquer M. Stammler ³ : « Pour toutes les questions d'ordre juridique, il s'agit d'examiner un rapport entre les moyens employés et le but poursuivi. » Lorsqu'il s'agit d'abus du droit, ces rapports sont troublés en ce sens « qu'une volonté envisagée juridiquement comme un moyen, ne répond pas à sa destination et tend à autre chose qu'au but véritable du droit ».

Pour que le § 226 soit applicable, il faut que le but de nuire, dans le sens objectif que nous venons de définir, soit non pas seulement un des caractères de l'acte, l'un des buts qu'on peut lui donner, mais qu'il soit exclusif et cela non pas *in concreto*, c'est-à-dire dans le cas particulier, mais *in abstracto*. C'est ce qu'exprime la formule *nur den Zweck haben kann*, au lieu de *nur den Zweck hat*. Le caractère d'acte accompli dans le but de nuire ne suffit donc pas, il

¹ E. MARTIN, *op. cit.* p. 9.

² Cf. TRUBB : *Der Rechtsmissbrauch im modernen Recht*, p. 82 et 83.

³ STAMMLER : *Theorie der Rechtswissenschaft*, p. 258.

faut qu'il ne puisse pas en exister d'autre possible au point de vue objectif. Si l'exercice du droit n'a aucun but, cela conduira souvent à établir qu'il ne pouvait avoir d'autre but que de nuire, mais ce n'est nullement une conséquence nécessaire¹. En sens contraire, certains auteurs², qui ne représentent pas l'opinion dominante, ni d'ailleurs la plus récente, ne peuvent admettre que l'exclusivité du but de nuire doive être considérée comme absolue, car cette exigence rend à leurs yeux le § 226 inapplicable, ou en tout cas, restreint par trop son champ d'application.

Il résulte enfin de ce que nous venons de dire que, si l'exercice d'un droit poursuit des buts condamnables, juridiquement et moralement, pour d'autres motifs, mais qui ne sont pas des buts de nuire, le § 226 n'est pas applicable³. Souvent un pareil exercice des droits apparaîtra comme illicite en regard d'autres dispositions, mais il est possible aussi qu'il échappe à toute sanction, et cela suffit à mettre en lumière le caractère fragmentaire du *Schikaneverbot*.

Si désirable que soit un élargissement du cadre du § 226, il faut reconnaître que sous sa forme actuelle, il ne peut être interprété que strictement dans le sens indiqué plus haut. C'est le seul moyen de réaliser les exigences très étroites imposées par son texte, si l'on ne veut pas encourir le reproche de laisser l'application de ce principe à l'arbitraire du juge⁴. Ce sont cette rigueur de forme et le manque de souplesse du *Schikaneverbot* qui ont fait dire à M. Stammler que cette disposition, dont le but serait d'adoucir la rigueur du droit, est en réalité un obstacle sur le chemin du droit vrai.

3. Sanction du *Schikaneverbot*.

Le § 226 déclare que l'exercice du droit qui ne peut avoir d'autre but que de nuire à autrui est inadmissible (*unzulässig*). Que faut-il entendre par là, et en quoi consiste la sanction donnée au *Schikane-*

¹ En ce sens, E. MARTIN, p. 68 et suiv.; NEUMANN, p. 21.; STAUDINGERS *Kommentar*, ad § 226, Rem. 4^b, Vol. 1, p. 754. RAMDOHR.

² HELDER: *Kommentar*, Vol. 1. ENDEMANN: *Lehrbuch*, Vol. 1. § 84^a, p. 423. BAUER: *Bestrafung der Schikane*, p. 118.

³ Par contre, M. RAMDOHR (p. 831) croit que si, à côté du but de nuire on a d'autres buts également répréhensibles, on devra pouvoir appliquer le § 226, sans avoir besoin de recourir au § 226.

⁴ Cf. NEUMANN, p. 21.

verbot? L'usage du droit dans les conditions prévues au § 226 cesse d'être l'exercice légal d'un droit; cet acte qui, extérieurement, se présente sous l'apparence de l'exercice d'un droit, n'a donc plus en réalité cette qualité, il n'appartient plus au domaine protégé par la loi.

Il en résulte, au point de vue de la sanction, que dans tous les cas, le lésé peut réclamer la réparation en nature, c'est-à-dire qu'il peut demander la remise en état s'il s'agit d'un dommage matériel, et la cessation de l'atteinte à ses droits ou à ses intérêts, pour le présent et éventuellement aussi pour l'avenir ¹. D'après M. Bamdohr ², on pourra aussi réclamer des dommages-intérêts; mais, pour qu'une pareille action soit recevable, il faudra qu'elle réalise les conditions d'application exigées par les § 823 et suiv., le § 226 étant une disposition protectrice (*Schutzgesetz*) au sens du § 823, 2^{me} al. ³ Ces dernières dispositions sont applicables puisqu'il ne s'agit plus en réalité de l'exercice d'un droit, mais d'un acte procédant de l'exercice de la liberté générale. Ce dernier point nous amène à examiner si l'acte tombant sous le coup du § 226 est illicite. M. Neumann ⁴ l'admet avec raison, nous semble-il; M. Blümner, au contraire, veut que le mot *unzulässig* ne soit pas entièrement synonyme de *widerrechtlich*; dans son idée, l'illicéité, au sens du § 823, est seulement la conséquence du caractère inadmissible (*Unzulässigkeit*) des actes tombant sous le coup du § 226 ⁵. Pour M. E. Martin ⁶ non plus, l'acte dommageable prévu par le § 226 n'est pas un acte illicite, un délit au sens des § 823 et suiv.; toutefois, cet auteur concède que, dans certains cas, on peut réclamer des dommages-intérêts, mais avec M. Oertmann et d'autres ⁷, il estime que seul le § 823 pourra être invoqué, à l'exclusion du § 826.

Nous avons déjà mentionné sommairement plus haut les discussions soulevées en doctrine par les rapports entre les § 226 et 826. Il convient de préciser brièvement cette question à la lumière de

¹ MARTIN, *op. cit.* p. 84.

BAMDOHR, *op. cit.* p. 887.

² En ce sens OERTMANN: *Sittenwidrige Handlungen*, dans *Deutsche Jurist. Zeitung* 1908, p. 826 et STAUDINGER's, *Komm. ad § 226*, Rem. 5, Vol. 1, p. 755.

³ NEUMANN, *op. cit.* p. 19. ENDEMANN, Vol. 1, § 84^a, p. 422 (admettant le caractère illicite).

⁴ BLÜMNER, *op. cit.* p. 153.

⁵ E. MARTIN, p. 77 et suiv.

⁶ P. OERTMANN: *Sittenwidrige Handlungen*, p. 826. BLÜMNER, *op. cit.* p. 198.

notre étude du § 226. D'après nous, l'on doit en tout cas considérer les actes tombant sous le coup du *Schikaneverbot* comme illicites ; ils ont, en effet, tous les caractères de l'illicéité, à quelque point de vue que l'on se place : d'une part ce sont des actes imputables, accomplis sans droit, ou mieux en dehors des limites compatibles avec l'exercice du droit en question, d'autre part, ces actes portent une atteinte aux droits d'autrui ou à certains intérêts reconnus légalement (§ 823). Ce qui distingue pourtant ces actes des actes illicites ordinaires, c'est que, dans certains cas, toutes les conditions du § 823 ne sont pas réalisées, en ce sens qu'il n'est pas nécessaire que le dommage se soit déjà produit ; pratiquement d'ailleurs, ces cas seront très exceptionnels ¹. D'après M. Oertmann ², le § 826 complète à la fois le § 823 et le § 226. Il ne faut donc pas interpréter le § 826 strictement comme le font MM. Planck, Cosack et Staudinger, et ne l'appliquer, lorsqu'il s'agit d'actes accomplis dans l'exercice de droits positifs, que si les conditions du § 226 sont en même temps réalisées. Au contraire, le § 826 doit servir à étendre le champ d'application du § 226 et permet de réprimer notamment tous les exercices de droits contraires aux mœurs, qui ne tombent pas sous le coup du § 226, parce que le but exclusif de nuire fait défaut, ou que d'autres buts, également répréhensibles, se rencontrent en l'espèce. M. Oertmann voit là un moyen de réprimer certains abus du droit nés de la vie moderne, en matière de grève, de boycott, etc. Pour lui, il faut laisser de côté l'illicéité comme élément de la responsabilité du § 826 et considérer celle-ci comme analogue à la responsabilité dérivant du dommage causé par des animaux (§ 333 et 335 B. G. B.). On peut observer cependant que ce point de vue, s'il supprime toute espèce de conflit formel entre les § 826 et 226, est entaché d'un certain illogisme ; car pourquoi déclarerait-on illicites les actes tombant sous le coup du § 226, alors que des actes également répréhensibles, mais où le but exclusif et objectif de nuire n'a pu être prouvé, ne seraient pas illicites, mais donneraient seulement lieu à des dommages-intérêts du fait du § 826, lorsqu'un dommage a été causé ? De plus, il paraît difficile d'admettre que la responsabilité dérivant d'actes contraires aux mœurs ne se fonde pas sur le caractère illicite de ces actes, mais seulement sur une analogie avec les actes illicites ordi-

¹ Cf. GOLDMANN-LILIENTHAL : *Das Bürgerliche Gesetzbuch 1897-98*, p. 105, n° 5. OERTMANN, *Komm. ad § 826*, 3^e.

² OERTMANN : *Komm. ad § 826*, 3^e, p. 1077 et 1078.

naires. En ce sens, M. Neumann¹ qui, sur ce point, admet la théorie de M. Planck comme la seule possible, fait un rapprochement assez ingénieux avec le § 138 B. G. B., où l'acte est inexistant parce qu'il est contraire aux mœurs. Tout ce qui est contraire à l'ordre que le droit a pour but de maintenir est contraire au droit. Logiquement, il faudrait donc admettre qu'une action, donnant lieu à des dommages-intérêts d'après le § 826, est contraire au but de l'ordre juridique et doit être considérée comme illicite. En matière de responsabilité dérivant du dommage causé par des animaux, c'est bien le principe du risque créé, de la responsabilité causale, qui est admis, ce qui n'est nullement le cas lorsqu'il s'agit d'actes contraires aux mœurs. La *ratio legis* de cette responsabilité est en effet toute différente et doit être recherchée dans le caractère anti-social, et partant anti-juridique des actes contraires aux bonnes mœurs.

M. Trueb, s'occupant des rapports entre le § 826 et le § 226, est d'avis que ce dernier sert à restreindre la portée du premier, en ce sens que le législateur ne considère la chicane comme contraire aux bonnes mœurs que lorsque les conditions du § 226 sont réalisées. Cette interprétation nous paraît inexacte ; elle aurait pour conséquence d'empêcher toute responsabilité dans les cas de chicane où le § 226 ne serait pas applicable à cause de sa rigueur, et où, pourtant, on trouverait des actes répréhensibles au point de vue du droit vrai et susceptibles de tomber sous le coup du § 826.

En définitive, il faut admettre, semble-t-il, que la contradiction entre les § 826 et 226 ne peut être résolue que dans le sens où le fait M. Oertmann. Toutes les autres formules, ou bien restreignent par trop le domaine du § 826, ou bien enlèvent toute application au § 226. Cela ne veut pas dire que le point de vue de M. Oertmann soit inattaquable logiquement, pour les raisons que nous avons indiquées plus haut. Le *Reichsgericht*, d'ailleurs, semble avoir confirmé cette manière de voir, en admettant que l'exercice d'un droit positif contraire aux mœurs, tombe sous le coup du § 826, lorsque le § 226 n'est pas applicable².

Avant de mettre un terme à notre étude de la doctrine allemande, il convient de dire encore quelques mots des dispositions légales qu'on a souvent rapprochées du *Schikaneverbot*. M. E. Martin fait remarquer que le fait de considérer le défaut de tout

¹ NEUMANN, *op. cit.* p. 11 et 19.

² R. G. E. — C. S. 11 avril 1901, Vol. 48, N^o 29, p. 124 et suiv.

intérêt ou d'un intérêt suffisant comme un élément d'appréciation de l'exercice des droits, a souvent fait mettre en rapport avec le § 226 un groupe spécial de droits, qui tiennent compte eux aussi de ces éléments ; ce sont les dispositions sur le voisinage des § 905, 906 et 910. A notre avis, nous avons à faire ici à un autre critère et à des situations juridiques différentes ¹ ; le *Schikaneverbot* du § 226 s'étendant à tout le droit privé, il n'est pas indiqué de considérer les dispositions précitées comme des *Schikaneverbote* d'ordre spécial, ainsi qu'on a voulu le faire ². En matière de droit de voisinage, il s'agit non pas du but de nuire, mais de conflits de droits et l'on examinera quel intérêt doit l'emporter sur l'autre. Ce conflit qui doit être résolu d'après les principes de l'équité (*Billigkeit*), se retrouve dans une foule de dispositions du Code et il n'a rien à voir avec le § 226 ³.

Dans d'autres dispositions, où l'on se trouve également en présence de conflits de droits subjectifs, la loi fait intervenir un autre principe, celui de la bonne foi (*Treu und Glauben*). Mais il faut remarquer que dans tous les cas, on a affaire à une véritable limitation objective des droits par le législateur. Ici, le but répréhensible qui inspire l'exercice du droit, est considéré d'une manière générale comme n'étant pas digne d'intérêt, en dehors de toute idée de nuire. L'application du § 226 à ces droits réglementés spécialement est inadmissible.

Nous avons vu déjà que les § 1353, 1354, 1357 et 1358 B. G. B. en matière de mariage, emploient l'expression *abus du droit* ; les auteurs montrent qu'une application du § 226 ne saurait intervenir non plus dans ce domaine, où le législateur a conçu l'abus du droit dans un sens beaucoup plus étendu que dans le *Schikaneverbot*. M. JACUBEZKY ⁴ signale que d'autres droits, la puissance paternelle

¹ M. STAMMLER aussi montre (*Die Lehre*, p. 557 et suiv.) que le § 226, dans sa conception étroite est sans application : « il ne s'agit pas ici de l'appréciation de l'exercice du droit de propriété dans un cas spécial, ce droit continuant à exister par ailleurs, mais il s'agit de savoir si, dans une situation donnée, ce droit ne doit pas prendre fin. » Nous sommes donc sur le terrain de la limitation des droits objectifs eux-mêmes, et non pas de la chicane d'un voisin contre l'autre, ou de dommages causés intentionnellement.

² Cf. RAMDOHR, *loc. cit.* p. 591.

³ Comparez les § 228, 251, al. 2, 315, 317, 542, al. 2, 560, al. 2, 633, al. 2, 2^{me} partie, 867, 3^{me} partie, 904, 962, 2^{me} partie, 997, 1246, al. 1, etc.

⁴ JACUBEZKY, *loc. cit.* p. 594.

par exemple, sont si absolus, que l'on admettra difficilement la recherche du but poursuivi par leur exercice ; il en serait ainsi, dit-il, dans le cas de refus de consentement du père au mariage de sa fille ¹.

Enfin, la plupart des auteurs rejettent également toute assimilation du *Schikaneverbot* à l'*exceptio doli generalis* ². Cette dernière n'est plus admise en droit allemand sous sa forme générale, « d'après laquelle il y a dol toutes les fois que le demandeur intente action, alors qu'il sait que sa prétention n'est pas conforme à l'équité, et que par conséquent il agit sciemment contre la bonne foi en intentant action ³ ».

En résumé, la doctrine allemande constate que les dispositions du Code souvent mises en rapport avec le § 226, ne constituent pas des *Schikaneverbote* spéciaux et ne peuvent être assimilées à ce principe général. Cette conclusion est juste en l'état actuel de la législation allemande, mais il faut noter que M. Stammler a montré dans sa doctrine du *droit vrai*, où il critique vivement la formule beaucoup trop étroite du § 226, qu'en réalité toutes les dispositions précitées répondaient à la même préoccupation : la tendance au *droit vrai*, telle que nous l'avons étudiée au début de ce travail. Les auteurs allemands ne se font d'ailleurs pas d'illusions au sujet du § 226 ; tous sont d'accord pour constater que cette disposition n'a pas grande valeur pratique, parce qu'elle restreint trop le champ d'application de la théorie de l'abus du droit. Ainsi M. E. Martin ⁴ déclare que la forme donnée au *Schikaneverbot* écarte, il est vrai, presque complètement le danger d'insécurité dans le droit, mais ce résultat est obtenu au prix de la valeur pratique de cette norme, en ce sens que les conditions imposées pour la preuve de la chicane rendent cette preuve si difficile, que dans la plupart des cas, l'application du § 226 sera impossible ».

¹ Voir à ce sujet, plus haut, la jurisprudence française.

² Cf. RAMDOHR, *op. cit.* p. 597.

³ Définition de M. SOHM, dans *Institutionen des römischen Rechts*, § 40, p. 198.

⁴ E. MARTIN, *op. cit.* p. 91.

III. LA JURISPRUDENCE.

La jurisprudence allemande en matière d'abus du droit est loin d'avoir l'ampleur et la souplesse de celle des tribunaux français. Tandis qu'ici les termes très généraux de l'art. 1382 C. C. F. permettent de tracer la doctrine de l'abus du droit et de la développer au fur et à mesure des progrès des idées de solidarité sociale, là, au contraire, la loi, extrêmement précise et stricte, bride les juges et les empêche de consacrer les tendances nouvelles par des solutions motivées.

Le *Reichsgericht* lui-même reconnaît l'insuffisance du § 226 B. G. B. à régler tous les cas d'abus du droit, dans un arrêt du 29 octobre 1904¹, où il traite des abus en matière de propriété à propos de l'application du § 905. « Si, dit-il, une disposition légale spéciale (§ 905, 2^{me} al.) a été tenue pour nécessaire en vue de résoudre des conflits de ce genre, cela montre tout au moins que dans ce domaine, la disposition générale du § 226 B. G. B. était considérée comme insuffisante. » Les conditions d'interprétation extrêmement strictes du *Schikaneverbot* ont été la source de grandes difficultés pour les juges et ont rendu cette disposition à peu près inutile et inapplicable dans la pratique, résultat auquel notre étude dogmatique nous avait amené déjà.

Les tribunaux allemands ont toujours exigé très rigoureusement que l'acte incriminé n'ait pu avoir d'autre but que de nuire à autrui, ce qui est à peu près impossible à prouver, puisqu'en fait, il existe presque toujours un autre intérêt secondaire². M. Trüb³ donne une liste complète des arrêts connus jusqu'en 1909. et se référant au § 226 ; il constate que dans tout l'Empire allemand, depuis l'entrée en vigueur du Code, les tribunaux n'ont eu qu'onze fois à se prononcer sur l'application de cette disposition ; sur ces onze décisions, quatre, dont deux seulement du Tribunal d'Empire, admettent cette application, les sept autres la rejettent. Dès lors, la jurisprudence n'a pas changé d'attitude et est restée tout aussi stricte.

¹ R. G. E. Vol. 59, N° 85, p. 118.

² Voir en ce sens. Arrêt du *Bayr. Oberstes Landesgericht*, 1^{er} octobre 1902, dans *Das Recht*, Vol. 6, N° 2562, p. 556. Cf. ENDEMANN, 1, § 84^a, p. 423 et GAREIS : *Kommentar*, ad § 226, Rem. 2, p. 261.

³ TRÜB, *op. cit.* p. 95, notes 1 et 2.

On peut donc dire, d'une manière générale, qu'il est extrêmement difficile de donner une interprétation jurisprudentielle détaillée et complète du § 226.

Pour examiner si l'acte incriminé ne peut avoir eu, dans un cas déterminé, que le but exclusif de nuire à autrui, le Tribunal d'Empire recherche toujours quel intérêt poursuivait celui qui exerçait le droit. Dès qu'il existe un intérêt quelconque, on peut considérer que le but de nuire n'est pas exclusif ; par contre, si aucun intérêt ne peut être relevé, il ne s'en suit pas nécessairement, d'après lui, que le § 226 soit applicable ; il faut encore rechercher si le but poursuivi était réellement de nuire et si ce but était exclusif. C'est ainsi notamment que dans son arrêt du 21 juin 1907 ¹, le Tribunal impérial n'a pas cru pouvoir appliquer le § 226 et s'en est tenu au § 826, lorsqu'un fabricant emploie un emballage identique à celui d'un concurrent, dans le but de lui nuire et de l'exclure du marché. Le Tribunal n'admet pas ici l'exclusivité du but de nuire, parce que le fabricant avait un intérêt à agir comme il le faisait. « Par ce moyen, dit le Tribunal, la défenderesse visait à présenter sa marchandise sous un aspect semblable, but dont les avantages ne peuvent être niés par la demanderesse elle-même. Si cet avantage, déjà réalisé par la défenderesse, et qu'elle cherchait à réaliser encore, n'était pas si évident, on pourrait songer à l'application du *Schikaneverbot* (§ 226 B. G. B.) ».

Dans presque tous les autres cas, les tribunaux constatent de même que le défendeur à l'action ou à l'exception d'abus de droit, avait, en dehors de l'intention de nuire, un intérêt à l'exercice du droit ².

Un des seuls cas où les juges aient admis l'application du § 226 se rencontre dans un jugement du Tribunal d'Empire du 3 décembre 1909 ³, confirmant le jugement de l'instance inférieure. Il s'agit, en l'espèce, d'un père qui, brouillé à mort avec son fils, lui interdisait en invoquant son droit de propriété, de visiter la tombe de sa mère sur la terrasse du château paternel. L'*Oberhandesgericht* a jugé qu'il y avait chicane au sens du § 226 et a fixé au fils des heures et des jours déterminés, pour venir visiter la tombe de sa mère.

¹ R. G. E. — C. S. Vol. 66, N° 55, p. 233.

² Voir arrêts du 19 mai 1903, R. G. E. — C. S. Vol. 54, N° 111, p. 433 et du 21 octobre 1910 Vol. 74, N° 81, p. 237; voir aussi *Oberhandesgericht München*, 30 avril 1910, dans *Seufferte Archiv*, Vol. 67 (1912), p. 24.

³ R. G. E. Vol. 72, N° 61, p. 251.

Le Tribunal dit notamment que le père, non seulement a le devoir moral de ne pas empêcher son fils de visiter le tombeau de sa mère, mais que juridiquement aussi, en vertu des § 226 et 826 B. G. B., il ne peut y mettre obstacle. Il admet que le père ne pouvait avoir d'autre but que de nuire à son fils. Le Tribunal d'Empire a confirmé cet arrêt, mais, comme l'instance inférieure, il fait concurremment application des § 226 et 826, comme si le premier ne suffisait pas à motiver le jugement. Le Tribunal ne revient pas d'ailleurs, cette question échappant à sa compétence, sur les faits au vu desquels la première instance avait admis l'exclusivité du but de nuire ; mais il établit que le § 226 est applicable en dehors de l'existence d'un droit personnel ou réel du demandeur à visiter le tombeau de sa mère : « Il suffit pour justifier cette application de constater le devoir du demandeur, consacré par les mœurs et la pitié filiale, d'honorer le souvenir de sa mère ». En réalité, n'y aurait-il pas là une raison d'appliquer le § 826 et non le § 226 ? Au surplus, le Tribunal remarque que l'application du § 226 n'est pas limitée au cas de dommage matériel, mais s'étend aussi à la violation de biens et d'intérêts idéaux.

Notons enfin que la jurisprudence a toujours exigé que l'exclusivité du but de nuire soit établie *objectivement* d'après les circonstances. Ainsi, nous lisons dans un arrêt du Tribunal supérieur d'Iéna du 29 avril 1901¹ : « L'état de fait du § 226 n'est réalisé que s'il ressort *objectivement* des circonstances de la cause, que l'exercice du droit ne peut avoir que le but de nuire à l'autre partie. » De même, dans un arrêt du 26 mai 1908², le Tribunal d'Empire, après avoir montré que le but de nuire doit être exclusif de tout autre, ajoute : « Sur ce point, d'après le texte lui-même de la loi, qui est clair, il ne s'agit pas d'examiner l'intention (*Absicht*) de l'ayant droit ; ce qui est bien plutôt déterminant, c'est le but (*Zweck*) de son action, tel qu'il ressort d'un examen *objectif* de toutes les circonstances de la cause. Il est vrai que, dans cet examen, les mobiles intérieurs de celui qui exerce le droit pourront aussi avoir une certaine importance. Il faut se demander si, d'après l'état de fait donné, l'usage qui a été fait du droit subjectif ne peut avoir d'autre destination que de nuire à autrui. »

Ainsi, nous constatons que le Tribunal d'Empire et la jurispru-

¹ *Rechtsprechung der Oberlandesgerichte*, Vol. 3 (1901), N° 29, p. 100.

² *R. G. E. — C. S.* Vol. 68, N° 103, p. 425.

dence allemande en général, n'appliquent le § 226 qu'avec une extrême réserve¹ et qu'en réalité le champ d'application de cette disposition est des plus restreint. On ne peut même se détendre de l'impression que dans la plupart des cas, les tribunaux préfèrent appuyer leur jugement sur le § 826, ce qui leur permet de n'examiner que la question d'acte contraire ou conforme aux bonnes mœurs. Presque toujours le tribunal se borne à établir qu'à côté du but de nuire, il existait un autre intérêt et c'est cette recherche de l'intérêt en jeu qui semble dominer la jurisprudence dans l'appréciation de ce problème. Le § 226 n'atteint donc pas le but qu'il se propose puisqu'il demeure inappliqué².

Quant aux rapports entre les § 826 et 226, le Tribunal d'Empire s'est prononcé nettement contre la doctrine de M. Planck qui veut restreindre l'application du § 826 aux cas où un acte contraire aux mœurs est commis dans l'exercice de la liberté générale; il consacre au contraire, comme nous l'avons dit, la théorie de M. Cernmann, qui répond d'ailleurs à la pensée du législateur. « Ni la rédaction, ni l'histoire de l'élaboration du § 826, dit-il, n'offrent d'arguments en faveur de cette interprétation restrictive (celle de M. Planck), qui aurait pour conséquence d'enlever toute signification pratique au § 826 en cas de dommage causé dans l'exercice d'un droit formel³ ». Il n'est donc pas nécessaire, pour l'application du § 826 aux cas d'exercice d'un droit, que les conditions plus strictes du § 226 soient réalisées⁴.

Le § 826 est applicable, selon le Tribunal, si le dommage a été causé à dessein (*vorsätzlich*), c'est-à-dire si la volonté de l'auteur était dirigée vers ce dommage. Il ne suffit pas que l'auteur ait dû ou pu se rendre compte du dommage (négligence), il faut qu'il s'en soit rendu compte⁵. Quant à la question de savoir ce qui est contraire aux mœurs, il faut la résoudre d'après l'opinion générale et moyenne (*ein allgemeiner, gewissermassen, durchschnittlicher Massstab*)⁶.

¹ Cf. HAGER, *op. cit.* p. 144.

² Cf. TRUBB, *op. cit.* p. 90.

³ Jugement du 1^{er} juin 1904, R. G. E. — C. S. Vol. 53, N° 55, p. 214.

⁴ En ce sens R. G. E. — C. S. 11 avril 1901, Vol. 48, N° 29, p. 124; 29 mai 1902, Vol. 51, N° 86, p. 383; 16 octobre 1903, Vol. 53, N° 90, p. 372; 14 décembre 1902, Vol. 56, N° 72, p. 277.

⁵ Voir jugement du 9 avril 1904, R. G. E. — C. S. Vol. 57, N° 56, p. 241.

⁶ Jugement du 1^{er} juin 1914, R. G. E. — C. S. Vol. 58, N° 55, p. 214.

Pour établir un parallèle aussi complet que possible entre les jurisprudences française et allemande, il nous reste encore à examiner une question, celle de la limitation des rapports de voisinage souvent confondue en France avec la théorie de l'abus. Ici, les tribunaux allemands se placent sur un terrain tout autre que la jurisprudence française. Il ne s'agit nullement pour eux d'application de la théorie d'abus du droit, mais bien des règles générales sur l'acte illicite contenues dans les § 823 et suiv.

Jusqu'à l'introduction du B. G. B., il est vrai, les rapports de voisinage étaient souvent envisagés du même point de vue qu'en France, c'est-à-dire qu'on cherchait à déterminer l'existence d'un exercice chicanier du droit, par l'examen des intérêts réciproques en jeu¹. Dès l'entrée en vigueur du B. G. B. par contre, la jurisprudence distingue soigneusement les cas d'application des § 226 et 826 en matière de voisinage, de ceux où il faut appliquer les § 903 et suiv., en tenant compte du § 823 dans la question des dommages-intérêts. Toutefois, s'agissant d'une grange allumée par les étincelles échappées d'une locomotive, le Tribunal d'Empire admet que les dommages-intérêts sont dus même sans faute de la Compagnie de chemin de fer, du moment que le lésé ne peut demander la suppression de la cause du dommage, en l'espèce la suppression du trafic. Si dans ce cas particulier, on retire au propriétaire le droit si essentiel de repousser toute atteinte à sa propriété, on doit d'autre part, de toute nécessité, lui accorder une compensation suffisante, et une telle compensation ne peut être trouvée qu'en ne conditionnant pas par la preuve de la faute l'action en réparation du dommage causé². Il est vrai qu'il s'agit ici d'un cas spécial, c'est-à-dire d'une restriction imposée aux propriétaires par l'Etat qui a concédé le chemin de fer³.

Dans la règle, le propriétaire lésé pourra demander la cessation de la cause du dommage, lorsque la lésion dépasse les inconvénients ordinaires qui résultent de la situation de l'immeuble, inconvénients appréciés, non pas « d'après un sentiment subjectif », mais

¹ Cf. Jugement du Tribunal supérieur d'Iéna, du 29 novembre 1878, dans *Sufferts Archiv.* Vol. 35, N° 273, p. 335.

² Jugement du 11 mai 1904, *R. G. E. — C. S.* Vol. 58, N° 32, p. 135.

³ Décision analogue dans un jugement du 21 décembre 1908, *R. G. E. — C. S.* Vol. 70, N° 43, p. 150 et suiv.

d'après « une mesure objective »¹. Quant aux dommages-intérêts, ils ne pourront être alloués que si une faute ou une négligence au sens des § 823 et suiv. peut être relevée à la charge de l'auteur du dommage². C'est seulement dans des cas exceptionnels, tel celui cité plus haut (voisinage d'une Compagnie de chemin de fer), que la jurisprudence renonce à exiger la preuve de la faute à la faveur d'une circonstance spéciale qui en tient lieu ; or tel est le cas lorsque le propriétaire ne peut faire valoir son droit légal d'écarter toute atteinte illicite à sa propriété, et par là même ne peut faire cesser le dommage.

La jurisprudence exige au surplus que l'atteinte soit matérielle ou, si elle est immatérielle, qu'elle rentre dans le cas prévu par la loi. Ainsi, un spectacle qui choque la vue ne tombe pas sous le coup du § 906³. Quant à la question de savoir si des dommages-intérêts ou la cessation de l'état dommageable peuvent être réclamés lorsque le lésé est devenu voisin du lésant, alors que les faits dommageables existaient déjà ou pouvaient être prévus, la jurisprudence la résout affirmativement. Elle part toujours du point de vue que c'est le moment où le conflit se produit, qui doit être l'objet de l'examen du juge, sans qu'il y ait lieu de tenir compte du fait que le voisin lésant exerçait son activité avant que le lésé soit devenu propriétaire de l'immeuble voisin⁴.

¹ Jugement du 20 février 1909, R. G. E. — C. S. Vol. 70, N° 80, p. 318.

² Voir R. G. E. — C. S. Jugements du 20 janvier 1909, Vol. 70, N° 55, p. 207; du 7 février 1906, Vol. 62, N° 89, p. 371; du 16 décembre 1906, Vol. 72, N° 74, p. 808.

³ Jugement du 8 avril 1911, R. G. E. — C. S. Vol. 76, N° 94, p. 180.

⁴ Voir Jugements du 24 novembre 1906, R. G. E. — C. S. Vol. 64, N° 89, p. 363 et du 21 décembre 1906, *ibid.* Vol. 70, N° 48, p. 150.

§ 8. La théorie de l'abus du droit dans les autres pays.

Ce sont les théories françaises et allemandes qui ont joué le rôle le plus important pour l'élaboration de la doctrine suisse de l'abus du droit, ainsi que pour l'adoption de l'art. 2 CCS. Nous nous bornerons donc à donner un aperçu sommaire de la question dans quelques autres législations. Cela suffira à prouver qu'elle se présente partout avec les mêmes caractères essentiels.

I. ANGLETERRE.

C'est en Angleterre que la théorie de l'abus du droit est la plus étrangère à l'esprit même de la législation. Dans ce pays, en effet, l'individualisme avec son corollaire, la liberté individuelle, était poussé à l'extrême limite jusqu'à ces dernières années. Les Anglais ont toujours envisagé les droits comme des facultés absolues conférées à un individu, précisément pour faire obstacle à l'ingérence d'autres personnes dans sa sphère d'activité. « Pour eux, dit M. Dobrovici¹, le droit est destiné à sanctionner les effets de la concurrence humaine, et non à rétablir l'équilibre instable que déplace à chaque instant à son profit l'activité prépondérante : toute action est un fait de concurrence qui profite à son auteur aux dépens d'autrui ». Les Anglais partent donc de l'idée que la responsabilité de celui qui exerce un droit ne saurait être engagée quel que soit le tort causé à autrui, et aussi quelle que soit l'intention qui a présidé à cet exercice. Leurs auteurs² font remarquer que tout acte, même le plus justifié, est susceptible de causer un préjudice à autrui et qu'on ne peut mettre des bornes à l'activité humaine sous prétexte d'empêcher des dommages, inévitables avec la libre concurrence. La jurisprudence de la Chambre des lords en matière de propriété s'est constamment tenue dans cette ligne. Comme le déclare Sir Fred. Pollock³, « jamais un usage de la propriété, qui serait légitime

¹ Dobrovici, *op. cit.* p. 139.

² Voir notamment : FRED. POLLOCK : *The law of torts*, p. 141 et suiv.

³ POLLOCK, *op. cit.* p. 141.

« s'il était inspiré par un motif correct, ne saurait devenir illégitime parce qu'il est déterminé par un mobile incorrect ou même malicieux. »

Ces principes absolus ont eu cours en Angleterre jusqu'à la fin du XIX^e siècle ; à ce moment, on voit se dessiner une réaction dans le sens des idées de solidarité et d'interdépendance des individus. Cette réaction est d'ailleurs assez timide et n'a pas le caractère social que nous avons pu constater en France. On en trouve une manifestation dans une décision du Banc du Roi, d'après laquelle l'exercice du droit d'agir en justice peut, dans certains cas, engager la responsabilité de celui qui l'exerce malicieusement. On vise surtout les actions qui sont de nature à porter atteinte au crédit ou à la liberté des individus, par exemple l'action en banqueroute.

Une loi est même venue sanctionner ce point de vue en ce qui concerne l'exercice des actions téméraires et purement vexatoires. L'art. 1 de la loi du 14 août 1896 pour empêcher l'abus des procès devant la Haute-Cour et les autres Cours par l'introduction de procédures vexatoires (*Vexations Actions Act 1896*) est conçu comme suit : « Il sera permis à l'attorney général de demander à la Haute-Cour de rendre, en vertu du présent Act, une ordonnance dans le but suivant : s'il justifie qu'une personne intente habituellement et avec persistance des procès vexatoires, *sans motif raisonnable*, devant la Haute-Cour ou devant une Cour inférieure, contre la même personne ou contre des personnes différentes, la Cour pourra, après avoir entendu cette personne, ou l'avoir mise à même de se faire entendre, et lui avoir désigné un conseil dans le cas où ses ressources pécuniaires ne lui permettraient pas d'en choisir un, défendre à la dite personne d'intenter aucun procès devant la Haute-Cour ou toute autre Cour avant d'avoir obtenu de la Haute-Cour ou d'un juge de la Haute-Cour une autorisation quine lui sera accordée que si elle justifie qu'elle ne fait pas *une procédure abusive* et qu'il y a à première vue matière à procès... ». Cet Act ne s'appliquant pas à l'Ecosse et à l'Irlande, une nouvelle loi de 1898 (*Vexations Actions Scotland Act 1898*) conçue en des termes identiques étendit ses dispositions au premier de ces deux pays.

M. Alix, dans son commentaire de cette dernière loi, ² fait observer qu'elle peut avoir une portée très grande et que l'efficacité de

¹ *Annuaire de législation étrangère*. 1896, p. 51.

² Voir *Annuaire de législation*, *loc. cit.* p. 49 et suiv.

son application dépendra de la sagesse des magistrats de la Cour. L'ordonnance prévue par ce texte pourra être rendue contre tous les plaideurs téméraires qui font une habitude d'intenter des actions sans fondement. L'Act avait été provoqué par une série d'actions intentées à de hauts personnages pour des motifs futiles et sans raisons sérieuses. Ainsi le Prince de Galles avait été l'objet d'une action, en raison du refus de renouvellement d'une carte d'entrée à la Bibliothèque du British Museum. Ces lois ont donné d'emblée une solution extrêmement générale au problème de l'abus du droit d'ester en justice. Elle sont un signe des temps dans un pays aussi individualiste que la Grande-Bretagne. Mais jusqu'ici, elles n'ont été suivies de dispositions analogues dans aucun autre domaine du droit. Pourtant Sir Pollock signale encore¹ la tendance à admettre la responsabilité de celui qui, dans une intention malicieuse, persuade autrui d'accomplir un acte qui nuira à un tiers.

M. Jannot² relève dans son étude du droit anglais une série de dispositions qui ont pour but, selon lui, d'empêcher des abus du droit. Il nous semble que toutes ces dispositions, ressortant au droit de famille (abus de la puissance paternelle envers les enfants, abus du droit de contracter librement mariage, refus d'exécuter une promesse de mariage), ont bien pour but de fixer une limite à certains droits considérés jusqu'ici comme absolus, mais qu'il s'agit là de limitations objectives de tel ou tel droit particulier, et non d'un principe général, destiné à limiter dans tous les cas l'exercice abusif des droits. C'est simplement un symptôme de l'évolution de certains droits plutôt que de l'apparition d'une doctrine de l'abus du droit. Nous avons signalé plus haut un phénomène analogue en droit romain.³

Ainsi, sans méconnaître que l'idée rigoriste de l'exercice illimité des droits subjectifs absolus, qui florissait en droit anglais, commence à être battue en brèche,⁴ il faut reconnaître que cette légis-

¹ POLLOCK, *op. cit.* p. 149.

² R. JANNOT, *op. cit.* p. 158 à 161.

³ Voir aussi sur le même sujet en droit anglais, E. LEHR: *Éléments de droit civil anglais*, notamment en ce qui concerne le consentement au mariage et la puissance paternelle. Livre 1, p. 47 et 118.

⁴ Voir notamment la trace de la théorie nouvelle dans: *The laws of England*, par le Comte de HALSBURY, Londres 1919, à l'article *Tort*, Vol 27, p. 461 et suiv., notamment N^o 909, 910 et notes et 912: « Il peut être essentiel, lions-nous sous N^o 912 (p. 468), de prouver l'intention d'agir à un titre particulier, et s'il est

lation ne connaît pas encore de véritable doctrine de l'abus du droit, pas même en matière de propriété, où partout ailleurs on a vu naître les premières, et souvent principales applications, de cette théorie.

II. ITALIE.

De bonne heure déjà, et même avant les tribunaux français, la jurisprudence italienne a construit et consacré la théorie de l'abus du droit, condamnant celui qui a exercé son droit d'une manière abusive, à payer des dommages-intérêts à la victime. Cette jurisprudence sur l'abus du droit est fondée sur la même disposition qu'en France, soit l'art. 1151¹ du Code civil italien, dont les termes sont identiques, mot pour mot, à ceux de l'art. 1382 C. C. F.

En ce qui concerne, par exemple, la responsabilité pour le fait d'avoir déposé une plainte suivie d'acquiescement, la jurisprudence admet que le plaignant est responsable dans les cas où il a agi avec dol ou avec négligence, soit en formulant sciemment une accusation fautive, soit en portant sa plainte à la légère sur la base d'indices insuffisants².

Quant aux rapports de voisinage, la doctrine italienne voit également une forme de l'abus des droits dans les conflits qu'ils provoquent. Elle se place donc sur le même terrain que la jurisprudence française, contrairement à la jurisprudence allemande, très stricte en ces matières, et exigeant toujours que la loi ait énoncé une restriction formelle du droit de propriété, pour pouvoir en condamner l'exercice. M. B. Brugi s'est, en particulier, occupé de l'invasion de la fumée des bateaux à vapeur dans les édifices voisins des canaux à Venise³. Examinant la nature juridique du dommage ainsi causé, cet auteur estime qu'il ne peut y avoir lieu à réparation que si on fonde la responsabilité sur l'abus du droit, conformément à l'art.

démontré que celui qui a commis le dommage l'a fait avec intention de nuire, et non pas dans l'exercice de ses propres droits ou dans l'accomplissement de ses devoirs, toute espèce de justification ou d'excuse peut devenir sans valeur.»

¹ Art. 1151: *Qualunque fatto del uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno.*

² En ce sens: Cour de cassation de Rome, 5 mai 1905 (*Corte d'Ancona* 332) et 7 novembre 1905 (*La Legge*, 1906, p. 227). Cf. A. BRUSCHETTINI: *Revue trimestrielle de droit civil* 1908, p. 744.

³ B. Brugi dans *Rivista del diritto commerciale* 1910, Tome II, p. 876.

1451 C. C. L'art. 574 est conçu en termes trop étroits pour qu'on pût en faire ici l'application.

L'art. 54 du Code civil italien (inexécution sans motifs d'une promesse de mariage), l'art. 91 (opposition mal fondée au mariage), l'art. 233 (abus de la puissance paternelle) permettent de réprimer directement et au moyen d'une disposition légale adéquate certaines formes de l'abus du droit. Toutes ces dispositions peuvent être mises en relation avec celles où notre législation suisse exige des motifs légitimes, pour justifier l'exercice d'un droit.

III. AUTRICHE.

Le Code civil autrichien de 1811 (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) admet que si une action n'est pas contraire au droit objectif, elle ne peut dans la règle entraîner une responsabilité et des dommages-intérêts. En ce sens le § 1305 dispose : « Wer von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht, hat den für einen Andern daraus entspringenden Nachteil nicht zu verantworten ». C'est pour ainsi dire la transposition de l'ancienne maxime : *Qui suo jure utitur nemini facit injuriam*.

Pendant longtemps la jurisprudence autrichienne a interprété cette disposition en ce sens que le juge n'a pas à tenir compte du motif de l'exercice d'un droit. « La loi interdit l'abus du droit (objectif) et non pas la chicane (subjective) »¹. Il en résulte, d'après M. Krainz, que le logeur peut dans la règle exiger l'évacuation du logement loué, de suite après l'expiration du bail, même s'il n'en a pas du tout l'emploi et ne se laisse guider que par animosité dans l'exercice de son droit ; mais il ne peut pas exiger l'éloignement immédiat d'un malade non transportable, au risque de provoquer la mort, même si des intérêts importants justifiaient cette exigence. Le droit du logeur trouve précisément sa limite dans le respect qu'il doit avoir pour la vie humaine².

Un jugement du 7 avril 1908³ interprète le § 1305 du Code civil

¹ J. KRAINZ, *System des Oesterreichischen allgemeinen Privatrechts*.

² Cet exemple d'abus du droit est un de ceux proposés par M. Eug. Huber à la commission chargée de l'examen du projet de C. C. S. et indiquée par lui à M. Saleilles. SALEILLES, *Rapport*, p. 347. KRAINZ, Vol. 1, p. 348, note 48. cf. PFAFF : *Schadenersatz*, p. 40, note 119.

³ *Sammlung von Zivilrechtlichen Entscheidungen des K. K. Obersten Gerichtshofes*, Vol. 48 (Nouv. série 14), N° 5694, p. 836.

autrichien en ce sens que l'exercice abusif d'un droit ne doit pas être toléré (dass es gegen grundlose Rechtsverweigerungen und schrankenlose Rechtsausübung Abhilfe im Rechtswege geben müsse). La jurisprudence autrichienne se tient en général dans cette ligne, mais ne connaît pas de *Schikaneverbot* proprement dit ¹.

La doctrine d'autre part est partagée, comme toutes les autres, quant à la justification d'une théorie spéciale de l'abus du droit ².

D'une manière générale, le Code civil autrichien n'a donc pas reconnu le principe : *malitiis non est indulgendum*. La question est toujours discutée en doctrine, et la jurisprudence statue quelquefois la responsabilité. Il faut remarquer de plus que les bonnes mœurs forment en droit autrichien une partie du droit objectif et qu'un acte contraire aux bonnes mœurs est illicite. Il n'y a pas de disposition formelle en ce sens dans le Code, mais les auteurs justifient ce point de vue, en rappelant notamment le § 26 A. B. G. B. qui dispose *in fine* : « Unerlaubte Gesellschaften sind aber diejenigen, welche durch die politischen Gesetze ins besondere verboten werden, oder offenbar der Sicherheit, öffentlicher Ordnung oder den guten Sitten widerstreiten » ³. Par conséquent, celui qui exerce son droit subjectif contrairement aux mœurs, dépasse les limites du droit objectif ; il commet un acte illicite.

En résumé, bien que la législation ne renferme, en Autriche, aucune disposition sur l'abus du droit, on constate que la doctrine fait généralement accueil à cette théorie d'une manière plus ou moins étendue et en usant de critères variés. Elle ne s'est pas bornée d'ailleurs, non plus que la jurisprudence, à l'admettre seulement sous la forme d'un *Schikaneverbot*, comme c'est le cas en Allemagne. A ce point de vue, les juristes autrichiens se rapprochent plutôt de la doctrine française dans son dernier stade ; ils ne croient pas que la seule intention de nuire puisse conférer à un acte le caractère d'un abus du droit ; mais ils condamnent par con-

¹ Voir jurisprudence ad § 1305, *Allgemeines B. G. B. für Oesterreich*, édition de JOSEF VON SCHEY, p. 670.

² On peut consulter notamment sur cette question. PFAPP, *Schadenersatz*, p. 39 et suiv. ; UNGER, *Die Lehre, vom österreichischen Nachbarrechte*, dans *Grünhuts Zeitschrift*, Vol. 13, p. 715 et suiv. et du même auteur : *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 9 et suiv. ; KORNIETZER : *Zur Theorie des österr. Nachbarrechtes*, dans *Grünhuts Zeitschrift*, Vol. 22, p. 625 et suiv.

³ KRAINZ, *op. cit.* Vol. I, p. 349.

tre l'abus du droit, caractérisé objectivement, et ils le font rentrer dans le cadre des cas habituels de responsabilité soumis au § 1296 : « Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern »¹. On voit dans l'usage abusif du droit une véritable faute, constituant un acte illicite.

IV. DROIT MUSULMAN.

Il nous paraît intéressant de noter encore brièvement, à titre documentaire, la solution adoptée par le droit musulman (secte chiite)². Le droit chiite, dont les quatre sources sont : le Coran, les Sonnats (paroles et actes du Prophète), la raison humaine et l'opinion unanime des jurisconsultes, opère une distinction casuistique entre les diverses manières d'exercer les droits³.

1. Une première catégorie de faits comprend les cas où l'on exerce son droit pour prévenir un dommage futur. Ainsi, un propriétaire fait hausser le mur d'enceinte de sa maison pour empêcher les voleurs d'y entrer, mais il enlève par là de la lumière à son voisin. Cet exercice du droit, quoique dommageable au voisin, n'entraîne pas de responsabilité et on n'applique pas à ce cas le Sunnat : « Point de dommage dans l'Islam ». En effet, je ne peux pas consentir à subir moi-même un dommage pour que mon voisin ne soit pas privé de lumière. La majorité des auteurs admet donc dans ce cas que l'exercice du droit est légitime.

2. Dans la seconde catégorie d'exercice des droits, on range les cas où le titulaire d'un droit l'exerce, non pas pour prévenir un dommage futur, mais pour obtenir un gain ou un avantage quelconque. Par exemple, un propriétaire creuse des puits dans son terrain pour avoir de l'eau, et tarit en tout ou en partie, les puits de son voisin. Les jurisconsultes n'ont pu se mettre d'accord sur la solution des conflits de ce genre. Pour les uns, il faut prendre en

¹ Notons que la doctrine et la jurisprudence autrichiennes connaissent aussi la responsabilité causale. Voir : KRAINZ : *Schadenhaftung ohne Verschulden*.

² Pour la secte sunnite, on peut consulter le fascicule 1, des travaux du Séminaire oriental d'études juridiques et sociales : *La doctrine de l'abus des droits*, par M. MAHMOUD-FATRY. Introd. de M. E. Lambert, Paris 1913.

³ Nous devons ces renseignements intéressants à l'obligeance de notre ancien condisciple M. M. MOSSADEGH, docteur en droit à Téhéran.

considération les besoins des deux parties et leur situation de fortune. Ainsi, le propriétaire devra s'abstenir de creuser le puits s'il ne se trouve pas en état de nécessité, c'est-à-dire s'il y a possibilité de creuser le puits ailleurs, et notamment lorsque sa fortune lui permet d'exécuter ce travail un peu plus loin. Par contre, s'il ne lui est possible de se procurer de l'eau qu'en tarissant les puits du voisin, il en a le droit et son acte n'est pas illégitime. Les autres juriconsultes sont d'avis qu'un acte semblable est, dans tous les cas, légitime, car le propriétaire est maître de son terrain et il peut y faire ce que bon lui semble.

3. Enfin, on distingue les cas où le droit n'est pas exercé pour obtenir un gain, ou pour prévenir un dommage, mais en vue de nuire à autrui. Dans ce cas là, l'intention de nuire suffit à rendre l'acte illicite, même si l'auteur peut y trouver un avantage direct ou indirect. On fonde cette décision sur le Sonnat : « Point de dommage dans l'Islam », d'un caractère très absolu et qui, dans ce cas, l'emporte sur le Sonnat déclarant que « l'homme est souverain de ses biens ». Le premier de ces Sonnats a précisément pour but de limiter le second. Cette règle est strictement appliquée et on décide, par exemple, que, malgré son droit de propriété, l'accapareur ne peut garder son blé ou son orge, si par là le peuple devait se trouver en état de nécessité.

Comme on le voit, la doctrine musulmane de l'abus du droit fait application du principe : *Malitius non est indulgendum*, application poussée jusqu'à ses extrêmes limites. Toute la question revient à scruter les intentions de celui qui exerce un droit et à rechercher si l'intention de nuire est prédominante, puisque la jurisprudence n'exige même pas qu'elle soit exclusive. On voit d'emblée les énormes difficultés d'application de ce principe, qui constitue une norme d'équité, mais non pas un principe juridique.

Une semblable doctrine, avec son critère purement subjectif, est bien faite pour nous mettre en garde contre la tendance de certains théoriciens, à considérer comme possible une recherche juridique des intentions, et justifie pleinement la nécessité proclamée par la plupart des auteurs européens de trouver un critère objectif de l'abus du droit.

§ 9. La théorie de l'abus du droit en Suisse.

Notre étude de la théorie de l'abus du droit en France et en Allemagne nous a permis d'examiner comment les deux nations qui ont fourni les bases de presque tout le droit européen moderne, à l'exception de celui des pays anglo-saxons, ont résolu la question délicate qui nous occupe. Il nous reste maintenant à étudier ce que le législateur et la doctrine suisses ont fait de cette notion nouvelle, et comment ils ont concilié les tendances diverses qui se manifestent d'autant plus vivement chez nous que nous subissons dans tous les domaines vitaux, concurremment les influences germanique et française.

I. LA LÉGISLATION.

Il n'entre pas dans nos vues de faire une étude complète de l'attitude adoptée par les législations cantonales, avant l'unification du droit suisse, relativement à la théorie de l'abus du droit. M. Trueb, qui s'est livré à une enquête très approfondie sur ce sujet, constate lui-même les difficultés d'une pareille étude en l'absence de tous renseignements concernant plusieurs cantons. Nous renvoyons à sa monographie où il a consigné les résultats de ses recherches ¹.

D'une manière générale, on remarque que les cantons de langue allemande, influencés par les coutumes germaniques du *Neidbau* et du *Schikaneverbot* condamnent l'exercice du droit de propriété dans le seul but de nuire à autrui ². Le principe du *Schikaneverbot* n'était même appliqué souvent qu'aux constructions élevées par un voisin dans le seul but de nuire au propriétaire d'un immeuble en le privant de lumière ou d'autres avantages de son droit de propriété (*Neidbau* proprement dit). Dans un ou deux cantons seulement, Zurich par exemple, la jurisprudence semblait avoir généralisé ce principe en l'étendant à l'exercice de tous les droits subjectifs.

¹ H. TRUEB: *Der Rechtsmissbrauch (Schikane) im modernen Recht*, p. 56 et suiv.

² « Le propriétaire d'un immeuble est avant tout tenu de s'abstenir sur son fonds d'actes, par lesquels l'immeuble voisin serait atteint directement et corporellement. » E. HUBER, *Schweiz. Privatrecht*, Vol. 3, p. 275.

Dans les cantons dont la législation s'est inspirée du Code civil français, seules les dispositions dérivant de l'art. 1382 CCF. permettent de réprimer l'exercice abusif des droits, mais la jurisprudence paraît ne s'être engagée qu'avec retenue dans la voie tracée par les tribunaux français. On semble éprouver la crainte que la théorie nouvelle n'énerve l'application du droit, en la rendant incertaine et peu uniforme, et en la faisant trop dépendre de l'arbitraire du juge.

Parmi les législations cantonales, deux ou trois seulement renfermaient des dispositions positives condamnant l'exercice du droit de propriété dans le but de nuire à autrui. Ainsi le § 229 *Privatrecht von Graubünden* stipulait : « Die Nachbarschaft von Liegenschaften und die Beziehungen, in welchen sie dadurch zu einander treten, begründen für ihre Eigentümer die Verpflichtung von dem Eigentumsrechte an denselben, durch Handlungen oder Unterlassungen, keinen solchen Gebrauch zu machen, dass der Nachbar dadurch an der Benutzung seines Eigentumes erweisbar erheblich verkürzt oder geschädigt würde. »

Le Code civil argovien (§ 480) contenait une disposition analogue, interdisant encore plus nettement d'abuser de son droit de propriété : « Niemand darf sein Eigentum zur Kränkung oder Beschädigung Anderer missbrauchen, oder seine Grundstücke anders als so benutzen, dass auch die Nachbarn ihre Grundstücke ihrem Rechte nach benutzen können. »

Ces deux dispositions sont, d'après M. E. Huber, les seules qui édictassent un *Schikaneverbot* général en matière de droit de propriété. D'autres lois par contre consacrent le même principe, mais pour des cas particuliers seulement. Ainsi, le § 189 *Privatrechtliches Gesetzbuch* de Zurich dit : « Eine an und für sich erlaubte Benutzung des Bodens oder Hauses dagegen, welche bloss auf die Augen, Ohren, oder die Nase des Nachbarn unangenehm einwirkt, berechtigt noch nicht zur Einsprache. Nur wenn dieselbe in Uebermass oder lediglich um den Nachbarn zu ärgern geübt wird, kann dieser auch gegen eine solche übermässige oder böswillige Benutzung die polizeiliche und nötigen Fall die gerichtliche Hilfe anrufen. »

Le Code de Schaffhouse (§ 567) reproduisait mot pour mot le premier alinéa du texte zurichois, mais pas le second ; c'est bien là un indice que le *Schikaneverbot*, même appliqué à des espèces spéciales, n'était pas généralement admis¹.

¹ Voir aussi *Privatrecht* de Zoug, § 195 et *Bürgerliches Gesetzbuch* de Glaris, § 50.

On peut donc dire que lors de l'élaboration du CCS., la théorie de l'abus du droit, sous sa forme du *Schikaneverbot*, n'était pas familière aux législations cantonales. Nous ne possédons du reste que relativement très peu de renseignements sur l'application pratique des dispositions ci-dessus. Nous verrons par contre que sous un autre aspect, celui de l'exercice des droits conformément aux règles de la bonne foi (*nach Treu und Glauben*), le Tribunal fédéral faisait un emploi assez large de cette doctrine dans les années qui ont précédé l'entrée en vigueur du CCS.

C'est au cours de l'élaboration de notre droit civil unifié que se présenta pour la première fois avec netteté le problème de l'abus. L'avant-projet de Code civil suisse (projet du Département fédéral de justice) du 12 novembre 1900, contenait une disposition contre la chicane au sens du Code civil allemand, mais en matière de propriété seulement. L'art. 644 disait : « Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi. Il peut en user de la manière la plus absolue, pourvu qu'il ne le fasse pas dans le but évident de nuire à autrui » (*der nicht offenbar einzig zu dem Zwecke erfolgt, andern Schaden zuzufügen*).

Dans l'idée de M. Eug. Huber, auteur du projet, il s'agissait là d'un *Schikaneverbot* spécial, mais dont la jurisprudence pourrait s'inspirer pour apprécier l'exercice de tous les droits subjectifs réels, ou même personnels; et, parlant du droit de propriété, voici comment il s'exprimait dans son Exposé des motifs: « La propriété, quel que soit en théorie son caractère absolu n'est pas placée en dehors de l'ordre social, ni au dessus. En conséquence, il est loisible de la restreindre par cette raison que le droit de chacun doit être protégé, et que, somme toute, il ne peut y avoir de droit hostile à l'intérêt public; décider le contraire, serait soustraire le droit à son rôle, qui est de créer une sauvegarde pour tous les biens qui en sont dignes... »¹. Ainsi d'emblée, l'auteur du projet se plaçait sur le terrain qu'un droit subjectif n'existe que pour autant qu'il est exercé conformément à son but, et que ce droit trouve sa limite précisément dans l'intérêt que le bénéficiaire peut avoir à l'exercer. Cette disposition était d'ailleurs nettement inspirée du § 226 B. G. B. On l'avait placée dans le droit de propriété parce que c'est dans ce

¹ Ce passage de l'Exposé des motifs (p. 431) a été cité par M. Hoffmann au Conseil des Etats, séance du 10 décembre 1906. Voir *Bulletin sténographique* de 1906, p. 1257.

domaine que se rencontrent, à première vue, les cas les plus fréquents d'application du *Schikaneverbot*.

Une assez vive opposition s'éleva parmi les juristes suisses contre la disposition de l'art. 644, al. 2. Les uns faisaient une opposition de principe à la théorie du *Schikaneverbot*, disant qu'elle introduit un manque de sécurité complet dans l'application de la loi et qu'elle ouvre toute grande la porte à l'arbitraire du juge. D'autres, au contraire, trouvaient la formule proposée si étroite, qu'elle ne pourrait jamais être l'objet d'applications pratiques¹.

Ces diverses opinions furent défendues longuement dans la Commission d'experts chargée d'examiner le projet de CCS. (séance du 3 novembre 1902). M. de Félice, s'appuyant sur les vœux d'une commission réunie par le Conseil d'Etat vaudois, et M. Alfred Martin proposèrent la suppression de cet alinéa, disant qu'il est dangereux de contester la légitimité de l'exercice des droits civils par des considérations d'ordre moral. MM. Isler, Siegmund, Frey et d'autres, trouvaient au contraire que la disposition, en sa forme actuelle, ne serait d'aucune utilité, car il n'arrive jamais que l'exercice du droit n'ait aucun autre intérêt apparent que celui de nuire; ces différents orateurs proposaient donc de biller le mot *einzig* du texte allemand, de façon que l'article devint applicable dès que l'intention de nuire prédominait.

M. Huber fit remarquer que la rédaction était un peu plus large que celle du B. G. B. en ce qu'elle disait « *offenbar einzig zu dem Zwecke erfolgt* » au lieu de « *nur den Zweck haben kann* ». Par là, on facilitait la preuve au lésé, puisque l'impossibilité d'un autre but ne devait pas être purement objective, mais tenir compte du cas particulier et du but poursuivi réellement; d'autre part, le texte était assez précis et la preuve suffisamment difficile pour écarter l'arbitraire. La Commission se rangea à cet avis et maintint le texte intégralement par 24 voix contre 4, en votation définitive².

Toute la question fut reprise à nouveau lors de l'élaboration du titre préliminaire par une Commission restreinte. Celle-ci supprima l'art. 644, 2^{me} al. et le remplaça par une nouvelle disposition tout à fait générale, contenue dans l'art. 3 du Projet du Conseil fédéral du 28 mai 1904 et formulée comme suit : « On est tenu d'exercer ses

¹ Voir au sujet de ces critiques, OSER: *Das Sachenrecht des Entwurfes zum Schweiz. Zivilgesetzbuch in der Expertenkommission*, dans *Schweiz. Blätter für Wirtschafts- und Sozialpolitik*, Vol. 11, notamment p. 2.

² Voir *Protocole de la Commission d'experts*, Vol. 3, p. 2 et 3.

droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi (nach Treu und Glauben). Celui qui abuse évidemment de son droit ne jouit d'aucune protection légale. » Cette nouvelle disposition étendait donc le *Schikaneverbot* de l'art. 644, 2^{me} al. à tout le droit, mais en même temps, sans peut-être que ses auteurs s'en fussent rendu nettement compte, elle transformait entièrement la portée de ce texte et en faisait une formule sanctionnant toute la théorie de l'abus de droit dans sa conception la plus large. Le message du Conseil fédéral aux Chambres du 28 mai 1904 semble admettre qu'il s'agit toujours du *Schikaneverbot* du droit allemand. On y lit notamment : « L'art. 3 vise l'abus que les personnes pourraient faire de leurs droits ; le projet de 1900 en disposait déjà de même (art. 644), mais en limitant au droit de propriété la défense de les exercer abusivement. Des considérations pratiques militent en faveur de notre formule, toute générale. Nous avons créé là une sorte de recours extraordinaire, qui doit assurer le respect de la justice au profit de ceux qui souffriraient de l'abus évident qu'un tiers ferait de son droit, lorsque les moyens ordinaires ne suffisent pas à les protéger. 1 »

La nouvelle disposition donna lieu à d'assez vives critiques, notamment en Suisse romande, où l'on ne pouvait admettre qu'un acte, accompli dans l'exercice d'un droit, ne fût pas sanctionné par le droit objectif, et où l'on craignait surtout que le juge, érigé en censeur des intentions, ne sortît de son véritable rôle. Cette opinion fut exprimée entre autres par MM. A. Martin et Cordey² ; nous aurons à revenir sur leur point de vue. En Suisse allemande, M. J. Heuberger critiqua l'art. 3, 2^{me} al. du Projet, comme étendant trop la notion du *Schikaneverbot*³. M. Huber y était également opposé à cause du danger de l'arbitraire du juge. Par contre, la nouvelle disposition fut défendue avec conviction par MM. Rossel, Feigenwinter et Stähelin⁴, ce dernier se plaçant plus particulièrement sur le terrain du premier alinéa.

¹ Message du Conseil fédéral concernant le projet de C. C. S. du 28 mai 1904, p. 14 (Feuille féd. 1904, Vol. 4, p. 14).

² ALF. MARTIN : *L'abus du droit et l'acte illégitime*. E. CORDEY : *La notion de l'abus du droit*.

³ J. HEUBERGER : *Ueb. 5 einzelne Bestimmungen des Entwurfes des schweiz. Zivilgesetzbuches*. Dr A. HUBER : *Zur Kodifikation des Rechtsmissbrauches*.

⁴ Voir ROSSEL : *Les principes du futur Code civil suisse*. Bibliothèque Universelle, avril 1905 ; voir aussi du même auteur, un article du *National Suisse* du

Aux Chambres, l'art. 3 qui, par suite de la suppression de l'art. 2 du Projet, devint dans le texte définitif l'art. 2, fut adopté sans grandes modifications, ni discussions. Au Conseil national, M. Eug. Huber ¹, rapporteur allemand, fit remarquer, à propos de l'exercice de la propriété, que la suppression de l'art. 644, 2^{me} al. du Projet de 1900, se justifiait entièrement par suite de l'introduction au titre préliminaire de l'art. 3 qui, sous sa forme très générale, suffit largement à remplacer un *Schikaneverbot* spécial. M. Virgile Rossel, rapporteur français, opina également en ce sens ².

Dans la discussion du titre préliminaire, M. Huber fit observer que le deuxième alinéa de l'art. 2 était une conséquence du premier, ce dernier contenant une disposition très générale pour l'application du droit, en ce sens que les rapports juridiques ayant trait aux droits et obligations et aux relations entre créanciers et débiteurs, doivent être appréciés selon les principes de la bonne foi. Le rapporteur s'efforça de démontrer aussi que les arguments employés par ceux qui combattent la nouvelle disposition, prouvent qu'en réalité tout le monde est d'accord sur le fond. Il est exact et il va de soi que l'exercice abusif d'un droit n'est plus un droit ; l'art. 2, 2^{me} al. est simplement l'expression formelle de ce principe ³ : « Abuser d'un droit consiste précisément à violer un droit qui, à le considérer purement extérieurement, existe encore, alors que, si on examine de plus près sa justification subjective, il n'existe plus matériellement que dans le sens de sa violation ; or, il est extrêmement désirable d'exprimer cela, précisément parce que très souvent un droit formel semble compéter à une personne alors qu'en réalité, d'après le véritable but du droit, un droit subjectif n'existe plus du tout ; dans ce cas, le fait de faire valoir le droit se caractérise comme un abus du droit ».

Notons encore que la nouvelle disposition a été approuvée également par M. Speiser ⁴, lequel, tout en critiquant l'art. 1 CCS., « véritable exemple de la dépendance extraordinaire où nous som-

11 février 1906, intitulé : *Un principe nouveau*, traduit en allemand dans la *Nationalzeitung* du 18 février 1906. Feigenwinter : *Zur Kasuistik des Vergleiches in Strafsachen. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsmissbrauch*. M. STEHELIN : *Zu Art. 3, Abs. 1. des Zivilgesetzbuchs*.

¹ *Bulletin sténographique* 1906, p. 517.

² *Bulletin sténographique* 1906, p. 519.

³ *Bulletin sténographique* 1906, p. 1087.

⁴ *Bulletin sténographique* 1906, p. 1041.

mes vis-à-vis de la science juridique allemande », approuve l'art. 3 du Projet, qui constitue un principe de morale générale qu'on a raison de faire figurer en tête de notre loi.

Au Conseil des Etats, l'article concernant l'abus du droit fut adopté sans observation. M. Hoffmann, rapporteur, fit remarquer à propos de la discussion sur la propriété, que l'art. 2 constituait un véritable *Schikaneverbot* : « Une action permise en soi devient illicite, dit M. Hoffmann, quand elle n'a d'autre but que de nuire à autrui »¹. Cette conception qui fait de l'art. 2, 2^{me} al. C. C. S. une simple extension du principe restreint de l'ancien art. 644, 2^{me} al. du projet de 1900, et attribuée à cette disposition la valeur d'un *Schikaneverbot* général, est assez répandue dans la doctrine. Elle semble d'ailleurs correspondre à l'idée de M. Eug. Huber lui-même, comme cela résulte notamment de sa déclaration aux Chambres et du Message du Conseil fédéral du 28 mai 1904.

Nous estimons que c'est là une confusion regrettable, qui s'explique en partie par l'origine de la disposition de notre Code, mais qui n'est nullement justifiée en théorie. Il ressort clairement, en effet, de notre étude des doctrines française et allemande qu'il existe une différence essentielle et fondamentale entre l'abus du droit, théorie très vaste, qui s'applique à toute l'interprétation et à l'exercice des droits, et le *Schikaneverbot*, qui n'est que la défense d'exercer un droit dans le but de nuire à autrui (que ce but soit exclusif ou non) et ne constitue qu'un aspect fort limité de la théorie générale de l'abus. Pour ces raisons, M. Trueb fait remarquer dans son étude² qu'il faut donner à l'art. 2, 2^{me} al. une interprétation complètement indépendante de celle de l'art. 644, 2^{me} al. du Projet, simple reproduction du § 226 B. G. B. et cela d'autant plus que ce dernier s'est montré notoirement insuffisant en pratique, à cause de l'exclusivité du but de nuire.

Dans sa teneur définitive, l'art. 2 C. C. S. est conçu comme suit : « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi ».

Cette disposition sur la nature juridique de laquelle nous aurons à revenir, a un champ d'application extrêmement vaste. Le Code lui-même semble désigner à différentes reprises les cas où la ques-

¹ *Bulletin sténographique* 1903, p. 1256.

² TRUEB, *op. cit.*, p. 105.

tion de son application se posera le plus fréquemment. Signalons en particulier les art. 679 et 684 C. C. S., en matière de droit de propriété et les art. 92 et 93, en matière de rupture de fiançailles sans juste motif, où la disposition de l'art. 2 paraît d'ailleurs s'appliquer à un cas d'exercice de la liberté générale, plutôt que d'exercice d'un droit subjectif déterminé. Notons encore l'art. 285 en matière d'abus d'autorité des père et mère dans l'exercice de la puissance paternelle et l'art. 445, abus commis par le tuteur dans l'exercice de ses fonctions.

Ces cas sont de simples exemples où la loi semble avoir mis directement en rapport par les termes qu'elle emploie la notion générale d'abus du droit et son application casuistique. Mais il convient de remarquer que cette notion peut être appliquée à tout exercice d'un droit, quel qu'il soit, et sous quelque forme qu'il se présente, ce qui en fait une règle dépassant de beaucoup le cadre du *Schikaneverbot* de quelques-unes de nos législations cantonales, en vigueur avant l'élaboration du C. C. S.

II. LA DOCTRINE.

Le doute plus ou moins voulu qui plane sur la nature juridique de l'art. 2, 2^{me} al. C. C. S., la difficulté de savoir s'il s'agit en réalité d'un *Schikaneverbot* général ou d'une formule résolvant tout le problème de l'abus du droit, a imprimé un caractère spécial à la doctrine suisse, les auteurs se plaçant tantôt à l'un, tantôt à l'autre de ces points de vue. C'est peut-être la raison pour laquelle la théorie suisse de l'abus du droit témoigne d'une certaine confusion et d'un manque d'unité presque complet. Au surplus, en dehors des études déjà signalées, et qui ont été suscitées par l'élaboration même du texte légal, on ne trouve qu'un nombre fort restreint d'analyses systématiques de notre sujet. Toutes d'ailleurs ont été publiées avant l'entrée en vigueur du Code, de sorte qu'il était bien difficile à leurs auteurs d'apprécier la portée véritable du nouveau principe. Parmi ces travaux, les seuls importants sont ceux de M. Karl Huber: *Ueber den Rechtsmissbrauch*, étude parue en 1909, et de M. Hans Trüb: *Der Rechtsmissbrauch (Schikane) im modernen Recht* qui date de la même année. En dehors de ces études, il convient de signaler les appréciations parfois fort intéressantes, puisqu'elles émanent de juristes et professeurs distingués, contenues dans les commentaires généraux du C. C. S.

Comme en France, on peut distinguer parmi les auteurs suisses qui se sont occupés de cette question, d'une part ceux qui admettent la nouvelle théorie de l'abus du droit, ce sont MM. Stähelin, Karl Huber, Trueb, etc., d'autre part ceux qui rejettent ce concept comme illogique ou dangereux pour l'application de la loi : MM. Alfred Martin, Cordey, etc.

Nous allons étudier aussi sommairement que possible ces différentes doctrines, en les rangeant dans l'un ou l'autre des groupes mentionnés.

A. *Les adversaires de l'abus du droit.*

Le nombre des auteurs qui ont nettement exprimé une opinion défavorable à l'abus du droit est assez restreint ; une fois la nouvelle disposition passée à l'état de texte légal, toute opposition systématique au principe lui-même devenant inutile, on ne pouvait que se borner à l'interpréter aussi sainement que possible.

M. Alfred Martin a été le principal, et aussi le plus irréductible des adversaires de la nouvelle théorie. D'une manière générale, son attitude rappelle celle adoptée en France par M. Planiol. Il a exprimé son opinion non seulement devant la Commission d'experts chargée d'examiner le projet de C. C. S., mais aussi dans des articles de revues ou de journaux dont le plus important est celui que nous avons signalé déjà ¹. M. Martin part de l'idée que la théorie de l'abus du droit se caractérise comme « une réaction contre l'individualisme juridique » ; à sa base, on trouve la négation du principe d'après lequel « l'exercice d'un droit est toujours licite, même lorsqu'il cause un préjudice à autrui ». Or, pour M. Martin, ce principe continue à être vrai. « Le droit subjectif est une force active qui tend vers un certain but », ce but n'étant autre que le développement de la personnalité. Si l'on ne peut exercer aucun droit qui cause un préjudice à autrui, le droit et la liberté ne signifient plus rien. Un droit dont l'exercice peut entraîner une condamnation n'est plus un droit. Il ne faut pas confondre droit avec morale, et la doctrine de l'abus affaiblit la notion de droit en voulant la moraliser. M. Martin montre ensuite que la responsabilité ne peut être engagée que si l'on commet un acte illicite, ce qui, pour lui, con-

¹ *Zeitschrift für schweiz. Recht*, Vol. 47 (nouvelle série 25), p. 21 et suiv. Voir d'autres articles de M. Martin dans notre bibliographie.

siste à agir sans droit. Il faut distinguer, dit-il, le caractère illicite de l'acte, qui est une notion objective, de la faute, qui est d'ordre subjectif. La faute n'est que subsidiaire ; dans certains cas exceptionnels, elle n'est même pas exigée ; l'élément essentiel de la responsabilité, c'est l'illicéité. M. Martin admet que l'acte illicite est « un empiètement non autorisé sur la sphère juridique d'autrui. » Remarquons à ce sujet que cet auteur, parti tout d'abord de l'idée que l'acte illicite est un acte accompli sans droit, ce qui correspond à la théorie subjective, en arrive peu à peu à admettre la théorie objective, qui est celle du Tribunal fédéral. Il semble ne pas opérer de distinction entre ces deux notions d'ordre bien différent, en théorie classique tout au moins. C'est, nous paraît-il, ce qui affaiblit en une certaine mesure son raisonnement ; après avoir posé que l'exercice d'un droit ne peut être illicite, parce que le caractère illicite consiste à agir sans droit, comment admettre, en gardant les mêmes prémisses, que ce même caractère consiste à empiéter sur le droit d'autrui ?

M. Martin cherche à démontrer aussi que la notion de l'abus du droit est d'ordre purement subjectif, puisqu'elle dépend de l'intention de l'auteur de l'acte, alors que la théorie moderne cherche plutôt à rattacher la responsabilité à une notion objective. Pour lui, la théorie de l'abus du droit est non seulement inadmissible, mais même superflue ; presque tous les cas concrets d'application de cette théorie représentant en réalité de véritables actes illicites, à l'exception de la jurisprudence française sur l'art. 1780 C. C. F., qui est une disposition d'ordre politique. M. Martin critique avec vivacité l'art. 3 du projet de C. C. S. et résume sa pensée comme suit : « Il faut toujours en revenir là. Le droit objectif peut limiter les droits subjectifs, mais il ne peut pas, tout en reconnaissant l'existence d'un droit subjectif, en limiter l'exercice, car un droit qu'il est défendu d'exercer, par soi-même ou par un représentant, n'est pas un droit »¹. La théorie de l'abus du droit est donc antijuridique et irrationnelle.

Dans leurs grandes lignes, ces critiques rappellent, on le voit, celles de M. Planiol et aussi de M. Esmein, en France.

Sans nier d'une manière formelle la valeur de certains arguments avancés par M. A. Martin, de celui en particulier qui veut que beaucoup d'actes envisagés comme des abus du droit, soient de sim-

¹ A. MARTIN, *op. cit.* p. 56.

ples actes illicites, on ne peut se dissimuler que sa doctrine présente des points faibles, notamment dans l'examen des éléments conditionnant la responsabilité.

M. E. Cordey¹ n'est pas à proprement parler un adversaire de la théorie de l'abus du droit, mais bien plutôt de la forme en laquelle notre loi l'a consacrée.

Si le droit doit rester nettement séparé de la morale individuelle, il ne saurait par contre, sans de graves inconvénients, se mettre en désaccord avec la morale sociale. M. Cordey estime que l'exercice d'un droit dans la seule intention de nuire est en contradiction avec cette morale et approuve la formule du § 226 B. G. B., instituant un principe d'ordre spécial à ne pas confondre avec celui qui sert de base à la répression des actes illicites ; pour ces derniers, il n'y a responsabilité que si un droit a été lésé, tandis que dans l'application du *Schikaneverbot*, c'est le motif malicieux qui constitue la faute ; il n'est pas nécessaire qu'un droit soit atteint, il suffira qu'un intérêt, une faculté aient été lésés par l'exercice d'un droit. M. Cordey reproche de plus à l'art. 2, 2^{me} al., d'ériger en dogme la possibilité de l'abus du droit en consacrant « cette illusion d'une zone intermédiaire dans le champ d'exercice d'un droit, où celui-ci ne serait plus intact et où cependant il n'aurait pas encore disparu complètement. »² Pour cet auteur, le droit doit toujours être absolu, qu'il soit facile à discerner ou non ; si on lui fait perdre ce caractère, ce n'est plus le droit, c'est « le règne de l'arbitraire et du bon plaisir » M. Cordey voudrait donc faire disparaître du C. C. S. cette fiction dangereuse de l'abus du droit, mais il reste théoriquement partisan d'un *Schikaneverbot* conforme au système allemand. Il reconnaît pourtant que dans la pratique, la disposition du § 226 est si rarement applicable à cause de la difficulté de la preuve, qu'elle en devient à peu près inutile.

Cet auteur se rend, on le voit, bien compte qu'il s'agit en réalité, en matière d'abus du droit, d'une délimitation plus exacte des confins des droits subjectifs. Sa théorie mérite pourtant le reproche de vouloir éluder la difficulté que pose cette question, sous prétexte de ne pas tomber dans l'arbitraire, au lieu qu'il eût fallu examiner si, après la suppression de l'art. 3 du projet de C. C. S. qu'il proposait, les autres dispositions légales, notamment les art. 50 et

¹ E. CORDEY, *op. cit.* p. 98 et suiv.

² CORDEY, *loc. cit.* p. 103.

suiv. C. O. 1881, eussent été suffisantes pour résoudre le problème. Or, il semble bien qu'à ce moment-là, en l'absence des dispositions des art. 2, 1^{er} al., et 28 C. C. S., cette question ne pouvait être résolue affirmativement. De plus, c'est en tout cas lui donner une solution défectueuse, à notre avis, que de préférer à une disposition très large, visant tous les cas d'abus du droit, un principe étroit et inefficace, comme le *Schikaneverbot* allemand.

La doctrine suisse antérieure à l'élaboration du C. C. S. se plaçait d'ailleurs presque toujours sur le même terrain que MM. Alf. Martin et Cordey. Pour elle, l'exercice d'un droit ne peut pas constituer un acte illicite et on ne saurait faire d'un motif malicieux, si l'on excepte naturellement le dol, condamné expressément par la loi, l'élément caractéristique d'une espèce spéciale d'actes illicites. M. Haberstich disait déjà en ce sens ¹ : « (la loi...) qualifie d'illicite tout acte qui cause sans droit un dommage à autrui. Celui qui ne fait qu'user de son droit ne commet pas un acte illicite et ne devient punissable que lorsqu'il enfreint une disposition légale de se rendre justice soi-même ».

Avec MM. Martin et Cordey, nous avons à peu près épuisé l'étude de la doctrine suisse rejetant l'abus du droit. Non pas que bien d'autres juristes, dont nous avons cité quelques-uns, n'aient pris position contre la nouvelle théorie, mais aucun d'eux n'a consacré à cette question une étude quelque peu approfondie.

Passant maintenant dans le camp opposé, nous allons examiner comment les partisans suisses de la théorie de l'abus du droit justifient la disposition de l'art. 2, 2^{me} al.

B. Les partisans de l'abus du droit.

Les deux principaux représentants de la doctrine de l'abus du droit en Suisse sont, nous l'avons dit, MM. Karl Huber et H. Trüb. Leurs études, assez complètes, ont à notre avis toutes les deux le défaut, la dernière surtout, de ne pas tenir suffisamment compte de la doctrine française et, d'autre part, bien que ce défaut ne leur soit pas imputable, de n'avoir pu encore s'appuyer sur la jurisprudence du Tribunal fédéral qui seule est à même de nous indiquer l'orientation générale donnée par la pratique à un principe juridique nouveau.

¹ HABERSTICH, *Handbuch*, Vol. 1, p. 174.

Le travail de M. Karl Huber ¹ a ceci de particulier qu'il réserve, comme nous l'avons fait nous-même, dans la théorie de l'abus du droit, une très grande place à la doctrine de M. Stammler sur le droit en général, et sur le *droit vrai* (*richtiges Recht*) en particulier.

C'est dans la partie dogmatique de son étude que M. Huber cherche à définir la notion de l'abus du droit. Il part du point de vue que cette notion ne peut être admise que si elle est justifiée juridiquement, et rejette la théorie de ceux qui veulent lui assigner une base morale. Il montre que l'idée fondamentale de cette doctrine, comme de toute doctrine juridique, c'est la réglementation de la vie sociale, dont le droit constitue la formule pratique. Or, si un principe conforme au droit formel trouble la vie sociale, il faut corriger le droit. C'est le cas pour les actes qualifiés d'abus du droit, qui sont des actions anti-sociales. C'est en ce sens que certains auteurs voudraient faire de l'abus du droit, lorsqu'il se répète, une manifestation de la *ratio legis* qui doit engager le législateur à modifier les institutions juridiques en vigueur.

M. Huber ne peut admettre qu'on fasse dériver de la morale la nécessité de condamner l'abus du droit. Il y a pour lui, comme pour nous, une distinction fondamentale et essentielle entre droit et morale. Le siège de la morale est la volonté qui pose des buts ; la morale juge des rapports de finalité (*Finalitätsverhältnisse*), tandis que le droit est fondé sur l'action ; il juge des rapports de causalité. Toutefois M. Huber est obligé d'admettre qu'on ne peut guère séparer les concepts de volonté et d'action, et qu'en particulier le droit ne compte pas comme actions juridiques celles où la volonté normale a fait défaut. Il faut en conclure que le droit et la morale se complètent et tendent au même but, l'accomplissement de l'idéal social, tout en insistant sur le fait que ce ne sont jamais les mêmes éléments qui doivent entrer en ligne dans la formation d'un jugement moral ou d'un jugement juridique. Dans ce dernier cas, jamais la volonté seule ne doit constituer un élément déterminant. Par là, M. Huber exclut le *Schikaneverbot* de sa doctrine, puisque ce dernier tient compte uniquement des motifs, c'est-à-dire de la volonté de l'auteur de l'acte ; en donnant à une volition une conséquence juridique, ce concept opère une confusion, il porte en réalité le caractère d'une règle de morale et ne peut devenir une norme de droit, que si l'on arrive à lui donner une base juridique.

¹ KARL HUBER : *Ueber den Rechtsmissbrauch*.

Pour trouver le fondement juridique de l'abus, M. Huber part de la distinction entre droit objectif et droit subjectif. Le droit objectif limite les divers domaines qui permettent aux hommes la satisfaction de leurs besoins. Cette limite entre ce qui est permis et défendu est ininterrompue. Le droit subjectif, au sens général, s'étend à ce qu'on pourrait appeler la sphère des actions permises, qui sont indiquées par le droit objectif. Le droit subjectif est donc un mode d'expression positif du droit objectif. Chaque activité autorisée constitue l'exercice d'un droit; comme, d'autre part, le droit objectif divise les actes en permis et non permis, il en résulte qu'une action permise par le droit objectif ne saurait être une violation du droit. Pour M. Huber, la formule du § 226 est donc inexacte; c'est comme l'a dit M. Alfred Martin à propos de l'abus du droit, une logomachie, et au lieu de dire *Ausübung eines Rechtes*, il aurait fallu dire *Handlung*. En réalité, pour pouvoir condamner l'abus du droit au nom des véritables principes juridiques, il faut être en mesure de le caractériser comme un acte illicite.

Les dispositions contre l'abus du droit, pour M. Huber, sont des normes d'application; elles expriment cette idée que le droit formulé est incomplet et ne peut exprimer tout le droit objectif. Dans les cas qui se présentent le plus fréquemment, le législateur énumère lui-même les éléments de fait qui caractérisent certaines actions; dans d'autres cas cependant, l'état de fait n'est pas déterminé par des actions humaines, mais par des propositions juridiques; c'est là ce qui distingue les normes d'application. En matière de défense de l'abus du droit, nous avons affaire à une de ces normes d'application.

Continuant son examen, l'auteur part du conflit entre le droit formulé et le *droit vrai* et établit que dans les cas qualifiés d'abusifs, la solution conforme au droit formulé, est contraire au *droit vrai*. L'abus du droit se rencontre lorsque qu'un droit subjectif est invoqué bien que l'état de fait à apprécier ne soit pas adéquat aux réquisits juridiques *vrais* de ce droit. C'est bien là ce qui caractérise l'abus du droit; il est une application juridique erronée d'un état de fait (*eine falsche Subsumption eines Tatbestandes*).

La doctrine de l'abus du droit concerne donc pour M. Huber tout le droit formulé; elle doit veiller à ce que les actions humaines soient toujours soumises aux véritables principes du droit. Cet auteur croit qu'il ne faut pas distinguer *in concreto* entre *abusus juris* et *abusus legis*, car le droit subjectif est limité par le droit

objectif et, en fait, leurs limites à tous les deux sont les mêmes. L'abus du droit et l'abus de la loi (acte illicite) sont une même chose vue de deux côtés différents.

En matière de droit contractuel, l'abus du droit se présente également, mais porte un nom spécial, c'est l'atteinte à la bonne foi. De même, pour M. Huber, l'action paulienne du droit de poursuites n'est qu'une forme de l'abus du droit; en droit de procédure aussi, il est connu sous le nom de calomnie, action téméraire, etc. Par contre, M. Huber ne croit pas qu'il faille rapprocher les concepts d'abus du droit et d'atteinte aux bonnes mœurs; dans ce dernier cas, l'illégalité est statué conformément à des principes de droit non écrits (appelés à tort morale), tandis qu'en matière d'abus du droit, il s'agit de conflits entre des règles non écrites et des règles formelles.

Sur ce point toutefois, nous ne pouvons nous déclarer d'accord; d'une part, en effet, le concept de bonnes mœurs n'a rien à voir pour nous avec la morale, d'autre part, il est une des formes d'expression du *droit vrai*. Lorsqu'on recourt aux bonnes mœurs pour apprécier un état de fait, c'est précisément parce qu'il y a conflit avec les règles formelles jugées insuffisantes.

Quant au critère technique de l'abus du droit, M. Huber le formule comme suit: « L'application du droit doit se diriger d'après son but social, conformément à l'usage. » (Die Anwendung des Rechtes hat sich nach seinem Zwecke zu richten gemäss der Ueblichkeit). Le but social du droit et l'usage sont des éléments de fait à résoudre *in concreto*; ils varient constamment suivant l'état social, économique, politique, etc.

Enfin, M. Huber combat l'argument critiquant la doctrine de l'abus du droit parce qu'elle porterait atteinte au principe de la liberté générale; pour lui, cette théorie n'a rien de commun avec les abus de la liberté générale: il n'y a abus du droit que lorsque la légitimité d'une action peut être déduite à tort d'un principe de droit formulé, contrairement au but du droit; en matière d'exercice de la liberté, il ne s'agit pas de l'application d'un principe de droit formulé. Ici encore, nous ne sommes pas d'accord avec cet auteur et nous voyons au contraire une analogie entre l'exercice de la liberté générale et l'abus du droit.

Telle est dans ses grandes lignes la théorie développée par M. Huber. Bien que différant sur plusieurs points importants de la nôtre, nous l'avons reproduite avec quelque complaisance parce qu'elle

constitue la principale étude de l'abus du droit en Suisse et que nous y reviendrons souvent lorsque nous établirons nos conclusions. Elle a ceci de commun avec notre point de vue, qu'elle pose le problème de l'abus du droit sur le même terrain, celui du *droit vrai* défini par M. Stammler.

M. Hans Trueb¹ dans son étude de l'art. 2, 2^{me} al. CCS. s'est placé à un tout autre point de vue. Pour lui, cette disposition de notre texte légal a la même portée que le § 226 B. G. B. Il s'agit dans les deux cas d'un *Schikaneverbot*. D'ailleurs, cet auteur met exactement sur le même pied les expressions *Rechtsmissbrauch*, *schikanöse Rechtsausübung* et *Schikane*. Une autre caractéristique de sa doctrine, c'est qu'elle admet des rapports nécessaires et immédiats entre le droit et la morale. Pour lui, il est de la nature même du droit de ne reconnaître aucun droit subjectif contraire à la morale, ni aucun exercice d'un droit qui serait légitime en soi, mais contraire à la morale.

En fait, M. Trueb examine le problème de l'abus du droit exactement comme les auteurs allemands celui du § 226 B. G. B. Sur les deux points signalés plus haut, nous nous trouvons en désaccord avec lui; nous avons montré déjà, à propos de la doctrine allemande, que d'une part, le problème de l'abus du droit dépasse de beaucoup celui du *Schikaneverbot* et, que d'autre part, il faut distinguer soigneusement entre droit et morale. M. Trueb lui, pose le principe que l'exercice d'un droit est en tout cas immoral, lorsqu'il n'a d'autre but que de nuire à autrui et n'apporte aucun avantage à celui qui l'exerce²; le droit objectif doit s'opposer à une action immorale de ce genre. La justification de cette affirmation se trouve dans le fait que tout droit subjectif extériorisé par son exercice a un but déterminé. Dès lors, le droit ne peut accorder sa protection, dans l'intérêt même des buts qu'il cherche à atteindre, à l'exercice d'un droit qui poursuit une fin directement opposée à son but général. Ce n'est pas à proprement parler le caractère immoral d'un pareil exercice qui le rend condamnable, mais plutôt le postulat logique que le droit objectif ne peut le tolérer, puisqu'il va à fin contraire du but qu'il se propose. Cette idée prouve une fois de plus, contre notre auteur, que l'abus du droit ne tire pas son caractère condamnable de la morale.

¹ HANS TRUEB: *Der Rechtsmissbrauch (Schikane) im modernen Recht.*

² TRUEB, *op. cit.* p. 3 et 4.

Continuant son exposé, M. Trueb estime qu'il ne faut pas assimiler acte illicite et abus du droit ; dans le premier, celui qui cause un dommage à autrui (en portant atteinte à son droit), n'agit pas dans l'exercice d'un droit, mais se trouve déjà en dehors de celui-ci ; il ne peut s'appuyer sur un droit formel, au lieu que dans l'abus, ou plus exactement dans la chicane, l'auteur du dommage s'appuie sur un droit qu'il exerce ; mais cet exercice n'est soutenu par aucun intérêt digne de la protection du droit et porte atteinte, non pas au droit, mais à la sphère d'intérêts d'un autre individu. Ici encore, nous contestons le point de vue de M. Trueb. Pour lui, la chicane se caractérise en fait comme l'exercice d'un droit subjectif ayant pour but (*Zweck*) de nuire à autrui. Il est indifférent, en principe, qu'il y ait ou non un intérêt économique en vue, à condition toutefois que l'intention de nuire dépasse de beaucoup la valeur de cet intérêt. Notons pourtant que M. Trueb opère soigneusement la distinction entre le but et le motif de l'exercice d'un droit, ce dernier appartenant au processus interne de la pensée, tandis que le premier est la poursuite d'un résultat extérieur.

Il constate encore que parmi les moyens dont le législateur dispose pour prévenir l'abus du droit, le seul efficace consiste à élaborer une disposition formelle, limitant l'exercice des droits, tout en laissant intact le droit lui-même ; les autres sont inopérants, notamment l'introduction du concept de la bonne loi, employé surtout en matière d'obligations contractuelles ; de même le procédé qui consisterait à limiter législativement les différents modes d'exercer ses droits, soit par l'interdiction de porter atteinte à l'intérêt justifié d'autrui, soit par la limitation de l'exercice d'un droit à la seule sphère d'intérêts du titulaire, a le défaut d'exiger une trop grande casuistique dans le texte légal.

M. Trueb arrive à la conclusion qu'il faut interpréter comme suit le *Schikaneverbot* de l'art. 2, 2^{me} al. Le juge devra admettre qu'il y a abus du droit lorsque les conditions suivantes sont réalisées : l'action attaquée doit se caractériser extérieurement comme l'exercice d'un droit subjectif ; par cet exercice, une autre personne est menacée d'un dommage ou le subit ; celui qui exerce le droit n'a en vue aucun intérêt digne d'être protégé par la loi¹. En réalité, tout exercice d'un droit est susceptible de causer un dommage à autrui et c'est précisément pourquoi il faut examiner si l'auteur de

¹ TRUEB, *op. cit.* p. 112.

l'acte, en exerçant son droit, poursuivait un intérêt digne d'être protégé; la question doit être résolue *in concreto*, d'après les circonstances; en aucun cas, il ne faut faire intervenir des éléments subjectifs pour apprécier ces conditions.

Quant aux conséquences de l'acte abusif, M. Trueb estime que du moment où la loi refuse à un tel acte la protection légale, l'exercice du droit en question devient illégal; par conséquent, on peut admettre qu'il s'agit d'un acte illicite¹. Ainsi, si l'on doit repousser l'idée d'acte illicite en ce qui concerne le concept général d'abus du droit (voir plus haut), par contre, lorsqu'il s'agit de l'exercice abusif d'un droit auquel la loi même a enlevé son caractère légal, on peut admettre qu'on se trouve en présence d'un acte illicite.

Personnellement, nous ne voyons pas bien comment le législateur pourrait déclarer illicites des actes abusifs, si leur nature même ne les rendait tels. Pour M. Trueb le droit continue à exister, son exercice seul devient illicite. Pour nous, au contraire, un droit ne saurait encore exister hors des limites où son exercice est permis.

En résumé, M. Trueb donne une portée assez limitée à l'art. 2 2^{me} al. Il n'y voit qu'une formule un peu différente du § 226 B. G. B. Son point de vue est entièrement différent du nôtre et nous rejetons nettement sa conception.

Il nous reste à passer rapidement en revue les autres appréciations de la doctrine suisse en matière d'abus du droit.

M. Stähelin² s'attache beaucoup plus à l'étude du premier alinéa de l'art. 2 actuel et du concept de bonne foi, qu'à celle de l'abus du droit. Cet alinéa soulève pour lui une série de problèmes: l'auteur se demande si cette disposition n'introduit pas dans la législation des facteurs jusqu'ici inconnus, c'est-à-dire des préceptes de morale, le droit ne cherchant plus seulement à définir comment on doit se conduire, mais aussi dans quelles dispositions internes on doit se trouver pour agir; puis cet alinéa pose encore la question de savoir si ce n'est plus la loi seule qui doit être appliquée par le juge, et si ce dernier doit chercher dans son propre sentiment ce qui est juste et ce qui ne l'est pas. Ces questions touchent d'ailleurs de fort près au problème de l'abus du droit et c'est à ce titre que leur solution dans l'étude précitée nous intéresse.

M. Stähelin cherche à résoudre ces problèmes du point de vue

¹ TRUEB, *op. cit.* p. 114.

² M. STÄHELIN: *Zu Artikel 8. I. des Zivilgesetzentwurfs.*

historique et se livre à de longs développements sur l'*exceptio doli generalis* en droit romain. Il arrive à la conclusion que l'étude de l'application de cette exception se confond avec celle de l'influence de l'équité et de la bonne foi dans la vie juridique. Toutefois, il se limite au seul domaine du droit contractuel et montre que, posant un principe général (celui de l'art. 2, 1^{er} al.), notre loi permet de négliger l'emploi de l'*exceptio doli*, en recourant directement à la disposition légale. Cette dernière apparaît donc comme l'expression du triomphe de l'esprit sur la lettre, de la volonté véritable sur la forme qu'elle revêt ; elle donne au juge le pouvoir de compléter la volonté des parties là où elle est insuffisamment exprimée, et il doit le faire dans le sens où des contractants placés dans les mêmes circonstances auraient contracté, d'après les règles de l'usage et de la bonne foi. M. Stahelin ne mentionne même pas la question de l'abus du droit, mais on peut constater par ses conclusions que lui aussi voit dans l'art. 2, 1^{er} al. un moyen de définir le *droit vrai*, par opposition à l'imperfection du droit formulé.

La même idée est exprimée dans le Commentaire de M. Gmür,¹ à propos de l'art. 2 CCS. « Seine Spitze, dit cet auteur, ist insbesondere gegen formalistische Rechtsanwendung gerichtet. » Il insiste de plus sur la nécessité de distinguer entre la bonne foi de l'art. 2, 1^{er} al. et celle de l'art. 3. Dans cet art. 3, la bonne foi est une notion subjective et une question de fait. « Une personne n'agit pas d'après la bonne foi, mais elle a la bonne foi ou elle ne l'a pas. »² Le concept de la bonne foi (*Treu und Glauben*) au sens de l'art. 2 est au contraire par sa nature même un concept objectif ; c'est une notion qui se délimite, non pas d'après l'état d'esprit intérieur, mais en tenant compte des circonstances et d'après l'usage. (*Ueblichkeit, Verkehrsitte*). L'art. 2 a simplement élevé à la hauteur de principes écrits du droit fédéral, des règles admises dès longtemps par la jurisprudence.

Par contre, M. Gmür ne croit pas qu'il faille établir un rapprochement entre l'idéal social de M. Stammler et le concept de la bonne foi. Pour lui aussi, la règle de l'art. 2, 2^{me} al. n'a pas d'influence sur l'existence du droit lui-même, mais doit seulement servir à apprécier son exercice ; elle a donc pour fonction non pas de corriger le droit objectif, mais de limiter l'exercice des droits. En ce sens, l'al.

¹ Gmür : *Kommentar*, ad art. 2, I, C. C. S., p. 38.

² Gmür : *Kommentar*, ad art. 3, p. 43.

1 de l'art. 2 apparaît comme la forme générale et positive de la règle de l'al. 2; ce dernier n'a d'autre but que de compléter le premier, dont il est une conséquence formulée négativement.

Quant à l'application de l'al. 2, M. Gmür pose les conditions suivantes (p. 41): on doit se trouver en présence de l'exercice d'un droit privé subjectif; cet exercice doit causer un dommage à autrui, ou le menacer d'un dommage; l'acte du titulaire du droit doit être exercé sans intérêt pour lui; enfin, le défaut d'intérêt doit être apprécié non pas subjectivement, d'après le but poursuivi, mais objectivement, comme cela résulte des mots *abus manifeste*, d'après le but général du droit objectif et partant, du droit subjectif qui en dérive. Le but du droit n'est protégé que lorsqu'il a trait à des intérêts justifiés, compatibles avec les bonnes mœurs et la bonne foi. Sans l'al. 2, d'après M. Gmür, on ne pourrait considérer l'abus du droit comme illicite, puisqu'il n'est pas accompli sans droit. Il ne croit pas qu'il faille assimiler notre art. 2 2^{me} al. au *Schikaneverbot* du § 226 B. G. B. Celui-ci tient compte uniquement de l'intention de l'auteur de l'acte, de plus, il est formulé d'une façon beaucoup plus étroite.

Ainsi, d'une manière générale, et sauf sur le dernier point, M. Gmür admet la même théorie que M. Trüb.

M. Tuor¹ pense aussi que les deux dispositions de l'art. 2 sont intimement liées et que l'al. 2 complète le premier. Il propose en matière d'abus du droit le même critère que M. Gmür, soit l'absence d'un intérêt justifié constatée objectivement. Ces dispositions lui apparaissent comme un moyen général employé par le droit pour empêcher les abus, vu l'impossibilité où se trouve le législateur de limiter d'une façon précise l'exercice de chaque droit en particulier. En matière d'abus du droit, le droit subjectif continue à exister formellement, mais non pas matériellement, parce que son contenu contrevient aux normes supérieures de la morale, des mœurs, de la bonne foi, etc.

Pour M. Reichel² également, les deux alinéas ne peuvent être séparés. Le premier va bien au-delà de l'*exceptio doli generalis* du droit commun, qui ne pouvait être invoquée que dans les actions *bonae fidei*. Cette disposition fait de toutes les actions des actions *bonae fidei*, c'est-à-dire que la loi pose le principe général que la bonne foi devra toujours servir à interpréter les obligations et l'exer-

¹ TUOR: *Das neue Recht*, p. 41 et suiv.

² EGGER: *Kommentar*, vol. 1, *Einleitung*, p. 9 et suiv.

cice des droits. L'art. 2 CCS. ne doit pas affaiblir le droit, le rendre dépendant de considérations sentimentales ou subjectives. Le droit doit rester le droit ; mais cette disposition légale a pour but précisément de permettre une interprétation juridique des obligations et des droits, là où la convention des parties ou les dispositions légales n'y suffiraient pas. La loi au lieu de laisser au juge le soin de compléter ces lacunes selon son bon sens, a pris soin de lui indiquer elle-même selon quels principes il aurait à se décider : elle a fait ainsi de ces principes de véritables règles de droit.

Quant au deuxième alinéa, il ne fait que compléter le premier en indiquant quand l'exercice d'un droit devient abusif, c'est-à-dire quand le droit lui refuse la protection légale. Pour M. Reichel, en exerçant abusivement un droit, on sort véritablement de la sphère de ce qui est légalement permis ; dans beaucoup de cas donc, on peut dire qu'il s'agit d'actes illicites. Toutefois, c'est par ses conséquences juridiques que l'abus du droit se distingue de l'acte illicite. Tandis que dans ce dernier, le principal est la réclamation de dommages-intérêts par le lésé, réclamation que sanctionne la loi, en matière d'abus du droit, la conséquence principale consiste en ceci : la sanction qui d'ordinaire est attribuée à chaque droit, et qui consiste à le faire valoir par une action, est refusée au droit employé abusivement. M. Reichel reproche à M. Martin de n'avoir pas vu cette différence.

Quant au critère à employer pour caractériser l'abus, M. Reichel admet comme tous les autres auteurs, que c'est l'absence d'intérêt digne d'être protégé qui est déterminante.

Nous avons ainsi passé en revue les principales opinions exprimées dans la doctrine suisse au sujet de l'abus du droit. D'autres auteurs encore ont effleuré la question en étudiant certaines dispositions du Code. Ainsi, M. Oser¹ fait remarquer à propos de l'art. 41 C. O. qu'un acte est illicite lorsqu'il porte atteinte à des droits ou à des intérêts protégés juridiquement, mais qu'il perd ce caractère illicite lorsque l'auteur du dommage en exerçant son activité, avait pour but de sauvegarder des intérêts plus importants que ceux qui ont été lésés. Il en résulte que si le droit a été exercé sans intérêt véritable, le caractère illicite reparait en vertu de l'art. 2, 2^{me} al. C. C. S.

Nous aurons à revenir plus loin sur cette intéressante tentative.

¹ OSER, *ad* art. 41, III, 4, p. 176.

d'établir un lien direct entre la théorie de l'abus du droit et celle de l'acte illicite ¹.

Enfin, la question de l'exercice des droits et de leurs limites a été examinée par beaucoup d'auteurs, à propos de l'exercice du droit de propriété. M. Wieland ², commentant l'art. 641 du C. C. S., déclare : « Le droit de propriété se mesure à l'intérêt économique de son titulaire... La maîtrise du propriétaire n'exçède pas, même à l'intérieur de son domaine, la mesure indiquée par une saine application des exigences économiques ».

Nous aurons à faire dans une autre partie de notre étude, la critique de la doctrine suisse en matière d'abus du droit. Il nous suffira de constater pour le moment que tous les partisans de cette doctrine, à part M. Huber, sont d'accord pour admettre un critère commun de l'abus : l'absence d'intérêt de la part de celui qui exerce son droit. M. Huber, lui, se place sur un terrain plus vaste, en visant l'exercice du droit d'une manière qui n'est pas conforme à sa destination économique et sociale ; l'une des manifestations de ce désaccord entre le but social du droit et l'exercice du droit prétendu abusif consistera précisément dans le fait que celui qui exerce le droit n'a aucun intérêt à le faire.

Ajoutons encore à propos de l'art. 2, 2^{me} al. que plusieurs auteurs français trouvent sa formule trop large et trop vague. Ce sont notamment MM. Dobrovici ³ et Corot. Ce dernier déclare que notre art. 2, « auquel on a donné une forme très générale, ne définit pas l'abus du droit, de sorte qu'on peut se demander quand cet abus existera. Le juge est laissé seul maître pour apprécier cela. C'est l'insécurité qui règne au lieu du droit ». Cette opinion ne tient pas suffisamment compte, nous semble-t-il, des tendances générales de notre droit. Elle juge l'art. 2 d'une manière isolée, sans examiner la place qu'il occupe dans le système général du Code.

Ce qui nous frappe surtout dans la doctrine suisse, le travail de M. Huber mis à part, c'est qu'elle ne fait le plus souvent pas état du rôle très grand joué par la théorie de l'abus du droit, dans l'ensemble de la science juridique.

L'impression que laisse la lecture de la plupart de ces études,

¹ Voir aussi à ce sujet les commentaires très intéressants de M. Egger au sujet des art. 27 et 28 C. C. S.

² WIELAND : *Kommentar*, vol. 4, ad art. 641, I, p. 8.

³ DOBROVICI, *op. cit.* p. 137.

c'est que les auteurs ont adopté les unes ou les autres des théories admises dans les pays voisins, en France ou en Allemagne, sans toujours se rendre compte de leur véritable signification et des différences considérables qui les séparent. On a l'air de considérer un peu l'art. 2 comme un ornement de notre Code, en rapport avec les idées juridiques modernes, mais personne ne cherche à justifier cette opinion et chacun s'en remet à la jurisprudence du soin de donner la véritable interprétation. Or, comme nous l'allons voir, les arrêts du Tribunal fédéral en cette matière sont assez peu nombreux et notre haute Cour semble ne vouloir faire usage de la nouvelle théorie qu'avec la plus extrême prudence.

III. LA JURISPRUDENCE.

De même qu'en France, on peut dire aussi dans notre pays qu'en matière d'abus du droit, c'est la jurisprudence qui a ouvert la voie à la législation nouvelle.

Pourtant, jusqu'au commencement du XX^me siècle, ce ne fut pas chez les auteurs français que nos tribunaux cherchèrent les motifs de leurs arrêts en cette matière, mais en Allemagne. Cela s'explique d'ailleurs d'une manière assez plausible par le fait que notre législation en matière d'actes illicites, bien que consacrant dans son texte les principes du Code civil français plutôt que ceux des lois germaniques, et plus tard du B. G. B., s'est inspirée beaucoup plus de la doctrine des auteurs allemands que de celle des tribunaux français. Jusqu'à l'élaboration du C. C. S. au surplus, les droits cantonaux ne connaissaient la matière de l'abus du droit que sous la forme d'un *Schikaneverbot* et encore seuls quelques cantons possédaient-ils cette institution. Quant au droit des obligations, comme le fait remarquer M. K. Huber, les formules qu'il avait adoptées en matière d'actes illicites (art. 50 et suiv.), n'étaient pas défavorables à l'application d'une théorie générale de l'abus du droit.

Plusieurs jugements cantonaux font application des règles du *Schikaneverbot*. Schneider et Fick dans leur commentaire en signalent toute une série ¹. Le Tribunal supérieur du canton de Zurich notamment était familiarisé avec la notion du *Schikaneverbot*. Voici

¹ SCHNEIDER ET FICK : *Kommentar*, 2^e édition, 1896, ad art. 50, N^o 33, 46, 47, 47^a, 63, 63^b, 96.

d'autre part un jugement intéressant de la Cour d'appel de Berne du 22 mars 1900¹. Deux voisins, Kehrer et Ingold, avaient conjointement acheté d'une société immobilière anglaise des terrains à bâtir situés à Berne. Une servitude stipulée par le vendeur prescrivait qu'il était interdit aux propriétaires d'élever des bâtiments de plus de cinq mètres de haut à une distance moindre de cinq mètres de la limite des immeubles contigus. De plus, des prescriptions spéciales réglaient la faculté d'ouvrir des jours de fenêtre à une distance plus réduite. Ingold ayant marqué l'intention d'élever une véranda à moins de deux mètres cinquante de distance du terrain de Kehrer, ce dernier l'actienna. Mais Ingold, demanda reconventionnellement que Kehrer fût condamné à démolir une partie des ateliers qu'il avait élevés sur son terrain un peu auparavant, parce qu'il avait bâti ces ateliers à moins de cinq mètres de la limite du fonds et que leur hauteur dépassait cinq mètres. Elle était en réalité de cinq mètres et huit centimètres.

La Cour repoussa cette demande reconventionnelle, comme constituant une chicane, tout en reconnaissant que le droit formel était en faveur d'Ingold. « Malgré cet état de fait contraire au droit, objectivement tout au moins, dit l'arrêt, il est cependant douteux que la troisième demande reconventionnelle du défendeur Ingold soit fondée. En effet, pour que ce fût le cas, en dehors du caractère illicite objectif de l'état de fait, il serait également nécessaire que le demandeur eût un intérêt juridique à la modification de cet état de fait et qu'il ne fit pas valoir son droit uniquement par chicane c'est-à-dire dans le but de nuire à autrui ». La Cour continue en disant qu'on ne peut admettre que le demandeur reconventionnel soit lésé dans un intérêt suffisamment justifié, par le fait que les ateliers de Kehrer dépassent de huit centimètres la hauteur prescrite.

Cette décision montre que la doctrine de la chicane est appliquée en fait par nos tribunaux. Si les décisions ne sont pas nombreuses, du moins prouvent-elles que la question est envisagée chez nous à peu près sous le même angle que dans les jurisprudences étrangères².

Le Tribunal fédéral a lui aussi jugé de bonne heure que les droits

¹ Affaire *Kehrer c. Ingold*, *Zeitschrift des bern. Juristenvereins*, vol. 36 (1900) p. 603 et suiv.

² Ce sont d'ailleurs deux arrêts allemands que la Cour du canton de Berne cite à l'appui de sa décision (*Seufferts Archiv*, vol. 31, N° 117 et vol. 32, N° 240).

ne peuvent être exercés dans l'intention de nuire, mais sa doctrine en cette matière est moins stricte que celle de certains tribunaux cantonaux. Il admet que non seulement la chicane proprement dite doit être réprimée, mais d'une manière générale, que les contrats doivent être interprétés et les droits exercés selon les règles de la bonne foi. C'est avant la lettre, toute la doctrine de l'art. 2 C. C. S. qui est exprimée dans plusieurs de ces arrêts, dont quelques-uns sont assez anciens.

Ainsi nous lisons dans les considérants d'un jugement de 1885¹ : « Le demandeur lui-même n'a pas prétendu que le défendeur ait agi dolosivement, contre toute bonne foi (*wieder besseres Wissen und Gewissen*), pour lui nuire, par chicane personnelle ou un autre motif du même ordre ». De même dans un arrêt de 1887², il est dit : « Il faut considérer comme établi que le défendeur... voulait répandre et a répandu son accusation sans aucun motif objectif et dans l'intention de léser le demandeur et de lui causer un dommage. Or, il faut voir indubitablement dans ce fait une atteinte illicite à l'honneur et à la bonne réputation du demandeur ».

Remarquons que dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral semble admettre un critère subjectif de la chicane ; il recherche quelle a été l'intention (*Absicht*) et ne fait pas encore emploi de la notion de but (*Zweck*) que nous voyons apparaître plus tard et qui seule est de nature à donner au *Schikaneverbot* un caractère objectif. Au moment où cet arrêt fut rendu, la doctrine ne s'était pas encore rendu compte, en Allemagne comme en Suisse, du danger qu'il peut y avoir à laisser à l'appréciation personnelle du juge la recherche de l'intention subjective de l'auteur de l'acte.

Mais en même temps qu'il admettait qu'on ne peut exercer un droit par pure chicane et en l'absence de motif objectif sérieux, le Tribunal fédéral élargissait de plus en plus sa conception de l'acte illicite. Il sanctionne notamment le principe que celui qui use de sa liberté ou d'un droit ne doit pas en faire un usage tel qu'il lèse autrui dans ses intérêts³. « D'après la théorie reçue en doctrine et consacrée par le Tribunal fédéral dans une pratique constante, une action est illicite, quand elle viole une norme de droit déterminée (formulée ou non) et applicable à tous, ou aussi lorsqu'elle pénètre

¹ A. T. F. 11, p. 531.

² A. T. F. 13, p. 85, cons. 4.

³ A. T. F. 25, II, p. 624.

dans la sphère juridique d'autrui de telle manière qu'elle implique une violation d'un droit privé de celui-ci ou d'un intérêt protégé juridiquement, d'un bien juridique¹, sans qu'il y eût dans ce dernier cas consentement du lésé. En l'espèce, on peut se demander s'il se trouve un élément illicite dans le but poursuivi par l'association *Kreditreform* ou dans les moyens qu'elle a employés pour atteindre ce but, ou dans tous les deux en même temps. »

Le Tribunal fédéral décide ici pour la première fois à notre connaissance que le but poursuivi ou les moyens employés dans l'exercice d'un droit (et non pas l'intention qui y a présidé) ne sont pas indifférents et qu'ils peuvent dans certains cas conférer à cet exercice un caractère illicite. Cette idée est précisée encore dans un arrêt de la même époque². « De ce que la mise à l'index, dit le Tribunal fédéral, est de nature à entraîner un préjudice pour celui qui en est l'objet et que ce préjudice est voulu, il ne suit cependant pas qu'elle soit illicite... La mise à l'index étant l'exercice d'un droit, elle n'a pas besoin d'être justifiée. Le droit porte en lui-même sa justification et celui qui veut en user peut le faire avec ou sans raison, peu importe. Toutefois la conscience juridique moderne tend à modérer l'application du principe *« qui suo jure utitur neminem laedit »*, en ce sens que le droit, étant la première condition de l'ordre social, ne saurait être employé dans la seule intention de nuire à autrui, c'est-à-dire pour accomplir un acte anti-social. Pour que cette restriction du droit puisse être appliquée, il faut toutefois qu'il soit établi d'une manière certaine que le seul mobile de l'acte incriminé est la malveillance et l'intention de nuire. » Le Tribunal fédéral cite à l'appui de cette manière de voir la doctrine allemande : Regelsberger, Windscheid, Gierke, Dernburg. Son arrêt pose pour la première fois nettement le problème de l'abus du droit sous la forme du *Schikaneverbot*; l'influence de la doctrine allemande est sensible, puisque le seul critère admis est l'intention de nuire. D'autre part, l'idée qu'un droit ne peut être employé à une fin anti-sociale appartient plutôt à la doctrine française dont notre autorité judiciaire suprême s'est un peu rapprochée par la suite.

Ce point de vue est confirmé dans un arrêt postérieur, où le Tribunal fédéral emploie les mêmes arguments et des termes identi-

¹ Cf. Arrêt du 30 mars 1896. A. T. F. 22, p. 183, cons. 6.

² Jugement du 14 octobre 1899, dans la cause *Boujon et consorts* contre *Stucker-Boock*, A. T. F. 25, II, p. 801 à 808.

ques, à l'occasion d'une demande de dommages-intérêts dirigée contre un syndicat d'ouvriers qui avait porté atteinte aux intérêts économiques d'une ouvrière non syndiquée¹. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral insiste toutefois sur le fait qu'il ne faut pas s'inspirer pour juger ces matières de considérations morales ou sociales, mais seulement d'arguments juridiques.

Un nouvel arrêt très important, datant de 1906, et sur lequel nous aurons l'occasion de revenir en détail², est venu compléter et préciser davantage l'attitude de notre haute Cour en matière d'abus du droit. Il s'agit de nouveau d'une affaire de boycott. Le Tribunal se place nettement sur le terrain de la théorie objective de l'acte illicite et admet qu'on doit reconnaître l'existence d'un droit individuel de chacun au respect et au développement de sa personnalité; par contre, il revient sur sa jurisprudence antérieure³, en ce sens qu'on ne peut aller jusqu'à reconnaître un droit individuel de celui qui exerce une profession, au libre exercice de celle-ci, « droit, grâce auquel il pourrait ne pas tolérer l'immixtion de tiers dans tout ce qui touche à ses affaires commerciales ». En l'espèce, d'après l'arrêt, le boycott se caractérise comme un acte illicite, au sens de la théorie objective admise par le Tribunal fédéral, c'est-à-dire comme une atteinte à un droit subjectif ou à un bien juridique. D'ailleurs, même en se plaçant au point de vue subjectif, ce boycott serait illicite, car « l'exercice des droits et de la liberté humaine doit être poursuivi de telle sorte qu'il permette aussi aux autres hommes l'exercice de leurs droits et de leur liberté. Si le droit et la liberté sont employés à anéantir la liberté d'autrui ou à la limiter dans son expression, on se trouve en présence d'un abus du droit ou de la liberté qui ne peut être admis par la conception générale du droit ».

Le Tribunal fédéral estime que même en l'absence d'une disposition analogue concernant les actes contraires aux bonnes mœurs, la manière de voir dont s'inspire le § 826 B. G. B. se trouve contenue implicitement dans la loi. Il rappelle l'art. 17 CO. 1884 qui statue la nullité des contrats contraires aux mœurs et montre que cet article exprime un principe général, immanent au droit, applicable

¹ Aff. *Droz-Schindler c. Bohner et Matthey*, A. T. F. 30, II. p. 271 et suiv. not. p. 284 et 285.

² A. T. F. 32, II. p. 360 et suiv. not. p. 368.

³ Jugement du 30 mars 1896 dans la cause: *Föglin c. Geissbühler et consortes*. A. T. F. 22, I. p. 183 et suiv. cons. 6.

aussi à l'exercice des droits et de la liberté. Le Tribunal exprime nettement ici et pour la première fois, l'idée que les principes généraux d'interprétation des contrats sont applicables aussi à l'exercice des droits, idée que devait sanctionner l'art. 2, 1^{er} al. CCS. et qui résultait déjà de sa jurisprudence antérieure sur le concept de la bonne foi (*Treu und Glauben*)¹.

Il résulte de l'arrêt que nous venons de citer que le Tribunal fédéral a peu à peu transformé sa théorie primitive du *Schikaneverbot* et l'a élargie au point de formuler avant la lettre une théorie très large de l'abus du droit en général. Le passage que nous avons reproduit est à ce point de vue caractéristique; cet arrêt va aussi loin que les théories les plus hardies de la doctrine française, mais il a gardé de la source où il a été puisé cette marque essentielle qu'il distingue soigneusement dans l'appréciation des actes en question le point de vue de la théorie objective de l'acte illicite (*Eingriff in subjektive Rechte und Rechtsgüter oder in die objektive Rechtsordnung*) et celui tout subjectif de la limite de l'exercice des droits (*Schädigung ohne Recht oder in Missbrauch eines Rechtes*).

Le Tribunal fédéral, d'ailleurs, tout en adoptant les théories les plus modernes et cela même en l'absence de dispositions légales, n'a fait application de ces théories qu'avec la plus extrême réserve; les arrêts que nous avons cités sont à peu près les seuls où il aborde le problème de l'abus du droit, avant l'entrée en vigueur du CCS.

Dès 1912, grâce à l'art. 2 CCS., il semblait que notre jurisprudence aurait plus de liberté pour développer et appliquer un point de vue désormais sanctionné par la loi. En réalité, il n'en est rien. Plus encore qu'auparavant peut-être, le Tribunal fédéral n'a recours à la théorie de l'abus que dans des cas très rares et jusqu'ici il n'a donné, à notre connaissance, aucune interprétation complète des dispositions de l'art. 2, 2^{me} al. Il semble que notre Cour suprême ait subi quelque peu l'influence de l'incontestable réaction qui s'est manifestée à partir de 1910 dans la doctrine française, contre les théories trop hardies et trop subversives suscitées par l'abus du droit.

Quant au 1^{er} alinéa de l'art. 2, on peut croire que le Tribunal fédéral sera plus à l'aise pour l'appliquer; il avait créé antérieure-

¹ Voir notamment en ce sens A. T. F. 25, II. p. 615; 27, II. p. 119; 29, II. p. 142. Cf. WEISS: *Die Berufung*, p. 225.

ment déjà, nous l'avons dit, toute une jurisprudence sur la bonne foi en matière d'interprétation des contrats et il lui a suffi de l'étendre à l'exercice des droits en général. Il considère l'art. 2, 1^{er} al., comme une disposition d'ordre très général qui doit servir au juge de règle d'interprétation juridique¹. Il faut partir du point de vue que cette disposition légale ne contient pas seulement, comme sa rédaction pourrait le faire croire, une indication aux contractants d'agir dans l'exercice de leurs droits et dans l'accomplissement de leurs devoirs, selon les principes de la bonne foi (*nach Treu und Glauben*), mais est bien aussi, conformément au but de tout le titre préliminaire du CCS., une direction pour le juge d'apprécier les actes des parties qui ont précédé le procès, et le contenu (*Inhalt*) des rapports de droit modifiés par ces actes (*cf. marginales*, ad art. 2 à 4), d'après les principes de la bonne foi; en effet, si un droit ne doit pas être exercé au delà de ce que permet la bonne foi, cela signifie aussi que le juge ne doit pas apprécier différemment la volonté des parties qui a créé le droit. Pour le Tribunal fédéral, ce principe apparaît évidemment à cet ordre de dispositions que le législateur considère comme rendues dans l'intérêt de l'ordre public et de la morale. Cette opinion est confirmée par un arrêt du 21 novembre 1914²: « Celui qui adopte une nouvelle raison sociale doit non seulement ne pas porter atteinte au droit de ses concurrents à leur raison sociale (*Firmenrecht*), mais aussi veiller à ce qu'il ne crée pas, indépendamment de cela, un état de chose qui donne lieu à des confusions pénibles et dommageables pour les commerces concurrents (voir art. 2 CCS)... La bonne foi en matière de concurrence ordonne d'éviter ce danger de confusion dans le choix d'une nouvelle raison sociale. » (p. 605).

Enfin dans une autre décision du 28 juin 1913³, le Tribunal fédéral met en relation les dispositions de l'art. 41, al. 2 CO. sur les actes contraires aux mœurs et celle de l'art. 2 CCS. sur la bonne foi⁴.

¹ A. T. F. 38, II, p. 463 (6 novembre 1912).

² A. T. F. 40, II, p. 601.

³ A. T. F. 39, II, p. 294.

⁴ Voir aussi à propos de l'application du concept de la bonne foi à l'exercice des droits et à l'interprétation de la volonté des parties, les arrêts suivants du Tribunal fédéral, dans *Praxis des Bundesgerichte*, 4^{me} année (1915), N° 57, p. 133; N° 85, p. 196 à 198 et 5^{me} année (1916), N° 43, p. 115; N° 75, p. 178, N° 107, p. 263.

En ce qui concerne plus spécialement l'application du 2^{me} al. de l'art. 2 CCS., nous n'avons trouvé que deux arrêts où le Tribunal examine cette question, sans admettre d'ailleurs qu'il y ait eu abus de droit. Le premier de ces arrêts est du 17 avril 1913¹ : Un terrain à bâtir était grevé de la servitude qu'il ne pourrait être destiné qu'à la construction d'une villa. Son propriétaire y fait bâtir une maison locative. Un des bénéficiaires de la servitude intente, après plusieurs années, une action au propriétaire de la dite maison, tendant à ce qu'il soit condamné à en faire une villa, où un seul ménage fût admis à demeurer. Le propriétaire attaqué invoqua l'art. 2, 2^{me} al., disant qu'il y avait abus du droit de la part du bénéficiaire de la servitude. La Cour de Genève n'admit pas cette manière de voir et le Tribunal fédéral confirma son arrêt. Concernant l'application de l'art. 2, il dit : « La demanderesse a un *intérêt* évident à exiger le respect intégral d'une servitude qui est de nature à augmenter la valeur de sa propriété et l'on ne saurait considérer comme un acte de chicane, le simple exercice d'un droit constitué de par la libre volonté des parties. »

Dans un autre cas², il s'agit d'un propriétaire qui avait élevé tout près de la limite de son immeuble un mur soutenant une terrasse, obstruant ainsi à peu près complètement deux jours de fenêtres du voisin, les dites fenêtres éclairant d'ailleurs des locaux à peu près inutilisés. Le Tribunal, après avoir constaté que pour d'autres motifs, l'action du voisin tendant à obtenir la démolition du mur était irrecevable, dit encore : « Il existe donc en fait une disproportion d'une certaine importance entre l'*intérêt* du demandeur à l'éloignement du mur et le dommage qui en résulterait pour le défendeur. Mais si, en tout cas, le recours à l'art. 671 al. 3 CCS. par le demandeur échoue à raison de cette disproportion entre l'intérêt du demandeur et le dommage que subirait le défendeur, toutes les autres questions qui se rapportent à l'application de l'art. 671 à la présente espèce, n'ont pas à être discutées... On peut remarquer qu'en tout cas l'art. 2, 2^{me} al. CCS. aurait évidemment conduit au même résultat... »

Telles sont les seules décisions où le Tribunal fédéral ait examiné la possibilité d'appliquer l'art. 2, 2^{me} al. ; cette extrême réserve provient, à notre avis, non seulement des questions d'appréciation dé-

¹ A. T. F. 39, II. p. 202. Aff. *Chalut c. Schiess*.

² Jugement du 2 juillet 1914, A. T. F. 40, II. p. 335.

licates soulevées par l'interprétation de cette disposition, mais aussi du fait que la plupart du temps, pour ne pas dire toujours, les autres dispositions de notre Code suffisent à établir le bon droit. C'est là un point sur lequel nous aurons à revenir plus longuement. Notons encore que là où il examine les conditions d'application de l'art. 2, 2^{me} al., le Tribunal fédéral, pour autant qu'on peut l'inférer des deux arrêts mentionnés ci-dessus, adopte comme critère de l'abus du droit, non plus comme précédemment le fait de chercher à nuire à autrui, mais l'absence d'intérêt à exercer le droit. Il a abandonné ainsi définitivement la conception restreinte du *Schikaneverbot*, pour se placer sur le terrain plus vaste de la doctrine française.

Au surplus, notre jurisprudence fédérale, comme nos commentateurs, n'estime pas utile de distinguer entre les deux alinéas de l'art. 2. Elle voit plutôt dans ce texte une seule et même règle, dont les dispositions se complètent, pour former un principe général d'application du droit, permettant de déterminer le contenu des droits subjectifs. « Cette disposition, dit le Tribunal fédéral¹ est issue du droit civil et repose sur le principe que le droit privé formulé ne peut être complètement adéquat aux formes si riches de la vie. En présence des aspects variés et inépuisables de la vie et de l'énorme quantité d'intérêts contradictoires et changeants qui la dominent, il n'est pas possible au législateur, dans l'élaboration des principes du droit privé, de passer en revue tous les cas, de peser tous les intérêts en présence dans les rapports de droit entre différentes personnes et d'établir, d'après cet examen, quelles exigences chacun peut avoir vis-à-vis des autres en se fondant sur son droit. Il doit souvent se contenter d'un principe général, d'un chablon qui, dans la vie se montre tantôt trop étroit, tantôt trop large. L'art. 2 CCS. doit égaliser ces accidents du terrain du droit écrit, en donnant expression, par l'indication du concept de la bonne foi, au principe général que des exigences qui ne servent pas à la protection d'un intérêt légitime et dont la satisfaction lèserait de justes intérêts, ne peuvent être protégées. » Cette conception très large de la fonction de l'art. 2 nous emmène en réalité bien au-delà des limites de la théorie de l'abus du droit. Toutefois, le Tribunal fédéral entend bien se maintenir sur le terrain juridique et ne pas ouvrir la porte aux principes qui découlent de la morale. Cela résulte entre

¹ 6 mai 1914, A. T. F. 40, III. p. 160.

autres d'un arrêt¹ où il examine les rapports de l'art. 28 CO. sur le dol et de l'art. 2 CCS. Après avoir établi que, dans l'espèce, il n'y a pas eu de dol, parce que le lésé n'a pas été trompé contrairement aux principes de la bonne foi, il montre qu'il ne saurait non plus être question de l'application de l'art. 2. « Ce que nous avons dit suffit aussi à faire repousser l'application de l'art. 2 CCS. invoqué par le demandeur. Si le directeur L. n'a commis aucune tromperie intentionnelle au sens de l'art. 28 CO. et n'a pas violé par conséquent le principe de l'honnêteté prescrit par cet article, pour autant qu'il s'agit d'un principe de droit, et non pas seulement de morale, sa conduite est également correcte en ce qui concerne le réquisit de l'action conforme aux règles de la bonne foi (das Handeln nach Treu und Glauben) au sens de l'art. 2 CCS. »

Quant au champ d'application des dispositions de l'art. 2, le Tribunal fédéral s'est prononcé à deux reprises déjà d'une façon très nette pour le limiter au droit privé. Les deux fois, la question se posait de savoir si cet article était applicable en matière de poursuite et faillite. Dans un premier arrêt du 6 mai 1914, déjà cité², nous lisons : « Il n'y a pas de place dans la procédure de la poursuite pour dette, pour une application de l'art. 2 CCS... En matière de droit de procédure et en particulier aussi dans la procédure en réalisation forcée, le motif qui a dicté l'élaboration de l'art. 2 CCS. ne subsiste plus. Tandis que le droit privé trouve, d'une manière générale, comme un élément déjà donné, déjà existant, les rapports qu'il est appelé à régler, et les intérêts à protéger qui naissent des relations de la vie, et doit chercher, par conséquent, à s'y adapter le mieux possible, le droit de faillite et de poursuite lui, pour autant du moins qu'il s'agit de procédure, crée lui-même les relations qu'il est chargé d'organiser et les intérêts qui en découlent, en ce sens qu'il montre le chemin que les autorités et les parties doivent suivre... Les intérêts qui entrent en jeu dans cette procédure peuvent donc être prévus à l'avance. Les principes à suivre dans cette matière reposent sur une appréciation exacte des intérêts en cause et protègent par conséquent *toujours* un intérêt justifié, d'après la conception du législateur... Le débiteur ne peut donc invoquer l'art. 2 CCS. contre une réquisition de saisie du créancier, pour obtenir l'inexécution ou la limitation de la saisie³. »

¹ *Praxis des Bundesgerichtes*, 4^{me} année (1915), N° 208, p. 494.

² *A. T. F.* 40, III. p. 154 et suiv.

³ p. 160 et 161.

Eventuellement pourtant, le fait de faire valoir une créance par voie de poursuites pourrait être considéré comme contraire à la bonne foi et constituant un abus du droit ; mais il ne s'agit plus alors d'une question de procédure. Le Tribunal fédéral appuie ici son opinion sur celle de M. Reichel¹ et a confirmé cette manière de voir dans un arrêt du 12 mai 1915² : « Cette disposition (celle de l'art. 2) se rapporte à l'abus d'un droit matériel ; elle ne peut pas empêcher la réalisation de créances par la voie de la procédure de poursuite... » Nous avons vu plus haut que M. K. Huber est d'un avis opposé et applique la théorie de l'abus du droit, non seulement à l'exercice des droits privés, mais aussi en matière de droit public, de procédure, de droit international, etc.

Notre examen de la jurisprudence suisse nous montre que si les décisions en matière d'abus du droit sont relativement peu nombreuses, le Tribunal fédéral n'en a pas moins adopté les théories nouvelles, dès avant l'entrée en vigueur du CCS. Limitée tout d'abord à la doctrine du *Schikaneverbot*³, sa conception s'est peu à peu élargie jusqu'à embrasser l'ensemble de la théorie de l'abus du droit. Bien que les influences subies par nos tribunaux en cette matière soient d'origine germanique, on constate pourtant qu'à la fin de l'évolution, dans la période qui a précédé l'adoption du nouveau Code, le Tribunal fédéral se rapproche de la jurisprudence française. Depuis l'entrée en vigueur du CCS, il s'est montré plus réservé encore dans l'application des dispositions nouvelles sur l'abus du droit, mais il ne s'est pas départi de sa ligne de conduite antérieure.

Quant aux tribunaux cantonaux, nous n'avons pas étudié spécialement leur jurisprudence qui suit de près celle du Tribunal fédéral. Notons seulement que le Tribunal cantonal neuchâtelois a toujours évité jusqu'ici d'appliquer l'art. 2, 2^{me} al. CCS. trouvant dans les dispositions du Code des Obligations sur la responsabilité, des moyens suffisants de rendre des arrêts conformes à l'esprit de la loi.

¹ REICHEL : *Kommentar*, ad art. 2 C. C. S. N° 1.

² *Praxis des Bundesgerichts*, 4^{me} année (1915), N° 132, p. 318.

³ Il convient de remarquer pourtant que contrairement à la jurisprudence allemande antérieure au B. G. B., le Tribunal fédéral a d'emblée étendu le principe du *Schikaneverbot* à tout le droit et ne l'a jamais restreint au droit de propriété seulement.

§ 10. Considérations générales sur la doctrine actuelle de l'abus du droit.

Avant de tirer des conclusions de l'étude historique et doctrinale que nous venons de faire, il convient de résumer à grands traits les résultats obtenus jusqu'ici et de les mettre en relation avec notre formule du problème de l'abus du droit. Il nous semble que les diverses théories élaborées par les auteurs ou les tribunaux peuvent être rangées dans une classification générale se superposant à toutes les opinions exprimées, indépendamment même des législations nationales ou des tendances historiques.

Une série d'auteurs nient le problème de l'abus lui-même. Ce sont ceux qui prétendent que l'acte accompli dans l'exercice d'un droit ne saurait être abusif et que, partant, tout acte de ce genre est compris dans le contenu matériel du droit et mérite la protection légale. Ils ne nient pas pour autant, que, dans certains cas, l'exercice du droit devient intolérable : il y a alors non pas *abus*, mais *excès de droit* ; la sanction de ces écarts sera celle prévue par le droit en pareil cas ; on leur appliquera la théorie générale de la responsabilité pour actes illicites. Nous avons affaire ici aux partisans de la forme purement dogmatique du droit, qui entendent demeurer fidèles aux vieux principes consacrés par plusieurs siècles d'usage. On constate pourtant, que pour pouvoir s'en tenir à leur manière de voir, ces auteurs sont contraints de donner à ces mêmes principes qu'ils entendent sauvegarder à tout prix, une tout autre portée que la doctrine traditionnelle.

La théorie de la responsabilité qui forme la base et aussi, pour ainsi dire, la clef de voûte de la conception de l'exercice des droits, s'est elle-même transformée entièrement au cours du XIX^e siècle. L'ancienne théorie classique de la faute a été sapée dans ses fondements, soit qu'on l'envisage du point de vue de l'imputabilité, soit au contraire qu'on la considère plutôt dans ses rapports avec l'illécitité du fait dommageable. Sur le premier point, nous avons constaté dans les pays de droit français, comme dans ceux de droit germanique, la tendance générale à supprimer, dans certains cas, le réquisit de l'imputabilité pour établir le principe de la responsabilité

causale, ou même la théorie du risque, dernier stade de cette évolution. Sur le second point, nous nous sommes trouvés en présence de tendances différentes, suivant que l'on part du point de vue français, consacrant la théorie subjective de l'acte illicite (acte commis sans droit), ou du point de vue allemand et suisse, sanctionnant la théorie objective (atteinte au droit d'autrui ou à un intérêt légalement protégé). Mais ces différentes tendances aboutissent par des chemins différents à un même résultat; elles cherchant avant tout à tenir compte de l'enchevêtrement toujours plus complexe des intérêts juridiques en jeu, et visent à protéger ces intérêts contre toute ingérence illicite, non pas seulement lorsqu'ils revêtent l'apparence de droits acquis, mais aussi celle de simples avantages économiques ou personnels, sans distinguer suivant que cette ingérence procède d'un usage excessif de la liberté générale ou de l'exercice d'un droit en conflit avec ces intérêts.

C'est ainsi que la théorie classique de la responsabilité s'est peu à peu élevée au-dessus du cadre que lui avait tracé la tradition juridique, pour devenir la gardienne des sentiments de justice et d'équité renouvés avec toute la vie sociale. Les auteurs qui nient l'existence de l'abus du droit se voient donc néanmoins contraints d'en admettre les conséquences, tout en restant cantonnés dans la théorie de la responsabilité pour actes illicites. Toutes les anciennes institutions du droit éclatent comme forcées par la sève nouvelle qui les gonfle. Toutes, elles portaient la marque individualiste et avaient été conçues pour une société où l'individu et son bien-être constituaient la *ratio legis* de l'organisation sociale. Au cours du XIX^e siècle, sous la poussée des notions de solidarité, on a vu peu à peu surgir une autre conception du droit, dans laquelle on se préoccupe, à côté de la sauvegarde de l'individu, d'assurer la bonne marche et le fonctionnement équitable de la société en général.

Il y aurait beaucoup à dire sur la consécration donnée à cette évolution par la guerre, au cours de laquelle nous avons assisté, quoi qu'on en pense, à la ruine des idées individualistes et au triomphe des nécessités d'entre-aide sociale et de solidarité humaine.

C'est précisément de cette transformation profonde que sont nés la théorie de l'abus du droit et les problèmes qu'elle pose. Sans doute, le principe qui a présidé à son élaboration et qui a été exprimé sous cette forme un peu étroite : *malitiam non est indulgendum* était déjà connu, mais c'est au cours de l'évolution juridique du

XIX^e siècle qu'il est apparu comme un principe d'ordre général, dominant le droit privé dans toutes ses manifestations. Il est donc difficile de souscrire, *a priori* déjà, aux théories de ceux qui nient l'abus du droit et dont les principaux représentants sont, comme nous l'avons vu, en France, MM. Planiol et Esmein, en Allemagne, MM. Endemann, Ihering et Rewoldt, en Suisse, M. Alfred Martin et d'autres encore.

Indépendamment de cette critique d'ordre purement général, nous laissons ouverte, tout en la posant, la question de savoir si l'institution de la responsabilité est, techniquement parlant, réellement adéquate aux questions que fait surgir l'abus du droit. Il nous suffira de signaler pour l'instant cette idée que la responsabilité pour actes illicites ne naît que lorsqu'un dommage est intervenu, alors que la question de savoir si l'exercice d'un droit est légitime et doit être protégé, peut se poser semble-t-il, même en l'absence de tout dommage, ou mieux encore pour prévenir un dommage.

Dans la seconde rubrique de notre classification, nous rangerons les théories qui admettent l'existence d'un problème de l'abus du droit. On y peut distinguer deux grands courants.

1. Beaucoup d'auteurs partent de l'idée que l'intention de nuire est le vêtement dont se pare tout abus du droit. Ils admettent en somme un critère purement psychologique et subjectif. Il est vrai que, suivant les théories, l'intention de nuire devra être plus ou moins exclusive; tantôt il faudra que l'exercice du droit n'ait eu d'autre objet que de nuire à autrui (point de vue de la législation allemande), tantôt on se contentera du fait que cette intention est prédominante, ou même encore une faute lourde ou une grave négligence seront considérées comme son équivalent. Toutes ces théories limitent en réalité le problème de l'abus du droit à sa forme germanique qui est celle du *Schikaneverbot*. Pour elles, l'abus du droit n'est intolérable que parce qu'il procède d'un esprit de chicane incompatible avec l'esprit du droit en général. Parmi les représentants de ce point de vue, citons, en France, MM. Saleilles, Porcherot et Jannot, en Allemagne, la majorité des auteurs, notamment MM. E. Martin, Ramdohr et Neumann, en Suisse, M. Trueb. Notons toutefois que presque tous ces auteurs admettent que l'intention de nuire devra résulter objectivement des circonstances, notamment de l'absence de motifs légitimes, et que le juge n'aura pas en réalité à se livrer à une recherche d'ordre psychologique; mais cette sauvegarde nous paraît assez illusoire.

2. Enfin, nous trouvons des auteurs qui se placent résolument sur le terrain objectif, et veulent élaborer une théorie de l'abus du droit fondée sur des éléments, non pas psychologiques seulement, mais matériels. Pour eux, le droit ne doit pas faire intervenir des considérations d'ordre moral, mais établir des relations purement objectives. Ils cherchent donc à appliquer à l'abus du droit une formule qui ne fasse pas intervenir les motifs déterminants d'un acte, mais seulement des éléments extérieurs suffisamment caractéristiques pour être démarqués dans la réalité, et assez généraux pour englober tous les cas d'abus du droit. Mentionnons parmi les représentants de ces tendances, en Allemagne, M. Hager¹, en France, M. J. Bosc, bien qu'il semble faire appel en une certaine mesure à la morale, M. Desserteaux, qui n'est adversaire de la théorie que sous sa forme psychologique et la plus grande partie des arrêts des Tribunaux, en Suisse, M. Karl Huber et le Tribunal fédéral dans le dernier état de sa jurisprudence.

Il convient de relever encore que si les diverses tendances que nous venons de signaler se sont fait jour à travers toute l'évolution de la théorie de l'abus du droit, il semble qu'au cours des dernières années, on soit arrivé à se mettre d'accord sur les points essentiels. La doctrine reconnaît généralement à l'heure actuelle, que l'intention de nuire n'est qu'une des formes, ne caractérise qu'une espèce de l'abus du droit, et qu'en réalité, il convient de rechercher un critère purement objectif, dont les éléments devront procéder du but spécial poursuivi par le législateur lorsqu'il sanctionne des droits subjectifs.

C'est l'examen dogmatique de cette forme la plus récente de la théorie de l'abus du droit, en regard de la législation suisse sur la matière, et l'application technique de cette théorie à notre droit, qui fera l'objet de la dernière partie de notre travail. Cet examen contribuera aussi à préciser les liens qui unissent à nos yeux les théories de la responsabilité et de l'abus du droit. Nous aurons ainsi l'occasion de porter un jugement, du point de vue du droit suisse, sur les tendances que nous avons constatées, d'une part dans notre étude de la doctrine et de la jurisprudence françaises, où le pro-

¹ Il faut faire une place à part dans la doctrine allemande à M. HAGER (*Schikane und Rechtsmissbrauch*). Cet auteur se place sur le terrain que nous avons choisi nous-mêmes; il rejette le *Schikaneverbot* comme trop étroit et préconise une théorie très large de l'abus du droit, inspirée de l'art. 2 C. C. S.

blème de l'abus du droit est traité en étroite liaison avec celui de la responsabilité, d'autre part, dans la doctrine et la législation allemandes, qui, bridées par un texte légal très étroit, n'ont résolu ce même problème que sous l'un de ses aspects, celui de l'interdiction de la chicane dans l'exercice des droits.

TROISIÈME PARTIE

Conclusions. Essai d'une théorie générale de l'abus du droit en droit suisse et application de cette théorie aux conflits du travail.

§ 11. Etude dogmatique de l'abus du droit. — Recherche d'un critère objectif.

I. NATURE JURIDIQUE DU PROBLÈME DE L'ABUS DU DROIT.

L'étude de la théorie de l'abus du droit à laquelle nous venons de nous livrer, nous permet de porter maintenant un jugement personnel sur cette question. Nous ne pensons pas, il est vrai, faire œuvre nouvelle ; l'analyse complète de l'abus du droit a déjà été faite tant de fois et par des auteurs si éminents, que nous nous bornerions à redire ce qu'ils ont écrit. Nous voudrions cependant indiquer brièvement ici l'attitude que nous adoptons personnellement tout en mentionnant les points où nous nous séparons d'autres auteurs.

Nous avons établi déjà au commencement de notre travail que, pour nous, l'abus du droit est une manifestation du désaccord qui surgit parfois entre le droit formulé et le *droit vrai* et nous étions arrivé à définir le problème de l'abus du droit comme suit : « L'exercice d'un droit subjectif, dans les limites apparemment conformes à celles que lui trace la loi, ne doit-il pas, dans certains cas, être envisagé comme excessif et entraîner pour celui qui exerce le droit, l'obligation de mettre fin à cet exercice et de réparer le dommage qu'il a pu causer ? »

Les nombreuses théories que nous avons examinées, quel que puisse être leur fondement, nous permettent d'emblée de répondre affirmativement à cette question. Mais encore, y a-t-il lieu de préci-

ser quelles sont les conditions de l'exercice abusif du droit et pourquoi on peut qualifier ainsi certains actes qui paraissent s'appuyer sur la légalité.

D'un autre côté, convient-il de continuer à parler d'abus du droit ou doit-on admettre le point de vue que la Cour de Toulouse, dans un jugement célèbre du 20 juillet 1896¹ a exposé en ces termes : « Attendu qu'on ne peut abuser d'un droit que si on en dépasse les limites ; dans ce cas, on a, non pas abusé, ou fait un mauvais et répréhensible usage, mais on s'est mis en dehors de lui et on en est sorti... ; quand on possède un droit, l'exercice de ce droit, fût-il dommageable pour autrui, ne peut constituer une faute, engendrer une action en dommages-intérêts, parce qu'il n'y a pas faute à abuser de son droit ; qu'il ne saurait exister un abus de son droit, car ce qu'on appelle ainsi, c'est, en réalité, l'absence d'un droit, un acte en dehors des limites normales du droit allégué ou reconnu ». Cette opinion si nette, représentant le point de vue des auteurs qui nient le problème de l'abus du droit, peut-on l'admettre sans restriction ? C'est ce que nous allons examiner.

Nous avons vu dans notre première partie quel est le but du droit et avons montré qu'il faut distinguer entre droit positif et droit naturel : ces deux disciplines ne diffèrent pas dans leur mode de formation, mais dans les particularités du contenu de la volonté juridique qu'elles révèlent².

Le droit positif s'exprime par le droit formulé qui vise à ce but unique, commun à toute la science du droit : l'organisation de la vie sociale ; mais le droit formulé est nécessairement imparfait parce qu'il ne peut prévoir tous les cas, ni s'adapter à la vie réelle au fur et à mesure de ses transformations. Toutes ses règles correspondent donc à une partie seulement du but général du droit, elles sont des moyens pour atteindre ce but, des formules relatives et conditionnelles qui doivent être appliquées à la vie.

Cela nous a amené à distinguer, en dehors et au-dessus du droit formulé, une forme supérieure du droit positif, le *droit vrai* (*richtiges Recht*), qui tend à assouplir la rigidité des normes légales au

¹ *Sirey* 1896, I, p. 25.

² Le droit naturel est le droit dont le contenu correspond aux lois naturelles ; sa caractéristique doit être cherchée dans la nature de son contenu. Le droit positif lui, englobe toute espèce de règle de droit établie, avant tout examen de sa légitimation naturelle ou logique. Cf. STAMMLER : *Theorie der Rechtswissenschaft*, p. 124 et suiv.

gré des besoins changeants de la vie sociale. Le *droit vrai* n'est pas encore un droit parfait, puisqu'il est lui-même conditionné, et partant variable ¹ ; il ne doit pas être assimilé au droit idéal, vers lequel tend la législation dans sa transformation constante ; le droit idéal est l'expression du *jus ferendum*, tandis que le *droit vrai* fait partie du droit en vigueur. Il est le droit positif, pour autant que son expression est parfaitement adéquate au but même du droit. En ce sens, M. Stammler a pu dire que le *droit vrai* était en définitive une partie du droit positif *sensu lato* et que ces deux notions se comportaient l'une vis-à-vis de l'autre comme le genre (*genus*) vis-à-vis de l'espèce (*species*) ².

Quant au droit formulé, il doit être interprété de telle sorte qu'il devienne l'expression exacte de sa fonction sociale et son application doit toujours tendre à s'inspirer des principes du *droit vrai*. Toutefois, pour arriver à maintenir dans le droit cette sécurité qui doit le caractériser et pour empêcher qu'il ne devienne le soutien de l'arbitraire, il est nécessaire que cette interprétation du droit formulé, cherchant à exprimer le *droit vrai*, repose sur des règles bien déterminées, de manière que chacun reconnaisse d'emblée ce qui est du domaine juridique et ce qui ne l'est pas. En d'autres termes, il est nécessaire de formuler les principes généraux qui doivent servir de critère pour démarquer le *droit vrai*. Ces principes seuls pourront être considérés comme invariables, puisqu'ils ne sont plus conditionnés par les faits et par les causes, mais sont des expressions directes du droit idéal. Ils ne devront pas, pour échapper eux-mêmes au reproche que l'on adresse au droit formulé de ne pouvoir s'adapter à l'infinie variété de la vie, consister en des règles spéciales à telle ou telle espèce de droit, mais être plutôt des normes générales d'application, c'est-à-dire l'expression d'une méthode, applicable aux cas particuliers. La plupart des lois modernes formulent ainsi des principes généraux, le plus souvent disséminés sans aucun ordre logique. Pourtant les codifications les plus récentes accusent une tendance à les grouper en tête des chapitres qu'ils sont appelés à régir. Ces principes ont ceci de particulier qu'ils doivent exprimer de quelle manière il faut interpréter le droit formulé pour que ce dernier atteigne réellement son but final, pour

¹ Le contenu du droit vrai se transforme lui-même en même temps que les conceptions qui régissent la vie sociale. C'est en ce sens qu'il est conditionné et variable.

² STAMMLER : *Theorie der Rechtswissenschaft*, p. 158.

qu'il devienne de plus en plus conforme au *droit vrai* et suive ce dernier dans son évolution.

La doctrine de l'abus du droit nous apparaît précisément comme l'expression d'un de ces principes généraux d'application, concernant une matière spéciale du droit, celle qui a trait à l'exercice des droits en général et à la forme normale de cet exercice. Par suite de l'évolution de la vie sociale, la conception un peu absolue que l'on se faisait de l'exercice des droits dans les lois anciennes, ne correspond plus au but actuel du droit. Le désaccord déjà signalé dans l'antiquité, sur certains points tout au moins (exercice du droit de propriété, exercice du droit d'action), s'étant manifesté d'une manière toujours plus frappante et dans des domaines toujours plus nombreux, sans que le droit formulé arrive à déterminer exactement pour chaque droit subjectif la limite exacte de son exercice, il est devenu nécessaire d'exprimer par une norme d'application la méthode générale servant de critère à l'exercice des droits.

A mesure que la structure interne du droit se précise davantage, à mesure en particulier que l'on se rend mieux compte de l'instabilité du droit positif formulé, dont l'interprétation stricte peut faire surgir des solutions en contradiction évidente avec le but général poursuivi, on s'explique mieux comment l'exercice des droits subjectifs poussé jusqu'à son extrême limite peut paraître abusif. L'évolution des idées sociales et économiques a pour résultat que certaines dispositions de droit formulé, qui pouvaient être rangées au nombre de celles qui expriment le *droit vrai* lors de leur élaboration, deviennent inefficaces et échappent bientôt au domaine du *droit vrai*. Mais tant qu'elles n'ont pas été modifiées par le législateur, elles gardent toute leur force et les droits subjectifs qui en dérivent continuent à être exercés selon leur formule ancienne. Dès lors, cet exercice n'est plus conforme au *droit vrai*, c'est-à-dire qu'il n'est plus en harmonie avec le but social poursuivi ¹. De là un

¹ Ce défaut d'harmonie entre l'exercice d'un droit conforme au droit formulé et le droit vrai, a sa source dans une évolution des idées sociales ou des mœurs, même si c'est dans la volonté du sujet de droit qu'il prend naissance à première vue; ainsi si j'exerce un droit avec l'intention de nuire, le désaccord provient bien au premier abord d'une fausse représentation dans mon esprit du but de mon droit; mais en définitive, c'est parce que le droit positif formulé n'était pas suffisamment social au moment de son élaboration, pour condamner catégoriquement tout exercice des droits procédant d'une intention de nuire, que j'ai pu croire à la survivance de mon droit, lorsqu'il n'avait d'autre but que de nuire à autrui.

véritable désaccord temporaire entre la conscience juridique du moment exprimée par le *droit vrai* et l'exercice des droits subjectifs fondé sur le droit positif formulé. C'est dans ce désaccord que réside la substance même du problème de l'abus du droit, tel que nous l'avons défini, et nous justifions ainsi la réponse affirmative donnée plus haut à la question de l'existence d'un exercice excessif ou abusif de certains droits, dans des limites apparemment conformes à celles tracées par la loi. En ce sens, notre manière de formuler le problème de l'abus du droit diffère un peu de celle de M. Karl Huber, pour qui l'abus du droit se caractérise comme un véritable conflit permanent entre le droit formulé et le droit vrai.

Toute la théorie de l'abus du droit tend à réduire ce désaccord et à adopter une formule générale, qui permette d'exercer les droits subjectifs d'une manière conforme au *droit vrai*, et par là même au but social poursuivi. Cette formule doit être un principe d'ordre général supérieur au droit positif, et par conséquent non conditionné par son évolution. C'est ce que M. Stammler appelle *ein formaler Grundgedanke des Rechtes, der als allgemeine Aufgabe allem rechtlichen Willen vorgesetzt ist*¹.

La doctrine de l'abus du droit cherche donc à définir les limites de l'exercice des droits de telle sorte que cet exercice soit toujours conforme au *droit vrai*, et non pas seulement à la lettre de la loi. Il convient de poser plus exactement les conditions du problème.

Que faut-il entendre au juste par exercice d'un droit et dans quels rapports l'exercice d'un droit se trouve-t-il avec le droit lui-même ?

Le droit limite d'une manière objective les diverses sphères de l'activité humaine. Il précise ce qui rentre dans le domaine des actions conformes à l'ordre social qu'il est appelé à régler et ce qui y échappe. Il établit une limite, une frontière, qui doit servir de guide aux bénéficiaires des droits. Cette frontière doit être ininterrompue ; elle ne doit pas admettre de solutions de continuité (*Lücken*). C'est là tout le rôle du droit objectif ; chacune de ses normes, comme le fait remarquer M. Stammler² doit résoudre trois questions :

1. Quelle est la conception (*Begriff*) que le législateur se fait d'un droit, c'est-à-dire comment ce droit se comporte-t-il vis-à-vis de l'ordre social ; quelle est sa fonction ?

¹ STAMMLER : *Theorie der Rechtswissenschaft*, p. 126.

² Cf. STAMMLER : *Die Lehre*, p. 603.

2. Quelle est la sanction (*Zwang*) de cette disposition légale ? La sanction étant « une réaction *prédéterminée*, exercée par la société sur l'agent qui a enfreint la règle de droit »¹, sa nature et son étendue sont fixées par le concept même du droit dont il s'agit (*Begriff*).

3. Quel est le contenu du droit ? Ce contenu est limité par la nature du droit subjectif. Celui-ci étant un moyen, un instrument, pour la réalisation du but final du droit, son contenu doit être apprécié dans le sens de ce but et ne peut aller au-delà des nécessités imposées par ce dernier. C'est en ce sens que le but final du droit doit être envisagé comme la mesure de son contenu.

Telle est en quelque sorte la structure du droit objectif. *Das Recht*, dit M. Karl Huber², *ist die kontinuierliche Grenze, die die menschlichen Handlungen in erlaubte und verbotene einteilt*. Toute la sphère des actions juridiques qui se trouve en deçà de la limite tracée par le droit objectif, constitue le domaine du permis. C'est précisément le domaine des droits subjectifs. Ils sont en quelque sorte le mode d'expression du droit objectif dans l'activité des sujets de droit, ou encore la traduction en possibilité d'action des normes du droit objectif. Toute activité juridique apparaît comme une manifestation du droit subjectif, dont la mesure autorisée est fournie par le droit objectif. Il résulte de cette définition qu'en aucun cas le droit subjectif ne peut aller au-delà des limites permises par le droit objectif, limites correspondant au but de ce dernier. De même, en théorie tout au moins, on doit admettre qu'il n'existe aucun droit subjectif qui ne soit la transposition d'une norme de droit objectif³. Ainsi, les droits subjectifs sont limités dans leur contenu (*Inhalt*) par le droit objectif.

Mais dans quelles relations se trouvent l'exercice et le contenu du droit subjectif ? Comme plusieurs auteurs l'ont fait remarquer l'existence du droit est une qualité essentielle des droits subjectifs. Ces derniers n'existent et ne sont reconnus que pour pouvoir être exercés. Un droit qui ne peut être exercé, ou qui en fait ne l'est pas, ne disparaît pas toujours pour autant, mais il perd de son intensité. Dans certains cas, il cesse même d'exister. Qu'on se reporte par exemple aux art. 736, 919, 2^{me} al., 924, 285 C. C. S. ; il résulte de ces dispositions qu'un droit qui ne peut plus être exercé dispa-

¹ DURKHEIM : *De la division du travail social*, p. 24.

² K. HUBER, *op. cit.* p. 71.

³ Cette opinion est, il est vrai, contestée par Dernburg.

rait plus ou moins complètement ; objectivement, il peut bien continuer d'exister (*Cf.* art. 544 et 545 C. C. S.), mais en tant que droit subjectif il n'acquiert toute son ampleur que s'il est exercé. On peut donc dire que le contenu du droit subjectif sert de limite à son exercice, mais on ne peut affirmer que réciproquement l'exercice donne la mesure du contenu des droits. Ceux qui ont méconnu ce point de vue (ainsi M. Karl Huber, qui assimile à notre avis d'une manière trop complète l'exercice et le contenu des droits subjectifs), ne se sont pas rendu compte, semble-t-il, que le contenu du droit subjectif est encore quelque chose d'objectif, dont les limites sont fournies par le droit objectif conformément au but général du droit. En matière d'exercice du droit, on voit apparaître par contre un élément nouveau d'ordre purement subjectif, qui est la volonté du titulaire du droit, de celui qui exerce la prérogative qui lui est conférée. C'est l'acte de volition actif ou passif exercé par le titulaire du droit, qui confère à l'exercice d'un droit subjectif son caractère propre, c'est lui qui en fait une action juridique, c'est-à-dire une modification apportée au monde matériel par une activité humaine.

Ceci nous amène à caractériser les rapports entre l'exercice des droits subjectifs et l'exercice de la liberté générale qui échoit à tout homme raisonnable et doué de volonté. C'est en vertu de la liberté individuelle, au sens le plus général du terme, que nous accomplissons la plupart des actes de notre vie. Cet exercice de la liberté s'étend à tous les domaines où la volonté de l'homme peut s'exercer, donc aussi bien dans les domaines religieux et moraux, que dans le domaine juridique, le seul qui nous intéresse ici. La liberté générale donne à l'homme la faculté d'exercer son activité d'une manière absolue ; cette absence apparente de limite à l'exercice de la liberté distingue précisément cette dernière, à première vue, de l'exercice des droits subjectifs définis.

Pourtant, si l'on examine les choses de plus près, on s'aperçoit qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre l'exercice des droits et l'exercice de la liberté générale ; en fait, cette dernière est loin de conférer un droit d'agir illimité ; son exercice est précisément borné par les droits d'autrui et par l'intérêt général ; c'est dire qu'en définitive, il doit être conforme au but général poursuivi par le droit, donc à l'ordre social. En dernière analyse, celui qui use de sa liberté ne procède pas autrement que celui qui exerce

un droit ¹. Seulement dans le dernier cas, le droit apparaît sous une forme spéciale, plus ou moins nettement définie par la loi, tandis que dans le premier, au contraire, les facultés conférées à celui qui use de sa liberté, ne sont pas délimitées apparemment, mais, trouvent néanmoins une limite dans le droit d'autrui, c'est-à-dire dans le but général poursuivi par le droit, qui est de maintenir et d'organiser l'ordre social. Nous sommes donc d'accord avec les prémisses de M. Alfred Martin ², lorsqu'il réfute l'idée de ceux qui distinguent entre exercice d'un droit positif et exercice de la liberté naturelle. Toutefois, nous n'en tirons pas avec lui la conclusion que l'exercice des droits positifs, comme celui de la liberté, ne comporte pas de limite. Nous sommes plutôt d'avis que, de même que la liberté ne saurait être exercée d'une manière illimitée, contrairement à l'ordre social, de même l'exercice des droits positifs trouve sa limite dans la loi, qui doit être interprétée dans le sens du *droit vrai*, expression de l'ordre social idéal dans le domaine du droit positif. Nous ne pensons pas que, pour cela, le droit et la liberté deviennent de vains mots, puisqu'ils tendront à mieux réaliser le but qui les justifie.

En ce sens, nous admettons donc la distinction opérée par la doctrine, et reprise par M. Dobrocivi ³, entre les droits indéfinis (usage de la liberté générale) et les droits définis (usage des droits déterminés) où « la liberté est seulement canalisée ». Mais de même que les droits indéfinis donnent lieu à responsabilité lorsqu'on abuse de la liberté générale, abus qui caractérise l'acte illicite, de même l'exercice des droits définis, « facultés spéciales directement prévues par la loi et érigées en droits positifs garantis par elle ⁴ » (droit de propriété, droit de grève, par exemple), n'est licite qu'en principe seulement ; celui qui les exerce peut commettre une faute et, dans ce cas-là, il y a abus du droit en ce que l'exercice du droit, apparemment licite, s'est en réalité produit dans des conditions telles qu'il n'est plus en

¹ Sur ce point nous sommes en désaccord avec M. Karl Huber, qui ne voit aucun point commun entre l'exercice d'un droit et l'exercice de la liberté générale.

² ALFRED MARTIN, *loc. cit.* p. 31.

³ DOBROVICI, *op. cit.* p. 183 et suiv. Voir déjà cette distinction dans SALEILLES : *Théorie des oblig.*, p. 378.

⁴ DOBROVICI, *op. cit.* p. 187.

harmonie avec le *droit vrai*. M. Karl Huber¹ a très heureusement caractérisé l'essence même de l'abus du droit, lorsqu'il dit que c'est une application juridique erronée d'un état de fait ; on invoque un droit subjectif bien que l'état de fait ne soit pas adéquat aux conditions normales d'application de ce droit. Les droits résultant de la liberté générale n'étant pas définis et délimités chacun par le droit positif formulé, on peut appliquer directement à leur exercice les règles du *droit vrai* ; quant aux droits subjectifs définis, leur exercice est déjà réglé en principe par le droit formulé, d'où possibilité de conflit avec le *droit vrai*².

Remarquons encore qu'il n'y a pas lieu en matière d'exercice abusif des droits définis de considérer qu'il existe deux normes de droit entrant en collision l'une avec l'autre. En réalité, il ne s'agit que d'un seul droit, celui dont l'exercice est abusif et l'abus se révèle par le fait que l'exercice du droit ne remplit pas, dans le cas particulier, les conditions d'application requises pour toutes les normes juridiques ; celles-ci doivent en effet être appréciées en regard des circonstances de fait auxquelles elles doivent s'appliquer, d'une part, et en regard des principes généraux du droit d'après lesquels une norme est juste ou non, d'autre part, ces principes devant nécessairement être respectés dans tout exercice du droit ; or, c'est précisément quand l'exercice d'un droit ne satisfait pas, ou imparfaitement, à ces principes généraux, tout en étant conforme, dans sa matérialité, aux règles particulières qui le caractérisent, que cet exercice devient abusif.

II. CRITÈRE DE L'ABUS DU DROIT.

Nous avons ainsi établi logiquement que le concept de l'abus du droit n'est pas absurde, mais répond à une possibilité théorique dans l'exercice des droits. Il nous reste à examiner quels sont les éléments caractéristiques de l'abus, et notamment, s'il est possible de fixer un critère exact d'une application aisée et écartant tout danger d'arbitraire. Nous aurons ensuite à préciser quelle est la nature juridique des faits qualifiés d'abus du droit.

¹ KARL HUBER, *op. cit.* p. 82.

² Cf. STAMMLER : *Die Lehre*, p. 171 et 172.

Les partisans de la théorie de l'abus du droit n'ont pu, jusqu'ici, se mettre d'accord sur un critère différentiel. La plupart des auteurs insistent sur la nécessité de trouver un critère objectif, c'est-à-dire tel qu'il fasse abstraction d'éléments d'appréciation purement personnels et psychologiques et qu'il permette au juge de déterminer par des éléments tombant sous les sens, et pour ainsi dire mathématiquement, si l'on se trouve en présence d'un abus du droit. Il faut arriver dans ce domaine à ne pas se payer de mots et de formules vagues, sinon la nouvelle théorie risque de donner raison à ses adversaires, qui y ont vu le triomphe de l'arbitraire et la porte ouverte au bon plaisir des juges, qu'elle transforme en véritables « inquisiteurs des intentions ». La nature même des faits constitutifs de l'abus du droit en rend l'appréciation objective extrêmement difficile. L'exercice des droits est un attribut juridique de la personnalité, qui dérive directement de la volonté. Qui dit exercice du droit, dit en même temps émanation de la volonté de l'individu. C'est là une notion essentiellement psychologique et subjective et c'est pourquoi plusieurs auteurs n'ont pu caractériser l'exercice abusif des droits, autrement que par une recherche d'intention. M. Saillelles en particulier s'est bien rendu compte qu'il est extrêmement difficile d'échapper à cette recherche.

Une bonne partie des auteurs qui ont étudié l'abus du droit, ont admis l'idée, fautive *a priori*, que cette théorie avait en quelque sorte pour but de moraliser le droit et que la morale devait agir sur les normes juridiques¹. Partant de là, ils ont déclaré que l'exercice d'un droit avec intention de nuire est réprouvé par la morale et que c'est la raison pour laquelle le droit ne saurait lui accorder sa protection². Nous ne pouvons adopter ce raisonnement, et c'est parce que nous croyons à la nécessité de séparer nettement la morale du droit, que nous rejetons tout critère de nature à créer une confusion entre ces deux domaines³. Déclarer abusif tout exercice des droits avec intention de nuire, c'est attribuer des conséquences juridiques à un acte que l'on examine du point de vue de l'intention morale qui y a présidé et non pas du point de vue juri-

¹ Cf. MM. CORDEY et TRUBS en droit suisse, MM. BOSCH, RIPERT et CHARMONT en droit français.

² Voir en ce sens REHBEIN : *B. G. B. mit Erläuterungen*, ad § 338, al. 1.

³ Choisir le critère de l'intention de nuire, c'est admettre que la théorie de l'abus du droit n'est comme le dit M. Bosch « qu'une large trouée par laquelle la morale a fait irruption dans le droit » (p. 108).

dique, qui comporte toujours l'examen d'un rapport de cause à effet. M. Rewoldt, en droit allemand, rejette le *Schikanerbot* précisément parce qu'on ne peut pas trouver dans la chicane une violation du droit. Même si l'on cherche à déterminer cette intention de nuire *objectivement*, et si l'on exige que l'acte n'ait pu avoir d'autre but que de nuire à autrui, ainsi que le veut le § 226 B. G. B., il n'en demeure pas moins que le critère utilisé n'est pas satisfaisant ; bien plus, si l'on admet que le but, par opposition au motif, est quelque chose d'objectif, il faut remarquer qu'en matière d'exercice des droits, c'est toujours l'auteur de l'acte qui confère un but à son activité. C'est pour cette raison, et pour d'autres encore, que M. Esmein s'oppose à la théorie de l'abus, et l'envisage comme une intrusion de la morale dans le domaine du droit. Sans doute, les actes commis dans l'exercice d'un droit avec intention exclusive de nuire restent abusifs, puisqu'ils renferment tous les éléments juridiques qui nous ont permis d'affirmer l'existence de l'abus ; mais l'intention de nuire n'est pas un élément suffisant pour les caractériser comme des abus. Au surplus, l'admission d'un pareil critère nous semble susceptible de fausser diverses notions essentielles et risque notamment d'amener une confusion entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale. La première n'a pas nécessairement à se préoccuper de l'intention ; elle recherche si un dommage a été causé et s'il y a lieu de le réparer.

En rejetant ce critère de l'intention de nuire, nous condamnons la plus grande partie de la doctrine allemande fondée sur le § 226. Nous pouvons le faire d'autant plus facilement du point de vue suisse, que nous ne sommes pas limités par un texte de loi analogue. Nous condamnons en même temps le critère admis par la majorité des juristes français de la première heure. Il est vrai que beaucoup d'auteurs, sentant qu'il restreint par trop la théorie de l'abus du droit, ont enseigné que l'acte abusif se caractérise non seulement par l'intention de nuire, mais aussi par l'absence de motifs légitimes ou le défaut d'intérêt (MM. Porcherot, Josserand, Jannot, Paul-Boncourt, Coroi) ; c'est le point de vue également de M. Trueb en droit suisse. Mais pour nous, le critère fondé sur l'absence de motifs légitimes est critiquable au même titre que celui de l'intention de nuire et pour les mêmes raisons. Il fait intervenir des notions psychologiques d'ordre subjectif et ne peut être accueilli par le droit. Au surplus, admettre le motif légitime comme critère de l'abus, ce n'est nullement trancher la question, car comment apprê-

cier si un motif est légitime ou illégitime? On ne fait que reculer la difficulté; en fait, on accepte le critère de l'intention de nuire, puisque le motif devient légitime, lorsqu'il n'a pas à la base une intention de nuire.

Il en va un peu différemment lorsqu'on parle non plus de motif ou d'intention, mais d'absence d'intérêt, bien que les auteurs ne se soient pas toujours rendu compte de cette différence. En effet, l'intérêt peut être apprécié objectivement, il ne tient plus compte des intentions psychologiques de celui qui agit, mais d'un état de fait. Sans doute, l'intérêt de celui qui exerce un droit procède dans l'esprit de celui qui l'exerce, de la représentation qu'il se fait, de ce qui lui sera avantageux, mais il est possible à des tiers d'apprécier cet intérêt *in abstracto*, comme on le fait pour la faute, par exemple. Le juge peut prendre pour critère de son jugement objectif l'intérêt d'un bon père de famille dans une circonstance semblable et considérer cet intérêt ou cette absence d'intérêt, comme l'état de faits qu'il s'agit d'apprécier juridiquement. Nous aurons à revenir plus loin sur cette appréciation objective; remarquons d'emblée qu'ici nous sommes non plus dans le domaine de la morale, mais bien dans l'ordre juridique. La législation suisse caractérise d'ailleurs d'autres situations analogues de droit par ce mot d'intérêt (voir CCS, art. 28, CO, art. 49). C'est ce qu'a bien vu le Tribunal fédéral suisse dans le dernier état de sa jurisprudence. Après avoir admis que l'intention de nuire est l'élément caractéristique de l'abus du droit¹, il s'est rendu compte et a déclaré expressément² qu'il ne fallait pas prendre en considération des normes sociales ou morales, mais seulement des normes juridiques. Il en est arrivé alors à admettre comme critère de l'abus du droit l'absence d'intérêt, appréciée objectivement³.

Dans la doctrine française, M. Bosc par sa théorie de l'équilibre des intérêts en jeu, appréciée selon les règles de l'équité et de la notion du bon père de famille, se rapproche sensiblement de ce critère⁴. Les commentateurs du CCS. (MM. Gmür, Tuor, Oser) se sont placés à un point vue analogue et parlent également de droit exercé sans

¹ A. T. F. II, p. 531; 13, p. 85.

² A. T. F. 30, II, p. 284.

³ A. T. F. 39, II, p. 204; 40, II, p. 343.

⁴ M. Saleilles lui-même avait caractérisé l'abus du droit par l'intention exclusive de nuire résultant de l'absence de tout intérêt personnel.

intérêt. Ce critère a de plus l'avantage, n'étant pas bridé par les limites étroites du *Schikaneverbot*, de s'appliquer à toute la théorie de l'abus du droit. Avant de l'adopter définitivement, il convient pourtant de l'examiner d'un peu plus près et de voir notamment s'il s'adapte en tous points à la notion philosophique de l'abus, caractérisé par nous comme une application du droit positif formulé en désaccord avec le *droit vrai*.

Nous avons indiqué déjà qu'au début du XIX^e siècle, les codes et les lois étaient imprégnés de la théorie du droit naturel individualiste. Les droits dans cette conception appartiennent à leur titulaire sans limite autre que les droits concurrents des voisins ; on reconnaît à l'individu des droits absolus, utiles seulement à la satisfaction de ses intérêts personnels¹. Mais au cours du XIX^e siècle, il se produit une réaction contre l'individualisme ; « l'individu n'est plus conçu que comme une cellule dont on ne doit favoriser le développement qu'autant qu'il importe au corps social² ». Cette idée que nous n'adoptons pas sans réserves a été exprimée précédemment déjà par Ihering.

Cette énonciation du caractère téléologique du droit a eu pour conséquence de mettre en évidence l'équilibre nécessaire entre les droits rivaux et concurrents ; les individus ne doivent pas user de leurs droits d'une manière absolue, mais seulement pour autant que cet exercice ne va pas à l'encontre du but social général. Il se forme entre eux une sorte de communauté d'intérêts. Le sujet de droit peut agir de telle sorte qu'il utilise complètement ses droits, parce qu'il serait le seul lésé s'il ne le faisait pas ; mais cet exercice doit être tel, dans son mode et dans son intensité, que les inconvénients qu'il crée nécessairement aux autres, restent justement proportionnés au dommage que le sujet de droit évite en exerçant ses droits. On peut rapprocher de cette théorie celle qu'a émise M. Laparre³, déclarant qu'à la base de la responsabilité dérivant des conflits de droits, il y a une obligation, dont la source doit être recherchée dans un quasi-contrat, d'où M. Laparre infère qu'il y a lieu de rejeter

¹ En ce sens PAUL DESCHANEL : *La question sociale*. HENRY MICHEL : *L'idée de l'Etat*, Introduction. Voir aussi, A. EGGER : *L'idée de la liberté au temps présent*, p. 26 et 27.

² E. WORMS : *Organisme et société*, p. 179 et suiv.

³ LAPARRE, *op. cit.* p. 11 et suiv.

la théorie de l'équilibre rompu par laquelle d'autres auteurs expliquent l'idée de responsabilité et d'exercice des droits en général¹.

Nous n'avons pas à prendre position entre ces deux théories; constatons seulement que c'est cet état d'équilibre, ou si l'on veut, l'accord créé par le quasi-contrat dont on trouve les bases dans l'idéal social, qui constitue la matière du *droit vrai*. Ce dernier, nous l'avons vu déjà, cherche à réaliser le but final du droit en montrant comment les droits doivent être exercés pour satisfaire à leur destination économique et sociale. Il en résulte *a contrario* que lorsqu'un droit est exercé contrairement à cette destination, il entre en conflit avec le *droit vrai* et ne mérite pas d'être protégé. On se trouve alors en présence d'un abus du droit. Nous disons pour le moment *abus* et adoptons la théorie généralement admise, mais nous verrons plus loin qu'il s'agit en réalité d'un excès de droit². On doit donc admettre comme parfaitement juste le critère proposé par certains auteurs, pour lesquels il y a abus lorsqu'un droit est exercé contrairement à son but social (M. Saleilles première formule, MM. Dobrovici, Karl Huber). Si, en dernière analyse, nous n'adoptons pas ce critère, ce n'est pas que nous en contestions la valeur, mais parce qu'il est trop général, qu'il recule la difficulté et que son application pourra être délicate et prêter à l'arbitraire.

Il est vrai que M. Dobrovici précise son idée en disant qu'un droit sera exercé anti-socialement lorsqu'il est exercé sans aucun intérêt. Sur ce point, nous nous trouvons d'accord avec lui, car c'est à notre avis le seul critère logique et scientifique parmi tous ceux que l'on a proposés; cependant, nous ne saurions nous en contenter. Comme tous les autres, il reste fragmentaire et ne résout qu'un aspect du problème. A proprement parler, c'est là le reproche essentiel qu'on peut adresser aussi bien au critère de l'intention de nuire qu'à celui de l'absence de motif légitime, ou de l'absence d'intérêt. Toutes ces notions sont des éléments dont il faut tenir compte :

¹ C'est M. Bosc qui préconise la théorie de l'équilibre des intérêts en jeu. On peut en rapprocher les idées de M. TARDE sur la théorie des valeurs dans ses : *Transformations du droit*, et les développements de M. VILFREDO PARETO sur le même sujet.

² M. LAPARRE dit à ce sujet (p. 7) : « Aller contre la destination sociale de la loi, méconnaître son sens caché, son but, c'est donc violer la loi... Respectueux de la lettre de la loi, mais en contradiction avec le but que cette loi recherche, l'individu commet des actes sans droit ».

mais comme, en réalité, le droit doit procéder objectivement, et non subjectivement, qu'il est avant tout utilitaire, visant uniquement à organiser les rapports sociaux, c'est bien dans l'utilité sociale d'un acte qu'il faut rechercher le caractère distinctif qui légitime cet acte; or cette utilité elle-même est établie par des éléments divers, qui sont tous ceux permettant de déterminer si l'exercice d'un droit est conforme au *droit vrai*. Ce dernier étant par définition le droit parfait, il y a abus toutes les fois que l'exercice d'un droit s'écarte du *droit vrai* et met au jour le désaccord signalé déjà entre ce droit vrai et le droit positif formulé.

Sans doute, on ne pourra pas qualifier d'abus toute expression de ce désaccord, mais seulement celle qui a trait à l'exercice des droits, car le *droit vrai* est un aspect général du droit, qui embrasse tous les domaines juridiques, et s'applique aussi bien à la naissance des droits qu'à leur contenu et à leur extinction. Rechercher le caractère et la nature de l'abus du droit, c'est donc chercher à déterminer quand l'exercice d'un droit est conforme au *droit vrai* et quand il ne l'est pas. L'abus du droit se caractérise, en effet, par ceci, qu'en regard du droit formulé, l'exercice du droit semble licite et se produire dans les limites de ce droit, alors qu'en regard du *droit vrai*, on est déjà sorti du droit, parce qu'on a agi contrairement à des principes généraux, qui sont supérieurs au droit formulé. A mesure donc que la finalité du droit apparaît mieux dans la règle formulée, la théorie de l'abus devient plus inutile; car le droit lui-même est restreint par le but qu'il doit atteindre. Par conséquent, plus les règles générales d'application servant à déterminer le *droit vrai* seront nombreuses et mieux exprimées dans la loi, et plus aussi la possibilité de l'abus du droit diminuera, puisque le sujet de droit et le juge seront mieux à même de déterminer facilement quelles sont les limites de l'exercice des droits en conformité du *droit vrai*.

Cette observation peut d'ailleurs facilement être vérifiée dans la pratique des législations. Le Code civil français, déjà ancien, ne contient que peu de règles d'application générale du droit (*Anwendungssätze*). Il a délimité tous les droits subjectifs d'une façon très stricte et sous le règne des conceptions individualistes. Il en résulte que le désaccord entre le *droit vrai* actuel et l'exercice des droits est fréquent et très apparent. C'est la raison pour laquelle la théorie de l'abus du droit a pris en France une telle ampleur. La jurisprudence comme la doctrine a donc senti le besoin de parer à cette insuffisance des règles d'application des droits positifs.

En Allemagne, les règles générales d'application sont plus nombreuses, mais là aussi, par suite de l'insuffisance de la théorie de la responsabilité, corollaire indispensable d'une bonne théorie de l'exercice des droits, il a fallu exprimer dans une formule spéciale (§ 226), la règle permettant de réprimer l'abus du droit. Cette disposition est, nous l'avons vu plus haut, ou notoirement insuffisante, ou inutile en regard du § 826, parce qu'on a voulu enserrer le problème dans une formule très stricte, alors que le système général du Code eût permis de le traiter d'une manière beaucoup plus large et plus complète.

Quelles sont les règles générales d'application qui permettent d'apprécier l'exercice des droits conformément au *droit vrai* et peut-on y trouver réellement les éléments nécessaires pour formuler un critère général de l'abus du droit? M. Stammer étudie avec beaucoup de finesse et de précision toute cette question des expressions employées par les Codes pour traduire la tendance au *droit vrai*. Il montre que chaque espèce de droit, ou chaque forme de manifestation du droit, dispose d'un terme spécial. Ainsi le B. G. B. parle de *bonne foi* (*Treu und Glauben*) pour l'exécution des obligations, d'*abus* en matière de droit de famille, d'exercice de la puissance paternelle, etc.; il dit *angemessen* pour la qualité des prestations. On parle encore de *justes motifs*, d'*équité*, d'*appréciation équitable*, d'*usage local*, de *circonstances*. Toutes ces expressions tendent, d'après M. Stammer, à un seul but: exprimer l'idée du *droit vrai* et permettre au juge de rendre la justice (*suum cuique tribuere*), conformément aux règles de ce droit non formaliste.

Notre doctrine suisse, comme la loi d'ailleurs, connaît aussi un certain nombre de ces formules. Il faut remarquer pourtant que le législateur du C.C.S. a introduit dans quelques dispositions placées en tête du Code, les deux ou trois principes d'application les plus généraux qui sont l'expression de ce que nous appelons la « *tendance au droit vrai* ». La principale de ces dispositions, celle qui domine toutes les autres, c'est précisément l'art. 2: « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi ». Citons également l'art. 3, 2^{me} al.: « Nul ne peut invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettraient d'exiger de lui¹ », puis l'art. 4,

¹ Remarquons d'emblée, et nous aurons l'occasion d'y revenir, que le texte français parle de bonne foi aussi bien à l'art. 2, 1^{er} al., qu'à l'art. 3, mais qu'en réalité il s'agit là de deux notions différentes.

qui donne comme direction au juge d'appliquer les règles du *droit* et de l'*équité*, lorsque la loi le charge de prononcer en tenant compte soit des *circonstances*, soit de *justes motifs*.

Il faut ajouter que l'art. 1, notamment dans son 3^{me} al., permet au juge de s'inspirer largement du *droit vrai*; or nous avons vu que c'est souvent dans les domaines où la loi n'est pas complète, dans ceux où l'évolution économique appelle des solutions nouvelles, que le désaccord entre l'exercice des droits formulés et le *droit vrai* se manifeste¹. Il s'agit alors de véritables lacunes que le juge pourra combler dans le sens du *droit vrai* en s'inspirant de l'article premier.

D'une manière générale, notre Code civil, comme celui des obligations, réserve dans une foule de cas l'*appréciation* du juge², ou encore le charge de prononcer en tenant compte des *circonstances*³, ou des *justes motifs*⁴. Ce sont là autant d'expressions qui ont pour but d'assouplir le droit, précisément dans le sens que nous indiquons et permettant de l'appliquer, non pas d'une manière formaliste, mais conformément au droit juste et parfait. Nous retrouvons la *bonne foi* au sens de l'art. 2, 1^{er} al. dans les art. 546 et 547 du CO. Quant à la *bonne foi* de l'art. 3, elle réapparaît dans une foule de dispositions de nos Codes⁵. De même, plusieurs articles mentionnent spécialement l'*équité* au sens de l'art. 4, 1^{er} al.⁶. Signalons aussi l'art. 768 CCS. où il est dit que l'usufruitier d'un immeuble doit veiller à ce que la jouissance de la chose ne soit pas *excessive*. Rappelons enfin que l'art. 41, 2^{me} al. CO. statue la responsabilité de celui qui cause un dommage à autrui par des faits contraires aux *bonnes mœurs*.

D'une manière générale, on peut donc affirmer que le législateur a énoncé dans les dispositions du titre préliminaire du CCS. une sé-

¹ Il est vrai que nous n'approuvons pas complètement les dispositions de l'art. 1 et qu'il eût été préférable de régler toute cette matière dans le sens de l'art. 2.

² C. C. S. art. 334, 717; C. O. art. 2, 44, 47, 49, 50, 54, 92, 93, 100, 205, 392, 578, etc.

³ C. C. S. 156, 3^{me} al., 286, 326, 333, 393, 3^{me} al., 587, 674; C. O. 269, 291, 373, 388.

⁴ C. C. S. 30, 65, 72, 92, 257, 267, 269, 343, 350 3^{me} al., 380, 381, 576; C. O. 352, 353, 685.

⁵ C. C. S. art. 134, 167 3^{me} al., 523, 600, 673, 674, 736, 723, 933, 934, 935, 936, etc.; C. O. art. 167, 459, 561, 605, 632, etc.

⁶ C. C. S. 246, 631, 633, 692, 701; C. O. 52, 54.

rie de principes qui sont un véritable Code de l'application de la loi et de l'exercice des droits dans le sens du *droit vrai*.

Il importe de préciser encore qu'en introduisant ces notions dans le Code, le législateur n'a pas entendu réserver une place à la morale. Même lorsque la loi parle de mœurs ou de bonnes mœurs, il ne s'agit pas de principes moraux, mais juridiques. Les mœurs, nous l'avons dit, sont l'expression d'un état social et économique qui peut être apprécié juridiquement dans le sens du juste et de l'injuste, comme il peut être apprécié moralement dans celui du bien et du mal. C'est ce qu'entend M. Stammer en écrivant que « les concepts de *bonnes mœurs* et de *juste cause* sont des expressions casuistiques pour traduire les principes du *droit vrai* »¹. Assurément, il serait vain de méconnaître que ce point de vue est un peu théorique et ne correspond pas entièrement à la réalité; il procède d'un idéal juridique très élevé, mais un peu utopique à l'heure actuelle², où le concept des bonnes mœurs relève en partie de la morale. Il convient néanmoins d'insister sur la possibilité de le séparer théoriquement de la morale et de respecter ainsi l'absolue distinction que nous cherchons à établir dans l'application de ces deux doctrines.

Il va sans dire que même si l'on veut délimiter le concept des bonnes mœurs en partant de l'idéal social juridique, cela ne veut pas dire que l'on caractérise comme contraire aux mœurs toute action qui vise seulement égoïstement au bien particulier de son auteur. Une action sera contraire aux mœurs, ou bien quand elle sacrifie à des intérêts particuliers de moindre valeur des intérêts généraux reconnus supérieurs, ou bien lorsqu'elle utilise des moyens socialement (éventuellement moralement) condamnables, tels que le mensonge, les menaces, pour la réalisation de buts particuliers³. Le *Reichsgericht* déclare que le juge doit chercher le critère du concept des *bonnes mœurs* dans la conscience populaire régnante (*aus*

¹ STAMMLER : *Die Lehre*, p. 474 et suiv. Voir aussi p. 391 : « Du moment que le droit vrai n'est qu'un droit positif de nature spéciale et que, lorsque la loi renvoie aux bonnes mœurs, c'est simplement un moyen pour elle d'exprimer son contenu vrai, il en résulte nécessairement qu'une action contraire aux bonnes mœurs doit être considérée comme une violation de la loi. »

² M. CERTMANN parlant de cette conception de M. Stammer qui veut juger les bonnes mœurs d'après l'idéal social et non d'après les règles de la morale dit : « Cette conception certainement digne d'attention doit pourtant pour le moment être limitée, car elle est par trop idéale. » (*Komm. ad* § 826, 2 c. p. 1075).

³ Cf. en ce sens CERTMANN, *ad* § 826, 2, p. 1075 à 1077.

dem herrschenden Volksbewusstsein) et dans le sentiment des convenances chez des hommes pensant équitablement et justement¹.

Nous transcrivons en ce sens déjà ce passage du Digeste (L. 15, § 6, D. 47, 10) : « adversus bonos mores sic accipiendum non ejus qui fecit, sed generaliter accipiendum adversus bonos mores huius civitatis ». A la lumière de ce critère, le célèbre pari de Shylock dans le « Marchand de Venise » apparaît bien comme contraire aux mœurs et inexistant, non seulement au point de vue moral, mais même au point de vue juridique.

Quant à l'expression *justes motifs* souvent employée par notre Code, remarquons qu'elle se rapporte le plus souvent à la modification d'un état de droit et non pas à l'exercice des droits : ainsi dans la résiliation du contrat de travail pour justes motifs, M. Stammer remarquait déjà qu'une expression analogue du B. G. B., *wichtiger Grund*, visait en général la fin d'un rapport de droit. Prendre en considération un juste motif, cela signifie que d'après les principes du *droit vrai*, l'état de droit formel n'est plus en harmonie avec le but final du droit, avec sa destination sociale et économique. A ce titre, cette expression appartient bien à celles qui tendent à exprimer dans le droit la nécessité de faire prévaloir l'esprit sur la lettre.

Parmi tous ces principes généraux d'application du droit, le plus important pour le sujet qui nous occupe est celui qui déclare que chacun est tenu d'exercer ses droits selon les règles de la bonne foi, *nach Treu und Glauben*, comme dit le texte allemand de l'art. 2, 1^{er} al. Remarquons d'abord qu'avant d'être appliquée à l'exercice des droits en général, cette expression fut utilisée en matière d'exécution des obligations², puis en matière d'exercice de droits réels déterminés (exercice de l'usufruit, de la servitude, etc.). Cette idée de *bonne foi* (*Treu und Glauben*) dépend de celle du *droit vrai*, plus exactement, elle est l'expression du *droit vrai* en matière d'exécution d'obligations et d'exercice des droits. Exercer un droit conformément à la bonne foi, cela veut dire que le droit, même justifié positivement, et ayant une base légale, ne doit pas être exercé simplement par caprice et sans aucune considération des droits et des intérêts des autres participants à la communauté sociale, le respect de ces droits et intérêts faisant partie intégrante du but général du

¹ R. G. B. — C. S. Vol. 48, N^o 20, p. 124.

² Cf. § 157. B. G. B.

droit. Il faut observer encore que pas plus le principe de la bonne foi que celui des bonnes mœurs n'est une notion étrangère au droit et empruntée à une autre discipline¹. En ce sens la bonne foi n'exprime pas une règle qu'il faille chercher en dehors du droit positif, dans la morale par exemple, ou qui soit en contradiction avec lui; elle apparaît bien comme un « instrument du droit positif² ».

M. Trueb, dans son étude sur l'abus du droit, montre que la doctrine et la jurisprudence voient dans le principe de la bonne foi une mesure objective, un principe général de droit, indépendant du sentiment juridique de tel ou tel individu. Pour lui, le mot *Glauben* veut dire confiance et le mot *Treu*, la prétention (*Forderung*) à ne pas être trompé dans cette confiance par sa contre-partie³. Nous admettons avec cet auteur qu'il faut voir dans le principe de la bonne foi au sens de l'art. 2, 1^{er} al., une norme objective d'exercice des droits, et qu'il ne s'agit pas d'un sentiment subjectif et personnel à l'individu qui exerce le droit. On peut regretter à ce point de vue que le texte français du Code emploie la même expression *bonne foi* pour exprimer le principe de l'art. 2 et celui de l'art. 3, où le texte allemand dit *guten Glauben*. Ce sont en effet deux notions d'ordre différent. Tandis que la bonne foi au sens de *Treu und Glauben* est quelque chose d'objectif, un principe qui exprime le juste, le droit vrai en matière d'exercice des droits, la bonne foi de l'art. 3 est un élément d'ordre psychologique, qui caractérise l'état d'esprit d'un sujet de droit. On est de bonne foi lorsqu'on conforme son activité juridique à la représentation qu'on se fait dans son esprit d'un état de droit⁴. Au contraire, le fait d'agir d'après les règles de la bonne foi n'a rien à voir avec la disposition d'esprit interne de celui qui agit. La bonne foi au sens de l'art. 3 conditionne la naissance ou les effets d'un droit; la bonne foi de l'art. 2 elle-même donne la mesure de l'exercice des droits ou de l'exécution des obligations.

Quant à la question de savoir si, par ce principe de la bonne foi réglant l'exercice des droits, ce sont les droits eux-mêmes qui sont

¹ Cf. STAMMLER, p. 48.

² Cf. REICHEL, ad art. 2 C. C. S. Kommentar, vol. 1, p. 12.

³ TRUEB, p. 28.

⁴ Cf. REICHEL : Kommentar, ad art. 3, p. 12. GÜR: Kommentar, ad art. 3, p. 48. Au sujet de la bonne foi (*guter Glaube*) de l'art. 3, voir notamment M. HERTSCHWEILER : *Der Schutz des guten Glaubens*, qui insiste sur la distinction que nous signalons (p. 12 et 13).

limités ou seulement leur exercice, elle est assez délicate et touche au fond même du problème de l'abus du droit. A première vue, ce sont les droits eux-mêmes qui sont limités par la loi, et l'on ne peut guère concevoir qu'un droit existe encore, là où son exercice cesse d'être licite. Plus exactement, on pourrait dire en reprenant l'expression d'Ahrens¹ en matière de propriété, que le droit continue à exister à l'état potentiel, mais pas en réalité; il renaît dès qu'on rentre dans ses limites comme s'il n'avait pas disparu.

Lorsqu'on exerce un droit contrairement aux règles de la bonne foi, on est déjà, d'après nous, en dehors des limites du droit. M. Trueb ne peut admettre cette conséquence extrême qui fait de tous les actes abusifs des actes illicites, même au point de vue de la théorie subjective, et il croit que c'est seulement l'exercice des droits qui est limité par les règles de la bonne foi².

Dans le Code civil allemand, l'expression *Treu und Glauben* n'est employée au § 157 que comme principe formel d'application en matière d'interprétation des contrats. En matière d'exercice des droits, c'est l'intention de nuire du § 226 qui sert d'expression aux principes du *droit vrai*. Pourtant M. Jacobezky³ déjà, dans son étude du *Schikaneverbot*, met en relation ces deux concepts et montre qu'ils tendent vers le même but. Notre Code a réalisé complètement leur union et a adopté un seul et même principe, celui de la bonne foi, faisant ainsi craquer le cadre trop étroit du *Schikaneverbot*.

Parmi les principes généraux d'application du droit que nous avons signalés comme étant l'expression du *droit vrai*, celui qui permet au juge, lorsqu'il ne trouve pas de lumière dans la loi, de juger d'après sa libre appréciation, occupe une position spéciale. Nous estimons qu'il faut distinguer ici le cas où le juge apprécie à défaut d'une disposition légale de droit coutumier dans le sens de l'art. 1^{er}, al. 2 C.C.S., et celui où la loi réserve simplement son pouvoir d'appréciation à l'occasion de cas particuliers où elle l'invite à prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit des justes motifs.

Dans le premier cas, le juge crée le droit au fur et à mesure qu'il est chargé de l'appliquer et ne se borne pas à prononcer selon le *droit vrai*, puisque ce dernier, nous l'avons dit, fait partie du droit

¹ AHRENS : *Naturrecht*, vol. 1, p. 234 et suiv.

² Voir plus haut p. 206 et 207.

³ Voir JACOBZKY, *loc. cit.* p. 591.

positif. Cette liberté d'appréciation laissée au juge a été vivement critiquée, et à bon droit, nous semble-t-il ¹. Il est incompréhensible qu'on reconnaisse comme partie intégrante de la loi, la décision à venir d'un tiers, déterminée par sa conception subjective et libre. Nous pensons d'ailleurs que le juge n'aura que rarement à faire usage du pouvoir que lui confère l'art. 1^{er}, al. 2 du Code civil.

Par contre, il en va un peu différemment, dans le deuxième cas : lorsque la loi, sur un point déterminé, prescrit au juge de prononcer en vertu de son pouvoir d'appréciation ou en tenant compte des circonstances, il doit appliquer les règles du droit et de l'équité ; or ce droit et cette équité font partie du droit positif et le juge est appelé ici, en définitive, à juger conformément aux principes généraux tendant à exprimer le *droit vrai*. Le législateur, ayant reconnu qu'en certaines matières, la réalité des faits est trop diverse et multiple pour pouvoir être enserrée dans des formules, et pensant à juste titre que ces formules risqueraient d'être interprétées contrairement au *droit vrai*, a donné au juge le pouvoir d'appréciation ; elle n'a fait dans ce cas que sanctionner un attribut déjà reconnu au juge : celui de trancher les cas d'application du droit conformément aux règles du *droit vrai*. Si le droit positif exprimait toujours clairement et complètement ce qui est le droit, les sources de conflits diminueraient singulièrement et au surplus toute notre théorie de l'abus du droit serait à peu près inexistante.

L'examen spécial du *droit vrai* et de son expression dans les textes légaux auquel nous venons de nous livrer, nous permet maintenant de conclure notre étude dogmatique de l'abus du droit et de définir le critère qu'il convient de lui appliquer.

Pour qui admet la théorie du caractère finaliste du droit — et il serait difficile de ne pas l'admettre aujourd'hui, — une interprétation stricte et formaliste du droit positif et des possibilités d'action qu'il confère aux sujets de droit est rendue impossible. Dans cette théorie, « les formules du droit positif doivent être les poteaux indicateurs, non les bornes de la recherche du juriste » ². Les droits individuels doivent naître, s'éteindre et être exercés conformément au but général poursuivi par le droit, c'est-à-dire conformément à

¹ M. Speiser notamment a critiqué l'art. 1 dans les débats au Conseil national ; l'opinion contraire est soutenue entre autres par M. Eggenchwyler.

² C. BOUÛLE : *Les sciences sociales en Allemagne*, p. 122.

leur destination sociale et au *droit vrai*¹. Mais cette formule ne suffit pas encore, en pratique, pour délimiter l'exercice des droits et dire quand cet exercice est normal et quand il est abusif. Il s'agit en effet, en réalité, non pas comme le pensait M. Karl Huber, et aussi M. Stammler dans le premier état de sa doctrine, d'un conflit entre le *droit vrai* et le droit formel, le premier excluant l'autre, mais bien d'appliquer des principes généraux exprimant le but social du droit aux normes du droit formel, de façon à ce que celui-ci ne puisse être en désaccord avec le *droit vrai*.

Il importe, nous l'avons dit déjà, de rechercher un critère objectif de l'abus. Depuis longtemps, en matière d'acte illicite proprement dit, on apprécie la faute non pas subjectivement, mais objectivement.² Il faut qu'il en soit de même ici ; il le faut d'autant plus que pour nous, l'abus est une faute et constitue un acte illicite. En effet, un acte contraire au but social du droit viole la loi elle-même. La ligne qui sépare ce qui est permis de ce qui est défendu, est une ligne continue. L'exercice d'un droit doit toujours pouvoir être placé en deçà de cette ligne. Le droit subjectif ou son exercice ne peuvent jamais aller au-delà des limites du droit objectif. Dès lors, si je ne suis plus protégé par le droit objectif, je n'exerce pas un droit, j'agis sans droit. On ne peut admettre une situation intermédiaire et dire que la violation du but du droit constitue seulement un abus du droit, un acte qui reste licite, tout en étant répréhensible. On ne peut non plus séparer, ainsi que le fait M. Jossierand³, le droit positif ou les droits, prérogatives déterminées, de l'ensemble des règles sociales.

Ainsi la participation à une grève licite est l'exercice d'un droit, mais l'emploi de menaces, de manœuvres frauduleuses, etc., constitue un abus. Celui-ci existe dès que les grévistes n'exercent plus leur droit conformément aux règles du *droit vrai*, c'est-à-dire conformément à sa destination économique, mais contrairement aux

¹ « La meilleure interprétation des lois est celle qui les plie le mieux aux besoins de l'heure présente. » Percero, cité par M. LAPARRÉ, dans la *Théorie de l'abus du droit*, p. 27.

² Rappelons à ce propos la formule de M. ALDENSON, juge à la Cour de l'Échiquier : « Il y a faute lorsqu'on omet de faire quelque chose qu'ent fait un homme raisonnable, guidé par les considérations réglant ordinairement la conduite humaine. » *Byich v. Birmingham waterworks*, Co. XI, Exch. Rep. 19. Vict., p. 734.

³ JOSSEIRAND : *Responsabilité*, p. 78 ; Cf. plus haut p. 116.

règles de la bonne foi, dans le sens où nous l'avons caractérisée plus haut. Or en violant le *droit vrai*, ils ont violé le droit positif et par conséquent commis un acte illicite ¹.

Beaucoup d'auteurs sont d'ailleurs d'accord pour considérer que l'abus du droit constitue un acte illicite. Ainsi on lit dans les *Pandectes françaises* à l'article « Responsabilité » N° 510 : « En disant que l'exercice du droit, lorsqu'il est légitime, est exempté de toute responsabilité, on suppose nécessairement qu'il s'agit d'un exercice régulier et normal. L'abus constitue toujours une faute et entraîne la réparation du préjudice. *Summum jus, summa injuria*. De même sous N° 511 : « Pour qu'une parfaite irresponsabilité garantisse l'exercice d'un droit, il faut que celui qui l'exerce en use prudemment, avec les précautions ordinaires, sans en abuser, et sans en excéder les justes limites (Trib. de Vervins, 17 janvier 1896, Gazette du Palais 1896, I, 699) ² ».

Le droit allemand adopte le même point de vue en ce qui concerne les actes visés par le § 226 B. G. B. ³

Les actes abusifs se caractérisant ainsi comme des actes illicites, il importe d'autant plus de leur assigner un critère différentiel objectif ; nous avons vu déjà qu'il y a lieu de rejeter, tout au moins si l'on en fait un critère exclusif, celui qui a pour base l'intention de nuire, lequel nécessite une analyse psychologique d'autant plus délicate que cette intention se cache souvent sous les apparences d'un intérêt personnel à satisfaire et que le caractère anti-social de l'acte n'apparaît pas alors de prime abord. De même l'absence d'intérêt ne nous semble pas un critère entièrement satisfaisant ⁴ parce qu'incomplet.

Il présente bien cet avantage que ne possède pas le précédent,

¹ OSEN, *ad art. 41, III, 2*, p. 175 : « L'obligation d'agir conformément aux règles de la bonne foi est élevée par l'art. 2, 1^{er} al. C. C. S. à la hauteur d'un devoir juridique. Par là, — même d'après la théorie objective — tout dommage causé contrairement à la bonne foi devient illicite. »

² M. VAN DEN BOESCHE disait déjà : « Il y a faute à ne pas faire un usage normal de son droit. » (*Des limitations imposées par les relations de voisinage à l'exercice du droit de propriété sur les immeubles, dans la Flandre judiciaire 1901*, p. 309 et suiv.)

³ En ce sens, ENDEMANN : *Lehrbuch des B. G. B.* I, p. 422 et les auteurs qu'il cite.

Voir plus haut p. 239. Voir aussi THON : *Rechtsnorm und subjective Recht* p. 109 et suiv.

de pouvoir être apprécié objectivement ; mais il peut arriver, et il arrive en effet, qu'un acte doive être considéré comme abusif, alors même que celui qui l'exerce poursuit un intérêt. C'est le cas dans l'exemple cité plus haut de ceux qui participant à une grève se livrent à des manœuvres frauduleuses. L'intérêt qu'ils poursuivent en cherchant à améliorer leur situation ne peut le plus souvent être contesté.

Ainsi, il faut abandonner résolument le terrain de la recherche des intentions et des motifs ou de l'appréciation des intérêts poursuivis, et se tenir sur le seul terrain solide, celui qui consiste à examiner l'exercice du droit en lui-même, objectivement, et à rechercher si cet exercice est conforme au but général du droit, à son esprit.

Le seul élément d'appréciation objectif que nous ayons à notre disposition dans cette recherche est celui qui est exprimé par notre loi : ce sont les règles de la bonne foi. C'est là le véritable critère d'application en matière d'exercice des droits ; c'est celui aussi qui permettra de reconnaître quand naît l'abus. Ces règles de la bonne foi, étudiées plus haut, tiennent compte, comme nous l'avons vu de la confiance réciproque que se doivent les membres de la communauté sociale. C'est parce que nous avons l'obligation de ne pas tromper cette confiance que tout droit se présente en même temps sous la forme d'un devoir. Sans doute, les autres éléments signalés, notamment la prédominance ou l'exclusivité de l'intention de nuire, ou encore l'absence de motifs légitimes ou d'intérêt, seront des facteurs précieux, permettant d'apprécier si les règles de la bonne foi ont été observées, mais c'est en dernier ressort ce critère qui permettra de prononcer s'il y a eu abus du droit ou non ¹. Ainsi que le faisait M. Huard ², on peut admettre que celui qui agit dans les conditions normales de son époque et de son milieu, agit selon les règles de la bonne foi. Car, en définitive, la bonne foi est l'expression de la conscience collective et cette dernière est fixée par les mœurs.

On reprochera peut-être à notre critère son caractère trop général et l'on dira qu'il ne fait que reculer la difficulté. Nous croyons ce reproche injustifié. Les règles de la bonne foi sont, en effet, un

¹ M. Lévy opère avec le critère de la confiance légitime trompée, cf. Lévy : *Capital et travail*, p. 29 et *Responsabilité et contrat*, p. 373.

² HUARD, p. 68.

principe positif, susceptible d'une appréciation objective et, en fait, nos tribunaux les appliquent depuis nombre d'années sans s'être exposés au reproche d'arbitraire, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il s'agit de scruter l'intention de nuire ou les motifs légitimes.

Les principes généraux d'application et d'exercice du droit, prévus en particulier par le Titre préliminaire du Code civil suisse et par la doctrine du *droit vrai* en général, suffisent donc à caractériser l'abus du droit. Il faut considérer que l'exercice abusif d'un droit est illicite, parce que contraire aux règles de la bonne foi, et tout le problème se trouve considérablement simplifié. C'est ce que Ihering avait bien vu. Il n'admettait pas le *Schikaneverbot*, le jugeant inutile, à condition qu'on se place résolument sur le terrain de la responsabilité objective.

C'est aussi la solution à laquelle était arrivée la doctrine française dans sa dernière période. Il suffira notamment de rappeler les théories de MM. Desserteaux et Roussel¹. L'un et l'autre n'admettent pas qu'il y ait une différence entre acte abusif et acte accompli sans droit. Dès lors la théorie de l'abus du droit ne se distingue pas de la doctrine de la responsabilité par des caractères propres et originaux, et peut-être suffit-il de la théorie objective de l'acte illicite pour résoudre le problème.

C'est là ce qu'il conviendra d'examiner de plus près dans notre prochain paragraphe ; nous verrons notamment si, du point de vue des auteurs que nous venons de citer, on peut résoudre toutes les questions posées par la théorie de l'abus.

En résumé, nous dégageons les conclusions suivantes de cette étude dogmatique de l'abus du droit et de ses caractères distinctifs.

L'abus du droit est en réalité un exercice excessif des droits subjectifs. Celui qui exerce son droit d'une manière abusive agit contrairement à la destination économique et sociale du droit en général, contrairement à son but, qui est en même temps sa seule raison d'être, puisque le droit subjectif² n'est qu'un moyen, et n'existe que pour autant qu'il est exercé conformément à sa finalité, qui

¹ Voir plus haut p. 132 et 134.

² M. Eug. HENNER (*Bull. sténog.* 1906, p. 1037) a dit : « Abuser d'un droit consiste précisément à violer un droit qui, à le considérer purement extérieurement, continue d'exister, alors que si on examine de plus près sa justification subjective, il n'existe plus matériellement que dans le sens de sa violation. »

donne aussi la limite de son contenu. En conséquence, l'abus du droit doit être considéré comme se trouvant en dehors de la légalité, comme un acte illicite.

Quant au critère même de l'abus, il faut le rechercher dans les éléments qui permettent de déclarer qu'un acte est contraire au but final du droit. Ces éléments sont ceux qui servent de critère d'application à tout exercice du droit; notre loi les appelle les *régles de la bonne foi*; il faut entendre par là, les règles qui expriment la confiance réciproque que se doivent les sujets de droit et satisfont aux exigences de la vie en commun. Nous rencontrons ces règles partiellement dans les mœurs, au sens juridique de ce terme, et partiellement dans l'équilibre des intérêts en jeu. Il faudra décider in abstracto lequel des intérêts en jeu mérite d'être protégé par la loi et éventuellement s'il existe un intérêt pour celui qui exerce le droit. Cette recherche n'est pas aisée, mais elle n'est pas au-dessus des forces d'un juge intègre, d'autant plus qu'en matière de faute au sens général, c'est à une recherche analogue que le juge doit se livrer.

§ 12. La théorie de l'abus du droit, partie intégrante de la théorie de la responsabilité pour actes illicites.

Nous avons étudié plus haut ¹ la théorie de la responsabilité pour actes illicites en droit français, allemand et suisse. Nous avons constaté que dans ces trois législations des rapports unissent la théorie de l'abus du droit à celle de la responsabilité civile. Toutefois c'est bien en droit suisse que ces deux théories paraissent le plus étroitement liées.

Nous allons reprendre tout ce problème à la lumière des résultats acquis, en nous tenant plus spécialement sur le terrain du droit suisse qui nous intéresse avant tout.

Après avoir établi que notre Code part du point de vue de la théorie objective de l'acte illicite, c'est-à-dire de celle qui considère comme illicite toute atteinte au droit d'autrui (art. 41 C. O.), ou à un intérêt juridique élevé à la hauteur d'un droit (art. 28 C. C. S.

¹ *Supra* § 5, p. 67 et suiv.

et 49 C. O.), après avoir démontré que la théorie objective, un peu trop stricte en regard de l'ancien C. O., a été élargie dans une très large mesure par les nouvelles dispositions du Code des obligations révisé et du Code civil, nous en étions arrivé à nous demander quelle est l'attitude de notre loi, lorsqu'un dommage ou une atteinte au droit ou aux intérêts personnels d'autrui ont été causés dans l'exercice d'un droit ; c'est là, avons-nous dit, la question essentielle posée par le problème de l'abus du droit ; de sa solution dépend l'orientation même de ce problème, soit dans le sens d'une théorie particulière ayant une base juridique à elle, soit au contraire dans le sens de sa réunion au problème plus général de la responsabilité.

Or, le développement de notre dernier paragraphe nous a conduit à ce résultat que l'abus du droit doit être considéré comme un acte illicite, en ce sens que l'exercice abusif d'un droit étant contraire au but final du droit, celui qui exerce ainsi son droit est sorti du droit objectif et n'est plus protégé par la loi. Si nous étions placé sur le terrain de la responsabilité subjective, c'est-à-dire si nous avions admis que l'illicéité est caractérisée par le fait d'agir sans droit, en portant atteinte au droit d'autrui, notre problème serait résolu et l'acte abusif devrait être traité comme tout acte illicite. Mais en matière de responsabilité objective, la question se pose différemment. Celui qui exerce son droit abusivement, agissant sans droit, il reste qu'il agit en vertu de la liberté générale. Il n'est donc plus protégé par le couvert de son droit et il doit être traité comme tout auteur d'une activité dommageable agissant en vertu de la liberté générale et lésant autrui dans un droit ou dans un intérêt juridiquement protégé. Mais d'autre part, c'est précisément parce que l'activité dommageable (en l'espèce l'exercice abusif du droit) était exercée contrairement aux règles de la bonne foi, avec intention de nuire, sans juste motif, sans intérêt, etc., en un mot contrairement au but du droit, que nous l'avons considérée comme débordante, portant atteinte au droit d'autrui et par conséquent illicite ; il en résulte que l'acte abusif est illicite du point de vue de la responsabilité objective, comme du point de vue de la responsabilité subjective. En fait, ces deux théories se rejoignent en matière d'abus du droit pour n'en plus former qu'une seule.

D'un côté, considérer comme des droits les intérêts personnels d'autrui et admettre qu'une atteinte illicite à ces intérêts personnels constitue l'acte illicite générateur de la responsabilité, c'est marquer

dans une large mesure le champ d'application de la théorie objective ; d'un autre côté, en admettant que c'est violer un devoir légal et par conséquent agir sans droit, que d'exercer un droit contrairement aux règles de la bonne foi, on élargit le domaine de la théorie subjective ; il en résulte que toute zone neutre et intermédiaire entre ce domaine et celui de la théorie objective disparaît.

En résumé, l'activité humaine, qu'elle constitue l'exercice de la liberté générale ou celui d'un droit, cesse d'être licite dès qu'elle porte atteinte aux droits d'autrui ainsi largement compris, mais en même temps elle cesse d'être l'exercice d'un droit, parce qu'elle s'exerce contrairement au but social du droit. En fait, dès que je porte atteinte à un droit ou à un intérêt personnel juridiquement protégé, j'agis contrairement aux règles de la bonne foi. Il importe peu que je fasse cela dans l'exercice d'un droit défini ou dans l'exercice de la liberté générale (droit indéfini¹) : de toutes façons, j'agis contrairement au but du *droit vrai*, donc sans droit.

Nous avons vu plus haut en effet, que l'exercice de la liberté générale ne diffère pas de celui des droits positifs dans son essence même, mais plutôt dans son intensité. Tandis que les droits définis confèrent des facultés nettement déterminées à leurs bénéficiaires et qu'il peut en être fait tout l'usage normal et conforme aux règles de la bonne foi, même si cet usage doit léser un tiers, dans l'exercice de sa liberté générale ou dans ses droits ou intérêts protégés juridiquement, la liberté générale, elle, confère des facultés moins nettement formulées et protégées, mais qui permettent à l'individu d'agir librement tant et aussi longtemps qu'il ne porte pas atteinte aux droits et aux intérêts juridiquement protégés d'autrui.

Lorsque nous disons que la théorie de l'abus du droit n'a pas fait qu'élargir le domaine de la responsabilité, mais qu'en réalité elle s'y incorpore entièrement et qu'on peut lui appliquer les règles générales de cette dernière théorie, il ne faut pourtant pas se payer de mots par désir d'arriver à un système synthétique. Il n'est pas inutile de remarquer que, pour nous, l'abus du droit est une notion nettement subjective², comme tout ce qui a trait à l'activité humaine. C'est la volonté du sujet de droit qui déclenche l'acte déclaré abusif ; seulement cet acte n'est pas qualifié d'abusif à raison des caractères propres à cette volonté (parce qu'elle procéderait

¹ Cf. plus haut, p. 119, 234 et suiv.

² En ce sens également, HAGER, *op. cit.* p. 103 et 104.

par exemple de l'intention de nuire), mais bien à raison de certains éléments extérieurs à cette volonté, en l'espèce la violation des règles de la bonne foi, qui se déterminent objectivement en dehors de toute recherche d'intention ou de motifs. Il n'en va pas autrement ici qu'en matière d'appréciation de la faute dans la théorie objective de l'acte illicite; là aussi, c'est la volonté de l'auteur de l'acte qui a déterminé la faute; or cette volonté est appréciée non pas *in concreto*, mais *in abstracto*, c'est-à-dire objectivement. Comme le dit M. Ch. Burkhardt, « la question de savoir si la diligence nécessaire se rencontre en l'espèce, et *a contrario* s'il y a négligence, est résolue — en opposition avec le droit pénal — d'après un critère objectif. » De même, la notion d'abus du droit est bien, d'ordre subjectif; c'est parce que l'exercice de mon droit a dépassé certaines limites et par conséquent, parce que j'agis sans droit que je suis responsable; mais en même temps, comme j'ai agi sans droit, précisément parce que j'ai porté atteinte au droit d'autrui contrairement aux règles de la bonne foi et que par là j'ai violé le but du droit, nous nous retrouvons dans les limites de la responsabilité objective. La théorie de l'abus du droit étend ainsi dans une mesure considérable l'élément illicite en matière de responsabilité, mais en même temps, elle le rend moins intensif pour ainsi dire, et accentue dans la faute, *sensu lato*, l'élément d'imputabilité.

M. Alf. Martin¹ dit que la théorie de la responsabilité objective, notamment la théorie de la responsabilité causale ou du risque, et celle de l'abus du droit sont inconciliables, « car la responsabilité objective considère le fait en lui-même, en faisant complètement abstraction des intentions de son auteur, tandis que l'abus du droit est une notion d'une subjectivité extrême, puisqu'elle recherche avant tout quel a été le but de celui qui a agi et ne veut pas tenir compte de la circonstance que l'acte en lui-même est l'exercice d'un droit. »

Cette opinion de M. Martin, si logique à première vue, ne saurait être la nôtre, en présence des résultats acquis. Loin d'être inconciliables, les deux théories se réunissent au contraire et forment un ensemble harmonieux qui donne toute son ampleur à la théorie générale de la responsabilité civile. Sans doute, nous sommes loin des principes et des conceptions de la responsabilité classique de l'art. 1382 CCF. pris à la lettre, de même que de l'application stricte des

¹ ALF. MARTIN, *op. cit.* dans *Zeitschrift für schweiz. Recht*, vol. 47, p. 45 et 46.

§ 823, 826 et 226 B. G. B., mais nous sommes, par contre, dans un ordre d'idées tout à fait conforme au *droit vrai*, et cela sans sortir d'une application rationnelle des textes légaux suisses.

Nous constatons en effet, d'une part, que l'ancienne théorie de la responsabilité s'est élargie dans le sens de la possibilité de la suppression complète de l'un de ses réquisits, celui de l'imputabilité; un acte est déclaré illicite et il est de nature à faire naître la responsabilité par le seul fait qu'il est contraire au droit, même si cet acte n'est imputable à personne et n'est que le résultat du hasard; c'est la théorie du risque et de la responsabilité causale. Je suis responsable d'un acte dommageable, même s'il ne m'est pas imputable, uniquement parce qu'il atteint autrui dans un droit ou un intérêt vital et qu'il rompt ainsi l'équilibre social. Certes, notre loi n'admet pas cette théorie sans restriction, elle ne la sanctionne même qu'à l'état d'exception, mais elle a néanmoins élargi par là dans une notable mesure, et dans le sens d'un affaiblissement du réquisit d'imputabilité et de renforcement de l'illicéité, la théorie de la responsabilité classique.

D'autre part, en sens opposé, la théorie de l'abus du droit a mis en lumière que dans certains cas d'actes dommageables, l'illicéité est pour ainsi dire nulle ou très faible, mais que, par contre, l'élément d'imputabilité est renforcé dans une mesure d'autant plus grande que l'acte semble avoir été commis sous la protection du droit positif. Par sa tendance au *droit vrai*, notre loi a élargi, dans cette direction aussi, la théorie de la responsabilité; elle a institué la responsabilité de l'auteur d'un acte dommageable, même si l'illicéité n'est que très peu marquée apparemment, uniquement à raison de l'intensité de la volonté de commettre cet acte, c'est-à-dire de son imputabilité. Dans les cas d'abus du droit, la faute, considérée du point de vue du caractère illicite, paraît minime, puisque l'action se trouve placée, pour ainsi dire, aux confins de l'exercice du droit; mais sur ce terrain aussi, il y a lieu de faire application de la maxime romaine: « *In lege Aquiliana et levissima culpa venit* ».

Ainsi, loin de former un amalgame discordant, ces deux théories, en apparence contradictoires, — celle de la responsabilité causale et celle de l'abus du droit — ont servi, chacune dans une direction différente, à élargir la théorie de la responsabilité et à en faire un ensemble harmonieux et souple, qui permet la réparation de tout dommage illicite, d'après des bases légales, conformément aux exigences du *droit vrai*.

Dès lors, il ne semble plus qu'une théorie spéciale de l'abus du droit soit même nécessaire, car il suffira de celle de la responsabilité civile, pour absorber tous les cas d'abus du droit. C'est ce qu'avaient vu d'ailleurs plusieurs auteurs, parmi les plus illustres de la science du droit. Telle est notamment la théorie exposée par M. Planiol en France, lequel dit en substance qu'il n'y a pas d'abus du droit, qu'il y a seulement des actes licites et des actes illicites, les droits n'étant donnés à l'individu que pour l'avantage économique de la société. MM. Desserteaux et Roussel aussi, sans synthétiser autant leur conception, arrivent à une conclusion à peu près semblable et montrent qu'il n'y a pas de différence entre l'acte abusif et l'acte accompli sans droit, et que tous deux portent atteinte au droit d'autrui d'une manière illicite dès qu'ils rompent l'équilibre social. Notre point de vue se rencontre aussi avec celui de Ihering, lorsqu'il repousse le *Schikaneverbot* parce qu'inutile, en regard d'une véritable théorie objective de la responsabilité.

Quant aux auteurs suisses, il faut reconnaître que si M. K. Huber se trouve d'accord avec nous sur la nature même de l'abus du droit, il en fait par contre une doctrine bien à part, qu'il n'incorpore pas dans celle de la responsabilité civile. De plus, pour lui, les abus du droit n'ont rien de commun avec les abus de la liberté générale, alors que précisément nous estimons qu'ils sont de même essence, les uns et les autres étant répréhensibles parce que contraires aux principes du droit juste et de l'équilibre social; l'abus du droit a simplement ceci de particulier que sa légitimité peut sembler démontrée à première vue, parce qu'il paraît conforme à une faculté énoncée par la loi formulée, alors qu'en réalité c'est à tort qu'on a usé de cette faculté.

Il faut remarquer encore, que notre conception ne nous semble pas juste théoriquement seulement, mais que les textes légaux du CCS. et du CO. la justifient.

Ajoutons qu'envisagée sous cet angle, la théorie de l'abus du droit s'accorde parfaitement avec la grande idée germanique mise spécialement en lumière par M. Gierke et que nous avons signalée déjà : tout droit se présente en même temps sous l'aspect d'un devoir. On en arrive même à établir que ce devoir juridique constitue la pierre de touche de toute théorie de la responsabilité. C'est ce qu'exprimait le vieil adage romain que la justice consiste à ne léser personne (*neminem lædere*). Ce devoir est le fondement de la vie en communauté et il est parfaitement juridique qu'une activité, même si elle

apparaît comme l'exercice d'un droit, ne puisse porter atteinte à l'équilibre social réalisé par cette formule. L'exercice d'un droit peut bien être dommageable, mais pas jusqu'au point de rompre cet équilibre¹. En exprimant cela, nous ne pensons pas faire tort à l'idée qui veut que toute activité humaine soit en quelque sorte un acte de concurrence vitale et par conséquent susceptible de causer un préjudice indirect à des tiers, en les empêchant d'exercer leur liberté, comme ils le voudraient. Il s'agit en matière d'exercice des droits d'une renonciation réciproque de chacun à une partie de sa liberté, renonciation qui « paraît être le terme du contrat qu'implique toute communauté humaine »². La diligence que chacun doit exercer pour maintenir l'équilibre social est assez justement définie par la jurisprudence américaine, qui la caractérise comme « ce degré de soin qu'une personne d'une prudence ordinaire est présumée exercer dans des circonstances données, pour éviter de léser autrui et qui est en rapport avec la situation des individus et leurs occupations habituelles ». C'est bien là ce que nous entendons en parlant des règles de la bonne foi ; l'expression américaine *good business man* en est une autre traduction. A ce titre, il n'y a pas une différence fondamentale entre la faute contractuelle et la faute délictuelle, ou plus exactement entre le devoir dérivant de la loi et le devoir dérivant d'une convention. Tous deux ont ce trait commun qui est le but même du droit : la réglementation des rapports entre les individus composant la société. La loi, avons-nous dit, et on ne saurait trop le dire, n'est pas un but, mais un moyen. Elle ne prend naissance que lorsque les nécessités de la vie commune sont telles que les conventions entre individus ne suffisent plus à régler leurs rapports réciproques. La convention ou le contrat privé est un premier stade, la loi intervient ensuite, lorsqu'il s'agit de réglementer d'une manière obligatoire des relations fréquentes et usuelles entre individus.

Avant de résumer la théorie générale de la responsabilité que nous venons d'établir, nous voudrions examiner encore deux points laissés en suspens au cours de cette étude et qu'il convient d'éclaircir brièvement en regard des résultats obtenus.

¹ M. BRUDANT dans *Le droit individuel de l'Etat* écrit : « Dès que le droit de chacun est circonscrit par le devoir corrélatif de respecter celui des autres, la limite de la liberté est au point où, allant plus loin, elle usurperait sur celle d'autrui. » p. 146.

² FROMAGEOT, p. 56.

L'art. 41, 2^{me} al. CO. déclare que « celui qui cause intentionnellement un dommage à autrui par des faits contraires aux mœurs, est également tenu de le réparer. »

Dans notre étude de la responsabilité en droit suisse, nous avons indiqué que cette disposition, vivement combattue dans les Commissions et au Conseil national, est empruntée au B. G. B. (§ 826) et que son utilité dans notre Code a été mise en doute par plusieurs auteurs. Nous sommes de leur avis et nous n'hésitons pas à déclarer que le système même adopté par le droit suisse en matière de responsabilité rend cette disposition inutile et superflue. Remarquons d'ailleurs qu'elle ne présente pas d'inconvénient et qu'en particulier elle n'est pas en contradiction, comme le § 826 B. G. B. avec d'autres dispositions du Code.

Il n'est pas douteux pour nous que les actes contraires aux mœurs doivent être considérés comme illicites et non pas seulement assimilés aux actes illicites, ainsi que le voudraient en particulier MM. Oser et Béguelin. ¹ Cette conviction ne résulte pas des termes de l'art. 41, 2^{me} al., mais des autres dispositions de notre Code examinées à propos de l'abus du droit. Il est clair en effet, que si d'une part, l'exercice des droits ou de la liberté doit être considéré comme illicite lorsqu'il est abusif, et que si d'autre part, on choisit comme critère de l'abus, la transgression des règles de la bonne foi, les actes dommageables contraires aux mœurs commis intentionnellement rentrent aussi dans le domaine de l'illicite. Ils sont contraires au *droit vrai*. Lorsque l'art. 41, 2^{me} al. insiste sur l'idée d'intention qui doit présider à ces actes, il ne fait qu'exprimer sous une autre forme ce que nous disions plus haut, c'est que les actes abusifs ou excessifs, exercice de la liberté ou d'un droit, sont caractérisés par une intensité plus grande de l'élément d'imputabilité et par un amoindrissement du réquisit d'illicéité, ce dernier existant néanmoins sans aucun doute, par le fait que ces actes sont contraires à l'ordre social. Ainsi, pour nous, lorsque la loi attache des conséquences spéciales au caractère illicite, ces conséquences atteindront aussi les actes contraires aux mœurs et nous pensons que l'art. 49 en particulier leur sera applicable ; ce n'est pas seulement lorsqu'un intérêt patrimonial a été lésé par des faits contraires aux mœurs, mais même lorsque de simples intérêts personnels ont été atteints, que l'art. 41, 2^{me} al. doit trouver son application. Raisonner autrement,

¹ OSER, *ad art. 41, VII, 2 p. 184*. BÉGUELIN : *Cours de droit des obligations*.

entraînerait cette conséquence, inadmissible pour nous, de faire échapper notamment à toute responsabilité les atteintes à des intérêts personnels commises dans les conflits du travail (boycott, grève, etc.), qui la plupart du temps sont la conséquence d'actes contraires aux mœurs, ou mieux d'exercices abusifs du droit de grève, de boycott, etc. Il est vrai qu'en cette matière M. Oser fait appel à l'art. 28 CCS. : il a sans doute raison à son point de vue, mais cela n'est pas une justification de sa distinction.

Quant au droit allemand, nous avons signalé la controverse soulevée par le manque de concordance entre les § 826 et 226 B. G. B. M. Oertmann s'élève nettement contre l'opinion qui fait des actes contraires aux mœurs des actes illicites¹. Il insiste sur le fait que, dans le § 823, le caractère illicite est déterminé uniquement par un élément objectif, l'atteinte au droit d'autrui, alors que dans le § 826, on voudrait le faire dépendre d'un élément subjectif : l'intention. Comme nous le disions plus haut, c'est en vertu d'une norme supérieure à celle du texte légal, et sans prendre pour élément déterminant le caractère intentionnel, que nous avons admis l'illicéité des actes contraires aux mœurs²; l'objection de M. Oertmann tombe donc naturellement et il reste que le § 826 condamne les actes contraires aux mœurs et en fait découler la responsabilité, qu'ils aient été commis dans l'exercice d'un droit ou dans l'exercice de la liberté générale. Cette solution porte, il est vrai, un coup sensible au § 226, auquel elle enlève toute espèce de champ d'application. Mais c'est pour nous, une fois de plus, la preuve que la notion allemande du *Schikaneverbot* est peu juridique et irrationnelle. Nous n'aurons donc plus à nous occuper de l'application de ce § 226, puisqu'elle est nulle en regard du § 826 BGB. C'est là, d'ailleurs, l'explication que donne M. Neumann du point de vue allemand, et elle n'échappe pas au reproche d'être quelque peu contraire à l'intention du législateur, qui entendait fixer des conditions d'application précises au § 226. Mais cette opinion semble bien être aussi celle du Reichsgericht, lequel en réalité, ne fait aucune application du § 226. Nous la croyons rationnelle ; en tous cas, elle met en valeur une fois de plus l'avantage que présente la conception suisse du problème de la responsabilité.

¹ En sens contraire : HAGER, *op. cit.* p. 123.

² M. EGGER, précisant le concept des bonnes mœurs (*Kommentar, ad art. 27, V. 5 d. p. 92*) dit de même : « Le critère doit être absolument fondé sur une base objective ; il doit être objectif. »

En France, en l'absence de texte légal en matière d'actes contraires aux mœurs, la jurisprudence et la doctrine avaient le champ libre et se sont prononcées en fait dans le sens de notre propre doctrine.¹

Quant à la question de savoir ce qui est contraire aux mœurs, nous pensons qu'il faut se garder soigneusement de faire appel ici à la morale², et user des critères que nous avons signalés plus haut et qui caractérisent le *droit vrai* (règles de la bonne foi, conscience populaire, mœurs en général, etc.)³

M. Egger, qui donne des développements sur cette question, résume sa pensée comme suit : « Il faut considérer comme juste (et dans l'application de l'art. 27, cela signifie moral), ce qui apparaît comme un juste moyen d'atteindre un but juste, le caractère du juste (*Richtigkeit*) étant en définitive contrôlé par l'idéal social, » et plus loin : « Par contre, on se demande et on discute vivement, si les buts subjectifs aussi doivent être justes. Ils ne doivent être pris en considération que s'ils constituent le but exclusif d'une action ou un élément de fait de cette action ; c'est le cas notamment dans l'achat d'un immeuble comme maison de tolérance. »

En somme, nous admettons que dans la conception du législateur suisse en matière de responsabilité, il n'y a pas de doute possible quant à la nature des actes contraires aux mœurs : ils sont nettement illicites ; mais en même temps, nous pensons que la portée du 2^{me} al. de l'art. 41 est quelque peu réduite par les principes généraux d'application du droit, et notamment par l'art. 2, 1^{er} al. C.C.S.

De quelle nature sera l'atteinte au droit causée par l'exercice abusif d'un droit et comment cet exercice abusif se manifestera-t-il ? Ce sont là des questions qui ont trait plutôt à l'application technique

¹ Voir notamment ROUSSEL, p. 124 et suiv. Voir aussi sur ce sujet d'une manière générale l'opinion de M. Stammer qui cherche précisément à donner un critère général et objectif de ce qui est contraire aux mœurs. Or comme le fait remarquer M. Egger (*Kommentar*, ad art. 27, V. 4, p. 91) l'opinion de M. Stammer mérite d'autant plus de crédit que le Tribunal fédéral a fait usage à diverses reprises de sa méthode. A. T. F. 32, II. 368. *Blätter für zürcherische Rechtsprechung*, vol. VII (1908), N° 102.

² M. Oser lui, voudrait faire intervenir les exigences de la morale (*Kommentar*, art. 41, VII, 4). En sens contraire M. Egger, pas très affirmatif (*Kommentar*, p. 91 et 92, ad art. 27 C. C. S. V. 5*) : « Partout où la loi parle des mœurs, ces dernières constituent un concept juridique. »

³ Voir pour toute cette question le commentaire de M. Egger, ad art. 27 C. C. S., V. : *Die Schranken der Sittlichkeit*, spécialement chiffre 5^a.

de l'abus et que nous aurons l'occasion d'examiner plus loin¹. Disons seulement pour l'instant que l'atteinte peut être purement matérielle, ou morale. De même sur le second point, il faut distinguer entre l'abus du droit, résultat d'un acte de commission et l'abus résultant d'une simple omission. Toutes ces questions rentrent dans le cadre de la responsabilité civile en général et elles ne se posent pas différemment en matière d'abus du droit.

Le seul point au sujet duquel on peut se demander si la théorie de l'abus du droit fait réellement partie intégrante de celle de la responsabilité, est celui qui a trait au dommage. Parlera-t-on d'abus du droit seulement lorsque le dommage est intervenu, ou au contraire, pourra-t-on déjà invoquer l'abus lorsqu'on est simplement menacé d'un dommage ? Cette question est discutée entre les auteurs, mais n'a pas encore été résolue complètement. M. Trueb reproche précisément à M. Alf. Martin de faire rentrer tous les cas d'abus du droit sous la rubrique *actes illicites* et de ne pas tenir compte que dans beaucoup de cas typiques d'abus, un des éléments caractéristiques de l'acte illicite, celui de dommage, n'est pas réalisé. Nous pensons que M. Trueb pose le problème sur un terrain trop étroit ; nous avons indiqué déjà qu'à notre avis, la notion d'acte illicite est beaucoup trop restreinte ; il faut parler plutôt de responsabilité civile, qui comprend tous les cas de responsabilité du droit civil, à l'exclusion de ceux qui font intervenir la responsabilité contractuelle. M. Trueb d'autre part, semble méconnaître la profonde et très réelle transformation subie par la théorie de la responsabilité, depuis que les conditions de la vie moderne en ont bouleversé les bases. De même que dans la théorie du risque, l'élément d'imputabilité a pour ainsi dire complètement disparu, de même l'élément de dommage s'est transformé et s'est élargi dans une grande mesure.

Dans l'ancienne théorie de la responsabilité pour actes illicites, seul le dommage matériel (*Vermögensschaden*) donnait naissance à la responsabilité et à des dommages-intérêts. Peu à peu, cette notion a été étendue ; plus exactement, on a admis des facteurs nouveaux de responsabilité, notamment à l'occasion de l'atteinte à la vie et à l'intégrité corporelle (CO. art. 47), puis le simple dommage immatériel, c'est-à-dire l'atteinte à des intérêts personnels (CO. art. 49, CCS. art. 28), devint aussi une source de responsabilité civile.

¹ Voir *infra* § 13.

On remarque, il est vrai, ¹ que dans ce cas, le texte allemand ne parle plus de *Schadenersatz*, mais de *Genugtuung*, alors que dans le texte français, il s'agit de dommages-intérêts et de réparation morale. En fait, la notion du dommage a reçu par là une extension très grande ; le législateur a admis que la responsabilité naissait en cas d'atteinte illicite à un droit ou à un bien juridique protégé par la loi, dès que cette atteinte était de nature à modifier la situation de la victime, de manière à rompre l'équilibre social.

Sans doute, la simple menace d'un dommage matériel ou d'un préjudice moral n'équivaut jamais à un dommage réel déjà intervenu, mais si cette menace a pour source une activité illicite, la responsabilité naît dès que cette activité se manifeste, car dès ce moment l'équilibre social est rompu et il y a violation du *droit vrai*. C'est simplement dans la nature de la sanction qu'il importerait d'opérer des distinctions. Jamais la simple menace d'un dommage ou d'un tort moral ne peut donner lieu à des dommages-intérêts. M. von Tuhr ² dit à ce sujet : « La menace d'exercer un droit n'est contraire au droit que si on peut y voir un abus du droit » ; or l'abus ne résultera jamais d'une simple intention sans commencement d'exécution. Par contre, comme l'activité qui cause cette menace est déjà illicite, la loi met entre les mains de celui qui est menacé, le moyen de la faire cesser (art. 48 CO. ³, art. 28 et 679 CCS.) ; mais il est bien entendu qu'on doit être en présence d'une activité déjà existante et qui revêt le caractère de l'exercice abusif : une simple intention ne suffira jamais. ⁴ Il est hors de doute que nous nous trouvons alors en présence d'une responsabilité civile, mais qui dépasse de beaucoup le cadre de la notion classique de la responsabilité pour actes illicites.

La doctrine française n'est pas unanimement d'accord avec notre théorie sur ce point. M. Planiol admet que la faute n'existe juridiquement que par ses résultats, c'est-à-dire par le dommage qu'elle a pu causer. ⁵ L'intention, la volonté de nuire, ne justifie une action

¹ OBER: *Kommentar*, ad art. 41. V. p. 182.

² VON TUHR: *Mängel des Vertragsabschlusses*, p. 37.

³ L'art. 48 CO. confirme expressément cette opinion ; la responsabilité civile de l'auteur de l'acte illicite apparaît dès que l'équilibre juridique est rompu, même s'il n'y a que menace d'un préjudice, c'est dans la sanction à appliquer qu'il faudra distinguer suivant que le dommage est intervenu ou non.

⁴ Cf. LAPARRE, *op. cit.* p. 99 et suiv. qui est plus strict encore.

⁵ PLANIOL: *Traité*, vol. 2, N° 867, p. 262.

en abus du droit qu'autant qu'un fait matériel est intervenu à leur suite. M. Laparrie également est très catégorique : « Le droit civil envisage essentiellement l'abus du droit dans son résultat concret. La pensée de justice répartitive qu'exprime le vieil adage *cuique suum tribuere* et qui domine la théorie des obligations, conduit à ne se préoccuper de l'abus du droit, qu'autant qu'il se traduit par un fait dommageable... La place de l'abus dans le droit privé nous fait apparaître immédiatement qu'un simple intérêt ne saurait justifier l'exercice de cette action. » ¹

C'est précisément sur ce point que les doctrines suisse et française se séparent, comme d'ailleurs les textes de loi. En effet, tandis que notre loi protège expressément un simple intérêt et justifie par là toute notre théorie, l'art. 1382 CCF. est beaucoup moins explicite. M. Saleilles n'admettait d'abord comme sanction de l'abus du droit que la réparation pécuniaire ; il s'est rallié ensuite dans son *Rapport* à la réparation en nature, « qui tient son mérite de son exacte coïncidence avec le dommage à supprimer. » M. Laparrie fait observer, il est vrai, que si l'on admet l'action tendant à faire cesser l'exercice abusif du droit avant qu'un dommage se soit produit, on en arrive à restreindre le droit *préventivement*, ce qui est inadmissible ². Il ajoute que c'est là la différence entre le défaut de droit et l'abus du droit. Mais dans notre système, cette objection tombe puisque nous avons prouvé que celui qui abuse de son droit, agit en réalité sans droit.

D'ailleurs, s'il n'est pas nécessaire que l'acte abusif ait déployé tous ses effets, il faut tout au moins que la victime ait subi une atteinte appréciable dans ses droits ou ses intérêts, sinon la définition de l'abus que nous avons adoptée ne serait pas réalisée. En ce sens, on peut dire avec M. Planiol que la faute n'existe que par ses résultats. Nous pouvons appliquer cette solution aux cas d'abus du droit sans faire violence à la loi, et nous réduisons ainsi à néant l'objection présentée par M. Trueb et par d'autres auteurs. L'abus du droit engendrera la responsabilité en raison de son caractère illicite dès l'instant où les éléments qui le caractérisent seront réunis, sans qu'on ait à se demander si un dommage est déjà intervenu, ou s'il y a simplement menace d'un dommage. Comme dans les cas d'actes illicites proprement dits, cette responsabilité pourra engen-

¹ LAPARRIE, *op. cit.* p. 82 et 87.

². Cf. Lyon, 18 avril 1856. D. P. 1856, II, 200.

drer, soit l'obligation de réparer le préjudice (art. 41), soit l'obligation de faire cesser l'atteinte illicite (art. 48 CO, art. 28 et 679 CCS.).

Ce point théorique étant posé, remarquons au surplus qu'il est extrêmement rare pratiquement qu'un abus du droit, comme tout autre acte illicite, puisse se manifester extérieurement sans qu'il s'en suive un dommage ou un préjudice quelconque; en fait, l'élément dommageable existe presque toujours, dès que l'activité illicite s'est déployée; il arrive seulement parfois que ce dommage est susceptible de s'étendre beaucoup, s'il n'est pas immédiatement réparé. La seule différence à observer, c'est qu'en matière d'abus du droit, le dommage revêtira moins fréquemment que dans les autres cas, le caractère d'un préjudice matériel. La jurisprudence en fournit surabondamment la preuve.

Nous pouvons donc affirmer, en terminant cette étude, que les prémisses que nous avons posées, en caractérisant l'abus du droit comme un acte illicite, ne nous ont pas trompé et que la théorie de l'abus du droit fait partie intégrante de celle de la responsabilité civile pour actes illicites.

Sans doute, l'ancienne définition de M. Haberstich disant « qu'il faut qualifier d'acte illicite toute action qui cause un dommage à autrui d'une manière illicite, »¹ n'est plus absolument adéquate à notre point de vue; mais même lorsque cet auteur ajoute que celui qui ne fait qu'user de son droit ne commet aucun acte illicite, nous ne pensons pas qu'il entende ainsi nier la théorie de l'abus du droit, puisque l'exercice abusif d'un droit est, d'après nous, un excès de droit. Par là notre théorie qui admet l'abus du droit, fait corps en réalité avec celles des adversaires de cette notion, qui se tenaient sur le terrain strict de la responsabilité pour actes illicites. Il est bon de préciser toutefois, que seule notre législation suisse permet de construire la théorie de la responsabilité sur les bases très larges que nous avons adoptées.

En estimant, comme nous l'avons fait, avec M. Oser,² que les dispositions de l'art. 41 sont des normes d'application du droit et

¹ HABERSTICH: *Handbuch*, vol. 1, p. 174.

² OSER: *Kommentar*, ad art. 41 et suiv. Introduction, I, p. 178: « Malgré l'article introduit de ce chapitre (art. 41), qui semble contenir une disposition de principe, l'acte illicite ne porte pas en lui-même un caractère d'unité. Des éléments de fait sont simplement mis en rapports les uns avec les autres, et c'est à la présence de ces éléments que la loi attache l'obligation de réparation.

n'impriment pas à l'acte illicite un « caractère d'unité » qui lui soit propre, nous mettons cette disposition en relation avec les autres normes d'application du droit privé. De plus, en adoptant nettement la théorie objective de la responsabilité qui étend le domaine des actes contraires au droit à toutes les atteintes à des intérêts personnels, considérés comme de véritables droits positifs, la loi suisse a donné à la théorie de l'acte illicite une base rationnelle, écartant l'insécurité de la théorie subjective. Mais en même temps, par cela que, conformément au principe du *droit vrai*, elle établit la limite précise de l'exercice licite des droits et de la liberté générale à l'endroit où cet exercice porte atteinte aux intérêts légitimes d'autrui et où il rompt l'équilibre social, elle a permis d'incorporer pour ainsi dire, la théorie subjective dans la théorie objective ; car toute atteinte aux droits d'autrui est en même temps le résultat d'une activité débordante commise sans droit.

Si dans la théorie objective, on déclare que tout ce qui n'est pas défendu est permis, et si on laisse ainsi un champ plus grand à l'exercice de la liberté, il faut remarquer qu'en réalité dès que cet exercice est pratiqué abusivement, on sort des limites tracées à l'exercice des droits subjectifs par le *droit vrai* ; or, ce dernier est élevé à la hauteur d'une véritable norme d'application juridique par l'art. 2, 1^{er} al. CCS. C'est cette norme que l'on viole objectivement. Par là même, notre loi a permis de qualifier illicite, l'exercice abusif des droits, et de faire rentrer la théorie de l'abus du droit dans celle, plus générale, de la responsabilité. Dans la théorie de la responsabilité ainsi délimitée, il n'y a pas de place pour l'abus du droit, en dehors et au-delà de ce que le Code prévoit comme actes illicites.

Enfin, s'inspirant des principes du *droit vrai*, cette théorie générale de la responsabilité s'est assouplie, sans cesser d'être stricte quant à ses conditions d'application : elle a admis que les différents éléments qui conditionnent la responsabilité ne sont pas absolus et elle les a élargis en supprimant, ou plutôt en affaiblissant, d'une part, le réquisit de l'imputabilité dans certains cas exceptionnels (responsabilité causale), d'autre part, le réquisit d'illicéité, dans les cas d'exercice abusif des droits, cet affaiblissement étant justifié par l'intensité prise dans chacun de ces deux cas par l'autre élément constitutif de la faute : illicéité en matière de responsabilité causale, imputabilité en matière d'abus du droit.

Il est vrai qu'on a pu reprocher à cette théorie élargie de la res-

ponsabilité d'apporter de l'insécurité dans le droit; personnellement nous ne croyons pas cette objection fondée. Chacun, en effet, reste libre d'exercer ses droits jusqu'à la limite de ce qui est permis par la loi, c'est-à-dire des règles de la bonne foi. Il en résulte en particulier que l'acte illicite est exclu quand l'atteinte aux intérêts juridiquement protégés d'autrui a lieu en cas de nécessité, de légitime défense, ou même, comme le dit M. Egger ¹, pour la préservation d'intérêts justifiés (in Wahrnehmung berechtigter Interessen). « On se trouve en présence de la conservation d'intérêts de ce genre quand l'action lézante se caractérise comme un juste moyen d'atteindre un juste but ² ».

La théorie de la responsabilité, examinée à la lumière des principes du *droit vrai*, forme donc un tout homogène et qui fait certainement honneur à notre législation. Elle réduit les contradictions souvent signalées entre l'abus du droit et l'exercice des droits positifs. Tandis que le droit français doit suppléer par une jurisprudence et une doctrine très extensives aux lacunes de la législation en matière d'abus du droit, tandis que le droit allemand se trouve en présence de contradictions irréductibles par sa conception un peu fragmentaire et étroite du problème de la responsabilité, notre loi, au contraire, semble avoir évité les écueils divers qui guettent le législateur dans ces matières délicates.

§ 13. Etude technique de l'abus du droit. Article 2 C. C. S.

Nous en arrivons maintenant à examiner d'un peu plus près et à la lumière de notre théorie de l'abus du droit, l'application technique de l'art. 2 C. C. S. Nous serons d'ailleurs très bref : comme il s'agit là d'une norme d'application de caractère tout à fait général, l'étude dogmatique que nous avons faite, en indique déjà le champ d'application qui est tout le domaine du droit privé, et les limites, qui sont déterminées par le critère même que nous avons choisi.

¹ EGGER : *Kommentar*, ad art. 28 C. C. S., IV, 2 b. p. 118.

² EGGER : *Kommentar*, ad art. 28, IV, 2 b. : « Le caractère illicite peut s'étendre aussi loin qu'il est susceptible d'être lésé (*Verletzbarkeit der Persönlichkeit*). Cela constituerait un état juridique pour le moins intolérable et entravant toute espèce de liberté dans l'activité humaine, si dans de nombreux cas d'atteinte aux droits, la loi n'excluait le caractère illicite. »

Les dispositions du Titre préliminaire du CCS. ont toutes le caractère de normes d'ordre général destinées, les unes à servir de règles d'application du droit formulé, les autres à créer l'unité de procédure dans certains domaines de notre législation, tant cantonale que fédérale. Parmi ces dispositions, les quatre premiers articles forment les normes d'application proprement dites au sujet desquelles il y aurait beaucoup à dire. D'après les notes marginales du Code, l'art. 1 traite de l'application de la loi, tandis que les art. 2, 3 et 4, sont désignés par la rubrique : « Etendue des droits civils ». Cette division n'est, à notre avis, pas rationnelle. Elle a d'ailleurs été critiquée par les commentateurs ¹. Il eût mieux valu faire rentrer les quatre articles sous la dénomination d'« application de la loi » ; puisque tous contiennent des normes d'application, ou mieux encore, il eût fallu ranger les art. 1, 3 et 4 sous la même rubrique, et faire de l'art. 2 une disposition à part, subordonnée aux trois autres, ce qu'elle est en réalité, puisque seule elle traite de l'étendue des droits civils, c'est-à-dire des limites imposées à l'exercice des droits et par là même aux droits eux-mêmes ².

Remarquons d'ailleurs que nous partageons sur ce point l'avis que M. Speiser ³ a exposé au Conseil national lors de la discussion du Titre préliminaire. Pour le juriste balois, nous l'avons dit déjà, l'art. 1 est une disposition malheureuse, qui devrait être supprimée. Il nous paraît anti-juridique à nous aussi, de faire du juge un véritable législateur. Toute loi renferme sans doute des lacunes, car elle ne saurait s'adapter complètement à la vie et à ses circonstances multiples. Mais ces lacunes doivent être comblées par le juge au moyen des principes généraux d'application du droit, et non « d'après les règles qu'il établirait, s'il avait à faire acte de législateur » ⁴.

¹ Cf. K. HUBER, p. 108 et 104.

² M. REICHEL : *Kommentar (Vorbemerkung, p. 4)*, propose une autre division qui à le tort, à notre avis, de ne pas faire des dispositions de l'art. 2 des normes d'application.

³ *Bulletin sténog.* 1906, p. 1041.

⁴ Nous sommes ici en contradiction apparente avec les auteurs que la doctrine allemande dénomme les *Freirechtler*, qui proposent en droit moderne une théorie fort importante : d'après elle, la loi ne doit donner au juge que les indications générales (*Leitmotiv oder Direktiven*), en lui laissant le soin de créer le droit dans chaque cas particulier. C'est le point de vue des jurisprudences anglaise et américaine. On trouve un exposé très exact de cette doctrine dans EHRICH : *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (Cf. BERGBOHN : *Jurisprudenz und*

Ces principes généraux du droit sont ceux du *droit vrai*. Dans certains cas, il arrive que le *droit coutumier*, ou la jurisprudence, les formule avec netteté, mais en réalité, il n'en demeure pas moins que ce sont là de simples applications de normes faisant partie du droit positif, c'est-à-dire que le droit doit être appliqué et éventuellement complété conformément à son but social. Dire que le juge peut prononcer selon des règles établies par son bon plaisir, ou même « selon sa raison, son expérience et sa conscience ¹ », c'est laisser la porte ouverte à l'injustice et à l'arbitraire; c'est poser en fait que le législateur n'a pas considéré la loi comme un simple moyen (mais le seul authentique juridiquement) d'atteindre l'idéal social, principe qui doit être la pensée directrice de tout texte légal. C'est contribuer à élargir le fossé qui s'est creusé entre les juristes et le sentiment populaire dont M. Stammler ² disait : « Ce n'est pas le manque de connaissance des règles de droit positif qui a produit cette dissociation, sinon elle devrait disparaître avec l'augmentation des connaissances juridiques; c'est bien plutôt le fait de traiter le droit formulé et sa doctrine comme un but en soi qui est la cause de ce fossé. Et dans cette divergence d'opinion, c'est celui qui a fait d'un simple moyen un but final, qui a tort ».

Il ne faut pas que la loi devienne un but, il ne faut pas voir dans l'absence d'une norme formulée l'absence d'une règle de droit. En réalité, nous l'avons vu déjà, lorsqu'il se produit des lacunes dans la loi, c'est que le droit formulé n'exprime pas ou exprime imparfaitement le *droit vrai*; dans ces cas-là, la solution formelle et conforme à la loi de l'état de fait à apprécier, n'est plus adéquate aux principes du *droit vrai*. Mais il suffira d'examiner cet état de fait au regard des principes de ce droit, pour combler cette lacune; en aucun cas, il ne sera nécessaire que le juge applique les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Bien plutôt, il appliquera des règles déjà existantes, qui sont celles de la bonne

Rechtsphilosophie; RUMPF : *Gesetz und Richter*, Berlin 1906; v. LAUN : *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig 1910.) En France, le principal représentant de cette doctrine est M. GÉNY (*Méthode d'interprétation*). Le point de vue de l'interprétation libre de la loi a été soutenu à propos de l'art. 1 CCS., par M. Eggenchwyler : *Das freie Ermessen des Richters*. Tout en admettant la nécessité de principes généraux d'application pour arriver *in concreto* à une interprétation saine et juste de la loi, nous ne pouvons nous rallier au point de vue des *Freirechtler* en ce qui concerne le pouvoir de légiférer conféré au juge.

¹ ROSSI et MENTHA : *Manuel de droit civit.*, vol. 1, p. 65.

² STAMMLER : *Die Lehre*, p. 11.

foi et de l'équité et qui se traduisent dans la vie, soit par la coutume, soit par les mœurs, soit par tout autre mode d'expression de l'idéal social¹.

Nous ne partageons donc pas entièrement l'avis de M. Eug. Huber, critiquant au Conseil national² la jurisprudence française, parce qu'elle vit dans l'idée que la loi doit suffire à tous les cas et que le juge doit la scruter avec suffisamment de perspicacité pour y trouver une disposition pour chaque espèce. Car s'il est exact qu'on ne peut trouver une disposition particulière pour chacune, il est non moins vrai que les principes généraux qui sont à la base de la loi doivent suffire à les régler toutes sans avoir à faire appel au juge comme législateur.

Or, dans le Code civil suisse, les dispositions des art. 2, 3 et 4, sont assez complètes pour permettre d'établir toujours les règles du *droit vrai*; nous estimons donc que l'art. 1 est inutile, voire même dangereux, et comme le faisait remarquer M. Speiser, c'eût été une beaucoup plus belle entrée en matière pour notre Code, que d'adopter l'art. 2 comme première disposition de la loi. Il eût été loisible alors de reporter dans l'art. 4 ce qui a trait au rôle du droit coutumier, car il ne faut pas méconnaître que la disposition qui réserve de faire appel à la coutume au cas où le droit formulé ne suffit pas, a une valeur positive et juridique.

Le Conseil fédéral parlant de l'art. 3 du projet de C. C. S.³ (actuellement art. 2., 1^{er} al.) dit: « Nous avons créé là une sorte de recours extraordinaire, qui doit assurer le respect de la justice au profit de ceux qui souffriraient de l'abus évident qu'un tiers ferait de son droit, lorsque les moyens ordinaires ne suffisent pas à les protéger ».

Ce que le Conseil fédéral appelle dans le texte allemand le *droit véritable* (*wirkliches Recht*), c'est ce que nous appelons *droit vrai*. Sans doute nous ne croyons pas que l'art. 2 soit simplement une sorte de soupape de sûreté, une disposition exceptionnelle, qui aurait un caractère spécial et sortirait du cadre du droit formulé en général; nous y voyons plutôt une norme juridique comme toutes

¹ Voir à ce sujet ce que dit M. Karl Huber de l'arrêt du Tribunal fédéral concernant le Syndicat des pharmaciens contre la Pharmacie coopérative. Il eût voulu qu'on appliquât l'art. 1 CCS., à tort nous semble-t-il. (K. Huber, p. 15 et 16.)

² Bulletin sténog. 1906, p. 1087.

³ Message du Conseil fédéral, p. 14, ad art. 3 projet CCS.

les autres, mais qui a ce caractère, que d'ailleurs elle partage aussi avec d'autres, d'être en quelque sorte le critère général d'application de tout exercice des droits. L'art. 2 C. G. S., et spécialement son premier alinéa, n'est pas une norme chargée seulement de servir de guide au juge, là où l'application trop stricte de la loi conduirait à une injustice, mais c'est plus spécialement dans ces cas-là qu'on l'invoquera. Voilà pourquoi nous l'avons qualifié d'expression de la théorie de l'abus du droit dans notre droit. Il ne s'agit pas d'une règle de droit qui ait une valeur positive seulement en tant que disposition formulée techniquement, mais d'une théorie générale, dont le but est de rappeler que dans tout exercice de droit, le cas particulier doit être en harmonie avec les principes fondamentaux du droit. Si cela n'est pas, nous nous trouvons en présence d'une véritable violation du droit positif, dont le contenu doit toujours être conforme aux exigences du *droit vrai*.

Il faut remarquer au surplus que l'art. 2 ne doit pas servir à examiner si une construction juridique adoptée par le législateur est juste ou non. En effet, le législateur peut instituer une règle qui, du point de vue de la théorie ou du droit idéal, paraît inefficace. Dans ce cas, cette règle doit être appliquée, puisque le droit doit rester le droit et que le juge ne doit pas pouvoir déroger à la loi par souci de poursuivre un idéal social, qui pourrait n'être pas en harmonie avec le droit de l'époque. L'art. 2 fait partie du droit formulé et doit servir à appliquer ce dernier ; son but essentiel est de permettre une interprétation souple des règles strictes du droit et de faire le départ entre l'exercice d'un droit, conforme à la volonté actuelle du législateur et par là même conforme à l'idéal social de l'époque, et l'exercice d'un droit abusif, appuyé seulement sur la lettre des règles formulées, sans égard à leur esprit. Cet article doit servir aussi de garde-à-vous au juge pour qu'il évite une application formaliste des lois. « Il arrive en effet parfois que l'excès d'impartialité se tourne en erreur de droit... On est d'accord que le sens commun ne saurait suffire pour appliquer convenablement la loi. Mais d'autre part, quand une application de la loi paraît heurter l'équité naturelle, c'est un garde-à-vous sérieux pour le jurisconsulte, et comme une solennelle invitation à vérifier les principes et les déductions au moyen desquels il a opéré ¹ ».

¹ S. DE FÉLICE : *Le procès des « Stimmen im Sturm »*, dans *Gazette de Lausanne*, du 3 octobre 1917, N^o 272.

I. CHAMP D'APPLICATION.

Nous avons à résoudre à propos de l'étude technique de l'art. 2 CCS. une série de questions importantes, dont plusieurs divisent la doctrine.

Tout d'abord, il convient de déterminer le champ d'application de cette disposition. Nous avons vu plus haut¹ que le Tribunal fédéral s'est à plusieurs reprises prononcé dans le sens de l'application de l'art. 2 au droit privé seulement, à l'exclusion du droit de procédure, du droit pénal, du droit public, etc.². Dans un de ces arrêts le Tribunal fédéral dit notamment : « L'art. 2 CCS. ne s'applique qu'au fait de faire valoir des prétentions de droit matériel ; il ne peut être invoqué contre l'exercice de moyens de procédure mis à la disposition du créancier par le droit de poursuites³ ».

M. Karl Huber ne partage pas cette manière de voir et croit que l'art. 2 est applicable à tout le droit. Nous pensons que la question posée de cette manière-là, prête à confusion. En réalité, il faut distinguer entre l'abus du droit et la théorie du *droit vrai*. Cette dernière est applicable à toute espèce de droits, dans les limites et avec les modifications nécessitées par chacun d'eux. Le droit international ou le droit public formulé se transforment de la même manière que le droit privé ; ils ont aussi un but final et leurs dispositions particulières ne doivent pas être en opposition avec ce but. Mais il est néanmoins certain que ce but n'est pas le même que celui du droit privé et, par conséquent, l'expression du *droit vrai* en matière de droit international ou de droit public, peut éventuellement avoir un autre sens qu'en droit privé. De plus l'art. 2 a été rédigé non pas afin d'exprimer la théorie du *droit vrai* en général, mais pour énoncer comment les droits privés doivent être exercés en conformité de cette théorie. Il ne faut donc pas assimiler ces deux notions.

¹ Voir p. 221 et 222.

² Voir notamment 6 mai 1914, A. T. F. 40, III, p. 154 et suiv. ; 12 mai 1915, *Praxis des Bundesgerichts*, 4^{me} année (1915) N° 192, p. 318 ; 13 mars 1916, A. T. F. 42, III, p. 81.

³ A. T. F. 42, III, p. 85.

Enfin un argument déjà signalé, relevé par le Tribunal fédéral à propos du droit de procédure ¹ n'est pas sans valeur : c'est qu'en matière de droit privé le législateur intervient pour régler des rapports de la vie sociale qui prennent naissance et se développent en dehors de lui. Les intérêts qu'il a pris soin de protéger ne peuvent donc être prévus à l'avance et il importe d'établir des règles générales susceptibles de s'appliquer à tous ceux qui peuvent surgir. Il n'en va pas de même en matière de droit de procédure, où le législateur crée lui-même « les relations qu'il est chargé d'organiser ».

On peut donc conclure que, sans nier l'existence d'une théorie du *droit vrai* dans le droit pénal ou dans le droit de procédure, celle que nous avons caractérisée ne leur est pas applicable comme telle et ne concerne que le droit privé. A plus forte raison en est-il ainsi de l'art. 2 C. C. S. qui n'est qu'une forme de la théorie du *droit vrai* dans son application à l'exercice des droits. Nous en inférons que le champ d'application de cette disposition est limité au seul droit privé et qu'on ne saurait invoquer la théorie de l'abus du droit en droit public ou en droit de procédure, simplement par analogie et sans avoir soumis les différents éléments de cette disposition à un examen sérieux qui tienne compte du caractère particulier de ces disciplines.

On peut se demander encore quelle est la nature de la limitation apportée au droit par l'art. 2. Peut-être pourrait-on dire que l'exercice des droits est limité, soit d'une manière absolue, en intensité, dans l'intérêt de l'Etat ou de la communauté (droit au nom, au mariage, etc.), soit d'une manière plus relative, par des droits en contact immédiat avec celui qui est abusivement exercé ; dans ce dernier cas, ou bien ces droits sont de même espèce que lui, et la limitation règle alors un *conflit de droits* (droit de propriété, rapports de voisinage) ou bien ces droits sont d'une nature spéciale et ont précisément pour but d'établir une limitation du droit à la liberté générale (puissance paternelle, tutelle, autorité maritale). Cette classification ne présente d'ailleurs pas un grand intérêt pratique dans l'application de la théorie de l'abus. Tout au plus pourrait-on admettre, qu'à chacun de ces modes divers correspond un critère spécial, c'est-à-dire une manière différente d'apprécier les règles de la bonne foi. Ainsi dans les droits limités en intensité, on remarque que, d'une manière générale, ce sont la *coutume*, les *mœurs*, qui

¹ A. T. F. 40, III, p. 154 et suiv.

exprimeront le but social du droit et qui permettront de déterminer les règles de la bonne foi. En matière de droits réels (droits de voisinages, servitudes, etc.), c'est plutôt la notion d'utilité ou d'absence d'intérêt qui sera le critère pratique de l'abus (Cf. 796 CCS). Enfin, dans les cas de la troisième catégorie où il s'agit de droits dont la nature même est qu'ils soient limités par un autre droit, la loi parle plutôt d'abus (CCS. art. 285, puissance paternelle, art. 445 en matière de tutelle, etc.). En ces matières, ce n'est pas l'intérêt de celui qui exerce le droit qui marque la limite de ce droit, mais bien plutôt l'utilité de celui à l'encontre de qui le droit s'exerce.

Il serait vain, à notre avis, de vouloir établir des classifications fixes ; il suffira de remarquer que dans toutes ces espèces, il y a lieu de déterminer la limite de l'exercice des droits et que partout, cette limite est marquée par les règles de la bonne foi, critère général que nous avons adopté. A ce titre, toutes ces dispositions du Code sont bien des applications directes de la théorie de l'abus du droit, mais il n'en est pas moins vrai que tout exercice d'un droit personnel peut comporter l'application de cette théorie.

De même nous avons insisté déjà¹ sur la nécessité de distinguer nettement entre la bonne foi (*Treu und Glauben*) dont parle l'art. 2, 1^{er} al. et la bonne foi (*guter Glaube*) de l'art. 3. Nous ne reviendrons pas sur cette distinction évidente et qui n'a pu donner lieu à des confusions qu'en raison de la similitude des termes employés par le texte français. Tandis que l'art. 2 a une portée extrêmement générale et est la règle fondamentale de l'exercice des droits, l'art. 3 se borne à énoncer une règle spéciale en matière de naissance ou d'effets d'un droit, lorsque la loi pose comme condition de cette naissance ou de ces effets un état de fait purement subjectif : la présomption que le sujet de droits agit en honnête homme, ou mieux, conformément aux règles de la confiance et des devoirs réciproques qui incombent aux hommes vivant en société.

En résumé, le champ d'application de l'art. 2 C. C. S. est considérable. S'étendant à tout le domaine du droit privé, il dépasse de beaucoup la portée du § 226 B. G. B. et l'on peut s'étonner à juste titre que plusieurs auteurs persistent à mettre en relation ces deux dispositions. C'est le cas notamment de M. Trueb, qui, dans son étude, cherche à montrer que le 2^{me} alinéa de l'art. 2 est mal conçu

¹ Voir *supra*, p. 247.

et que la disposition du droit allemand est plus rationnelle. Pour lui, le 1^{er} alinéa contient un principe général, et le 2^{me} alinéa la conséquence de ce principe. Tandis que le B.G.B. restreint la notion de la bonne foi à l'interprétation des contrats (§ 157), notre Code l'étend à l'exercice de tous les droits civils. M. Trueb ne croit pas, comme M. Rossel, qu'on aurait pu se contenter du 1^{er} alinéa, parce que, dit-il, « dans certains cantons, on admet que l'exercice d'un droit n'est jamais contraire à la bonne foi et ne saurait être abusif ». Cet auteur est en quelque sorte hypnotisé par la notion allemande du *Schikaneverbot* et aussi, sans doute, par le fait que la doctrine suisse, lors de l'élaboration du Code, a souvent considéré l'art. 2 comme un *Schikaneverbot* un peu étendu ¹.

Pour réfuter l'opinion de M. Trueb, il suffit, nous semble-t-il, de mettre en lumière la différence fondamentale entre la chicane, exercice des droits dans le but de nuire à autrui, et l'abus du droit, exercice du droit contrairement au but final du droit. Sans doute, la chicane rentre en quelque sorte dans l'abus, mais elle n'y rentre que matériellement ² ; au point de vue théorique, notamment au point de vue du critère adopté et de la conception juridique, elle en diffère totalement. Avec M. Karl Huber, nous admettons qu'il est contraire à l'esprit juridique de légiférer uniquement contre la chicane, dans le sens du B.G.B. ; seul l'abus du droit doit être visé d'une manière tout à fait générale, si l'on entend rester fidèle au système de notre loi.

Il est donc faux d'établir, comme le fait M. E. Martin en droit allemand ³, une distinction entre les normes qui font intervenir le principe de la bonne foi et celles qui en appellent au principe, même général, du *Schikaneverbot*. La jurisprudence du Tribunal fédéral, dans les premiers arrêts étudiés plus haut, opérait cette distinction, mais par la suite, nous avons constaté une évolution qui l'a conduite à abandonner peu à peu, en matière d'abus, le point de vue allemand du *Schikaneverbot*, pour faire de l'abus du droit une théorie plus générale, mais non encore entièrement conforme à notre point de vue.

¹ TRUEB, p. 104 : « La définition de l'abus du droit donnée à l'art. 2 peut être suffisante pour fixer le concept général de chicane ; mais elle ne suffira jamais en pratique. La pratique a besoin plutôt d'une disposition contre la chicane, qui ne doit être ni trop large, ni trop étroite, comme le § 226 B. G. B. par exemple. »

² En ce sens : HAGER, *op. cit.* p. 123 et suiv.

³ E. MARTIN, p. 44.

Pour nous, les deux alinéas de l'art. 2 forment un tout et le premier est aussi bien une expression de la théorie de l'abus du droit que le second. Bien plus, le 2^{me} alinéa que nous avons considéré au début de notre étude comme l'énoncé fondamental de la théorie de l'abus, se confond en réalité avec le premier. C'est une disposition qui limite les droits objectivement, tout aussi bien que le principe de la bonne foi du premier alinéa ; nous avons démontré d'ailleurs que celui qui abuse de son droit, en est déjà sorti et qu'il agit hors du droit. C'est donc à tort que M. Trueb oppose le *Schikaneverbot* à l'abus. Toute la matière du premier rentre dans le second et notre loi n'a pas voulu les distinguer, bien au contraire.

L'art. 2. prescrit que chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. Il énonce ainsi un devoir juridique, créé par les relations de la vie sociale. On ne saurait donc prétendre que chacun peut user de ses droits jusqu'à la limite extrême de son intérêt personnel ; il faut partir au contraire de l'idée développée plus haut ¹ que les droits ne peuvent et ne doivent être exercés que dans les limites de l'intérêt social ². Les droits personnels forment un tissu d'intérêts réciproques extrêmement serré, et ce n'est pas l'intérêt de chacun, mais l'intérêt de l'ensemble, dont le premier fait partie, qui doit servir de critère et de limite à ces droits. On peut rappeler à ce sujet ce que M. Hauriou disait de la propriété : ³ « La propriété dérive d'une concession sociale », ce n'est plus un privilège pour son titulaire, elle implique des devoirs. Le droit du propriétaire est suivant la formule de M. Ch. Gide comme une fonction publique. ⁴

Généralisant la définition de M. Hauriou, on peut dire de même que l'art. 2 de notre Code élève l'exercice et la jouissance des droits à la hauteur d'une véritable fonction sociale et que ces droits impliquent des devoirs, pour le moins autant qu'ils confèrent des privilèges à leurs titulaires.

¹ Cf. *Supra* § 11.

² Cf. PLANIOL : *Traité*, Tome 1, p. 742, N° 2231.

³ HAURIOU : *Principes de droit public*, p. 38-39.

⁴ M. FOULLÉE exprime la même idée dans son : *Idée moderne du droit*, p. 44 et suiv. et 345.

II. L'ARTICLE 2 C.C.S. DOIT-IL ÊTRE APPLIQUÉ D'OFFICE ?

Ce que nous venons de dire nous amène à examiner si l'obligation ou le devoir prescrit par l'art. 2, est d'ordre public et si l'abus de droit doit être pris d'office en considération par le juge.

La question s'est posée en Allemagne à propos du § 226. M. Crome¹ la résoud affirmativement parce qu'il s'agit là d'une disposition d'ordre public². Au contraire, M. Staudinger nie que le juge doive prendre d'office en considération un exercice chicaneux du droit. Il déclare que « s'il lésé n'invoque pas la chicane de son adversaire, cela montre expérimentalement qu'il ne la ressent pas. »³ M. Dernburg partage cet avis « parce qu'il s'agit de la protection d'intérêts privés. »

En droit suisse, la question peut paraître assez délicate, car non seulement le législateur statue formellement un devoir d'agir selon les règles de la bonne foi, mais encore, ainsi que nous l'avons admis, le droit moderne tend avant tout à atteindre le juste et à appliquer la loi selon son esprit. Il pourrait donc paraître choquant qu'un abus manifeste non protégé par la loi, déployât ses effets pour la simple raison que la victime ne l'a pas invoqué.

Nous pensons qu'il ne faut pas oublier pourtant que nous sommes ici dans le domaine du droit privé. Nous avons dit déjà qu'à notre avis, la disposition de l'art. 2, ne s'étend pas au droit pénal. Si, en droit pénal, l'autorité peut avoir intérêt, en vue du but à atteindre, à intervenir d'office lorsque la loi est violée, il n'en est pas de même dans le droit privé. Ici, un but social est aussi en cause : la nécessité de maintenir l'équilibre entre les différents droits privés qui s'opposent les uns aux autres ; mais il ne faut pas considérer cet équilibre comme quelque chose d'abstrait et d'extérieur aux volontés des sujets intéressés. Si le titulaire d'un droit ne se sent pas lésé par l'activité concurrente d'autrui dans le domaine privé, nous pensons que ce serait fausser le jeu du libre développement individuel lequel constitue encore la base de notre droit, que

¹ CROME : *System*, vol. 1, p. 531.

² En ce sens ENDEMANN, L. § 84^a, ch. 2, p. 423. (ERTMANN, *Kommentar*, ad § 226, 54, Vol. 1, p. 656.

³ STAUDINGER'S *Komm.* ad § 226. Rem. 6, vol. 1, p. 755. DERNBURG : *Bürgerl. Recht*, vol. 1, § 43, p. 110.

de faire appel à l'autorité du juge pour mettre fin à cette activité. Il va sans dire que nous ne parlons ici que de l'application du droit privé; en matière de droit public ou administratif, il en va différemment et l'autorité peut statuer des restrictions obligatoires à la liberté individuelle, restrictions dont la violation provoquera une intervention d'office. De même aussi, l'intervention d'office d'une autorité en cas d'abus de puissance paternelle (art. 285 CCS.) ou des tuteurs (art. 445), n'a rien de commun avec la question que nous discutons: car il s'agit de protéger un sujet de droit à capacité limitée.

On pourrait nous objecter, il est vrai, que par interprétation de l'art. 27 CCS. on devrait arriver à se prononcer pour l'application d'office par le juge de l'art. 2 en matière d'exercice abusif des droits, puisque nul ne peut renoncer, même partiellement, à la jouissance ou à l'exercice des droits civils et que c'est là évidemment une disposition d'ordre public. Il suffira d'observer que nous avons affaire ici à un renoncement volontaire et conventionnel qui restreint manifestement l'étendue du droit alors qu'en matière d'abus des droits, nous avons affaire à une activité débordante, occasionnelle, qui peut n'être pas ressentie par celui aux dépens duquel elle s'exerce. Cette activité ne deviendra même un abus et ne sera contraire aux règles de la bonne foi, que si la confiance légitime que l'autre partie pouvait avoir en celui qui exerce son droit a été trompée, c'est-à-dire si cette autre partie entend faire valoir son droit égal ou prépondérant.

Il en résulte à notre avis que l'abus du droit ne doit pas être pris d'office en considération par le juge, mais seulement à la demande des parties. Nous sommes, sur ce point, en désaccord avec le Tribunal fédéral¹ qui s'est exprimé nettement en faveur de l'application d'office par le juge du principe de l'art. 2. La question n'a d'ailleurs pratiquement pas grande importance, puisque l'abus du droit se présente le plus souvent là où le droit formulé est insuffisant et que, dans ce cas, le juge devra suppléer à la loi par les principes du *droit vrai*, dont l'art. 2 est précisément une expression. M. Trueb partage notre manière de voir sur ce point spécial².

Un exemple tiré de la pratique nous a été aimablement communiqué par M. le Dr Hedinger, sous-directeur de la Banque Cantonale de Bâle, et va nous permettre de constater que l'intervention d'of-

¹ A. T. F. 38, II, p. 463.

² Trueb, p. 118.

fi ce du juge pourrait devenir à son tour abusive. Dans une liquidation forcée par vente aux enchères, un immeuble estimé officiellement 60,000 fr. est adjugé au premier créancier hypothécaire pour la somme de 2000 fr. Pour le montant de cette première hypothèque, qui s'élève à 40,000 fr., les anciens propriétaires poursuivis, deux époux, sont tenus comme co-débiteurs solidaires. Le montant impayé de la créance (art. 158 et 265 LP.) s'élève à 38,000 fr. (40,000 fr. hypothèque, moins 2,000 fr., prix d'adjudication) et les époux demeurent responsables de ce montant.

Devra-t-on considérer comme un abus du droit, le fait du créancier de faire valoir le montant total impayé de sa créance, soit 38,000 fr., quoiqu'il possède l'immeuble, et le débiteur pourra-t-il invoquer l'abus du droit, si le créancier en perte a réussi, dans l'intervalle, à revendre l'immeuble pour 42,000 fr. et veut néanmoins poursuivre le débiteur pour le montant total de la somme impayée, soit 38,000 fr. ?

Il faut remarquer tout d'abord que, d'après sa jurisprudence constante, le Tribunal fédéral refusera d'appliquer à l'exception d'abus soulevée par le débiteur, l'art. 2 CCS., si ce débiteur se tient sur le terrain de la LP. ; mais il lui sera loisible d'agir par la voie d'une action ordinaire, de sorte que cette question n'a pas d'importance en l'espèce. Celle qui nous intéresse est de savoir si le juge devra prendre l'abus en considération d'office, dans le cas où l'application du critère des règles de la bonne foi ferait apparaître à l'évidence un exercice abusif du droit par le créancier.

Il nous semble que si le lésé ne fait pas lui-même valoir cette action ou cette exception d'abus de droit, alors qu'il y a un intérêt évident, le juge ne devra pas intervenir lui-même pour sauvegarder les droits de ce débiteur hénévole ou trop scrupuleux. En matière de droit privé, c'est au bénéficiaire d'un droit à l'invoquer s'il s'y croit fondé, mais le juge civil ne doit pas se substituer à lui et se faire en quelque sorte l'avocat ou le procureur général de l'ordre social.

Pour le surplus, il nous semble bien qu'on se trouve ici en présence d'un cas d'abus du droit; c'est en effet agir contrairement aux règles de la bonne foi et de l'ordre social que de vouloir exercer un droit, alors qu'on en a déjà retiré l'avantage qu'il devait procurer normalement. Cette question de la réclamation du montant impayé d'une créance à la suite de la procédure en réalisation forcée a fait l'objet d'une vive discussion à la réunion de la Société des juristes allemands en 1910.

L'art. 2 soulève encore deux questions assez importantes qu'il convient d'examiner : l'une se rapporte à la nature de l'exercice abusif du droit, l'autre à la nature du dommage ou de l'atteinte aux intérêts matériels ou moraux.

III. NATURE DE L'EXERCICE ABUSIF D'UN DROIT.

Sur ce point nous disons que l'abus du droit peut résulter soit d'un acte de commission, soit d'une omission. Au premier abord, il paraît un peu paradoxal d'admettre que le fait de s'être abstenu d'exercer un droit puisse constituer un abus de l'exercice de ce droit. La plupart des auteurs sont pourtant de cet avis, et à juste titre, semble-t-il.

Nous n'avons pas à reprendre ici la question de la faute par commission ou par omission. Depuis longtemps, en matière d'acte illicite, on admet que la faute peut être caractérisée soit par un acte, soit par le fait qu'on s'est abstenu d'agir, alors qu'on en avait l'obligation. Les Romains disaient déjà : « *Qui non facit quod facere debet, videtur facere adversus ea, quia non facit* » (D. 1. 17, 121).

Si l'on se trouve en présence d'une obligation d'agir fixée par la loi, ainsi, par exemple, en matière de voisinage et de servitude, ou par des règlements de police, destinés à maintenir l'ordre public, il n'y a nul embarras à admettre l'acte illicite quoique la faute consiste dans une omission ou dans une abstention (*culpa in omittendo*). « Mais, fait remarquer M. Fromageot ¹, la question est bien plus douteuse de savoir s'il y a faute en droit, lorsque le devoir qui a été omis était prescrit par la morale... Peut-on, en effet, soutenir que la loi fasse de tout devoir moral d'agir, un devoir juridique, de toute faute morale d'omission, une faute juridique ? »

Pour nous, la question n'a rien à voir avec la morale, mais bien plutôt avec les mœurs et avec les obligations prescrites par le devoir social. La difficulté n'est, dès lors, plus la même et il est facile de résoudre le problème, en s'aidant des théories que nous avons exposées déjà. Si le fait qu'on s'est abstenu d'agir est contraire au principe du droit vrai, il n'y a aucune difficulté à décider que l'omission est illicite, pourvu qu'elle tombe sous le coup de la loi ; or l'art. 41, 2^{me} al. CO. et l'art. 28 CCS. interprétés à la lumière de l'art. 2

¹ FROMAGEOT : *De la faute*, p. 82.

suffisent largement à faire cette preuve. Remarquons d'ailleurs que les cas où la loi ordonne de faire quelque chose sont relativement rares ; dès lors, les cas de faute par omission caractérisés, le seront aussi. Les plus fréquents se présenteront sous la forme d'abstention d'un acte, alors que les mœurs ou les règles de la bonne foi auraient commandé d'agir. Dans ces cas-là, l'individu avait strictement parlant, et à première vue, la faculté de ne rien faire, mais à ne rien faire, il n'engageait pas moins sa responsabilité ; on peut dire qu'il abusait de son droit de ne rien faire.

L'exercice des droits conformément aux règles de la bonne foi est un véritable devoir dans le système du Code civil suisse. En s'abstenant d'agir sous prétexte qu'il exerce un droit, le titulaire de ce droit manque donc, dans certains cas, à un devoir juridique ; il exerce ce droit contrairement à sa destination économique et sociale, il en abuse.

En définitive, l'abstention d'agir ne se caractérise pas autrement lorsqu'on exerce un droit, que lorsqu'on agit en vertu de la liberté générale. Celui qui, usant de son droit de propriété, place chez lui des substances dangereuses, sans prendre les mesures convenables pour empêcher un accident, de telle sorte qu'un sinistre se produit, celui-là abuse de son droit de propriété. Il en va de même d'un propriétaire qui, tolérant ordinairement le passage du public sur son terrain, y ferait faire des ouvrages dangereux sans barrer le dit chemin et sans donner avis du danger. Dans tous les cas de ce genre, on se trouve en présence d'une forme négative de l'exercice des droits, qui revêt le caractère d'un abus, bien qu'apparemment le titulaire du droit se tienne dans les limites de celui-ci. Il n'en est pas autrement, lorsque un ouvrier ayant des machines délicates et dangereuses à conduire et usant de son droit de grève, cesse le travail en omettant de les arrêter ou de prendre les précautions nécessaires pour éviter des accidents.

En résumé, on peut donc admettre que l'abus du droit, avec les conséquences qu'il entraîne, peut résulter aussi bien d'une omission que d'un acte de commission ; le premier cas se présente toutes les fois que dans l'exercice d'un droit une obligation d'agir résultait des principes du *droit vrai* et qu'il n'y a pas été donné suite¹. Ici encore, l'application stricte de l'art. 2 nous permet de nous maintenir exactement dans les limites de la théorie générale de la responsabilité.

¹ En ce sens STAMMLER : *Die Lehre*, p. 488.

IV. NATURE DU DOMMAGE CAUSÉ PAR L'ACTE ABUSIF.

Il nous reste à examiner une dernière question à propos de l'application de l'art. 2 CCS., celle de la nature du dommage, conséquence de l'acte abusif. Nous avons vu plus haut que l'abus se caractérise comme un acte illicite, c'est-à-dire comme une atteinte aux droits ou aux intérêts légaux d'autrui. Cette atteinte peut être matérielle ou morale, c'est-à-dire qu'elle peut affecter soit les biens patrimoniaux, soit la situation morale ou économique, ou encore la santé de la victime de l'abus.

Du moment que nous rangeons l'exercice abusif des droits au nombre des actes illicites, c'est la théorie générale de la responsabilité qui servira, en principe, à apprécier la nature du dommage causé par l'abus. Ainsi, celui qui abuse de son droit et porte préjudice à autrui par un acte de concurrence déloyale, peut lui causer un préjudice aussi bien moral que matériel.

De même, dans le cas célèbre cité par M. Eug. Huber du propriétaire qui, ayant résilié régulièrement le bail, oblige son locataire à quitter son appartement, bien que ce locataire soit dangereusement malade et alors que le logement ne sera pas occupé immédiatement, nous nous trouvons en présence d'un cas typique d'application de l'art. 2 dans lequel c'est la santé de la victime de l'abus qui est en jeu.

Au surplus, nous avons élucidé déjà¹ le problème des moyens que le législateur met à la disposition de la victime pour y parer. Nous avons vu qu'elle peut demander, comme en matière d'acte illicite, non seulement la réparation morale ou des dommages-intérêts, en cas de dommage matériel, mais aussi l'intervention du juge, avant même que le dommage l'ait atteinte, dans le but de l'éviter. Ainsi, le locataire malade menacé d'expulsion demandera que le juge l'autorise à rester dans le logement jusqu'à ce qu'il soit à même de supporter le déplacement.

Sur ce point spécial, la théorie très élargie de la responsabilité que nous préconisons, dépasse de beaucoup les limites de celle de l'acte illicite au sens strict, telle que la consacre notamment le B. G. B. dans ses § 823 et 826. Le droit allemand actuel en effet, ne permet

¹ Voir plus haut p. 286 et suiv.

pas de confondre les solutions du droit des obligations (*Forderungsrecht*), qui statue sur les droits relatifs, et celles des droits absolus et exclusifs, qui peuvent être invoqués en dehors de tout lien entre créancier et débiteur. Il est vrai que le *Reichsgericht* a passé outre dans certains cas, mais à tort, selon la plupart des auteurs. M. CERMANN dit à ce sujet : « On peut encore bien moins approuver la doctrine exprimée quelquefois, et même sanctionnée en pratique par le *Reichsgericht*, d'après laquelle le droit des obligations comporte une action en cessation du dommage contre qui que ce soit (*Unterlassungsanspruch*) (voir Rem. prélim. 4 ad § 823), et cela qu'on fasse dériver cette action, soit du droit des obligations lui-même comme tel, soit d'un droit spécial personnel et exclusif. Ce double point de vue des relations d'obligations, suivant lequel ces dernières seraient non pas seulement un rapport interne entre créancier et débiteur, mais aussi à l'extérieur un lien juridique protégé absolument, analogue aux droits réels, est possible conceptuellement et a peut-être l'avenir pour lui, mais ne peut être déduit du droit actuellement en vigueur ¹. »

Il semble bien que le CCS., par l'extension qu'il a donnée à la théorie de la responsabilité, ait sanctionné partiellement cet état de droit, dont M. CERMANN reconnaît la possibilité. Les art. 2 et 28 CCS. notamment ne laissent aucun doute à cet égard. C'est pourquoi on peut admettre que le droit relatif, créé par exemple entre le bailleur et le locataire, dans le cas particulier que nous venons de citer, peut légitimer le lésé, soit à réclamer des dommages-intérêts, si un dommage matériel a été subi, ou une réparation morale, le cas échéant, soit à demander de faire cesser l'activité qui provoquera le dommage ².

Il est d'ailleurs bien entendu que ce sont les intéressés seuls qui peuvent se mettre au bénéfice des dispositions de l'art. 2, 2^me al. et par intéressé, il faut entendre celui ou ceux qui subissent une atteinte illicite dans leurs droits ou leurs intérêts.

¹ CERMANN : *Recht der Schuldverhältnisse. Vorbemerkungen*, N° 3, p. 1 et 2.

² M. ROSSER admet lui-aussi que la sanction de l'art. 2 consiste dans la faculté de pouvoir faire ordonner la suppression de l'abus et dans celle de demander la réparation du tort éprouvé. ROSSER et MERTHA I, p. 68, ad art. 2 CCS.

V. RELATIONS ENTRE LES DEUX ALINÉAS DE L'ART. 2 C.C.S.

Nous avons étudié jusqu'ici l'art. 2 d'une manière générale dans son application technique, en unissant intimement ses deux alinéas. Il semblait au début de notre étude que le 2^{me} al. seul eût trait à la théorie de l'abus du droit; c'est en considérant de plus près le mécanisme de l'exercice des droits que nous sommes arrivé à la conclusion que les deux parties de cet article forment un tout. Bien plus, à notre avis, c'est la disposition obligeant chacun à exercer ses droits et à exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi qui est essentielle en matière d'abus du droit; c'est elle, en effet, qui marque la limite objective de l'exercice des droits. Quant à l'al. 2, il paraît avoir été inséré dans la loi pour ne pas renoncer entièrement à la disposition de l'art. 644 du projet rappelant elle-même le § 226 B. G. B. Il semble qu'on ait craint de ne pas faire figurer au nombre des principes généraux d'une législation moderne, l'énoncé d'un problème aussi à l'ordre du jour que celui de l'abus.

N'est-ce pas M. Eug. Huber rapporteur allemand au Conseil national qui disait¹: « A vrai dire, ce principe que l'abus ne doit pas être protégé par la loi est si naturel, que cela va de soi, si on considère les choses de près; toutefois, il mérite de trouver place dans le Code à cause de sa haute signification. »

M. Huber aurait raison si, par ailleurs, la disposition de l'art. 2, 2^{me} al. ne prêtait le flanc à la critique. Simple disposition d'ordre secondaire, qui ne fait que répéter sous une autre forme, moins précise, le principe contenu au 1^{er} al., ou mieux qui exprime une des espèces les plus fréquentes d'application de cet alinéa, elle a déjà induit en erreur de nombreux auteurs par son caractère vague et général. Les praticiens du droit y ont vu une panacée universelle pour assurer le couvert du droit à toute espèce de prétention qui semble protégée par l'équité, par le bon sens ou par la morale. Le Tribunal fédéral semble s'être aperçu dès l'entrée en vigueur du Code du danger que présente cette disposition en apparence très libérale. Dans la jurisprudence publiée jusqu'à ce jour, il a toujours évité de faire application de l'art. 2, 2^{me} al. bien que les parties ne

¹ Bulletin sténog. 1906, p. 1087.

se fissent pas faute de l'invoquer. Il a refusé d'y voir l'expression de la théorie de l'abus dans le Code et a presque toujours réuni les deux alinéas ; pour lui, cet article forme un tout unique et ses deux parties ont le même but ¹.

Cette grande réserve du Tribunal fédéral dans l'application de l'art. 2, 2^{me} al. provient certainement du fait que dans tous les cas, les dispositions du 1^{er} al. qui, lui, est fort souvent cité, permettent d'arriver au même résultat. Dans ces conditions, et sans doute à cause de l'imprécision des termes de l'al. 2, le Tribunal fédéral renonce en pratique à l'appliquer. Faisant un pas de plus, nous sommes tenté de dire que cette disposition est non seulement de peu d'utilité, mais qu'elle est complètement superflue et même dangereuse. Par l'expression *abus manifeste d'un droit*, elle introduit dans le texte légal une notion élastique, susceptible d'interprétations fort diverses et qui a déjà suscité de nombreuses confusions dans la doctrine.

On peut donc conclure qu'en regard du 1^{er} al. de l'art. 2, le 2^{me} al. est une disposition purement décorative et qui pourrait être supprimée sans inconvénient, sans pour cela porter en rien atteinte à la théorie de l'abus du droit, que nous avons cherché à caractériser.

§ 14. Essai général d'application de la théorie de l'abus du droit aux conflits du travail.

I. GÉNÉRALITÉS.

La nature même du problème de l'abus du droit emporte ce résultat, signalé déjà à diverses reprises, que c'est dans les domaines où l'évolution économique et sociale a été le plus marquée au cours du dernier siècle, qu'apparaissent aussi les cas les plus fréquents d'application de notre théorie. L'abus est l'indice d'un désaccord entre le droit formulé et le *droit vrai* : c'est donc tout naturelle-

¹ L'art. 2, dit-il, dans un arrêt déjà cité du 6 mai 1914 (A. T. F. 50, III, p. 160) doit aplanir ces accidents de terrain du droit écrit en donnant expression par l'indication du concept de la bonne foi, au principe général que des exigences qui ne servent pas à la protection d'un intérêt légitime et dont la satisfaction léserait de justes intérêts, ne peuvent être protégés.

ment là où les mœurs et l'organisation sociale se transforment rapidement, que le droit formulé perd pour ainsi dire pied et devient inopérant. Aucun domaine de la vie sociale n'a subi depuis cent ans une évolution aussi complète et aussi constante que celui des conditions du travail et de l'organisation de la vie industrielle et économique. Il suffira de rappeler que la Révolution a sapé par la base l'ancien régime des corporations et a proclamé la charte des libertés individuelles, comprenant entre autres la liberté du travail, du commerce et de l'industrie, et de mettre en regard de cette organisation purement individualiste le système syndicaliste et protectionniste, qui caractérise toute l'économie sociale à la fin du XIX^e et au commencement du XX^e siècle, pour se rendre compte du chemin parcouru. Il devoit en résulter nécessairement que les lois formulées, ne pouvant suivre ce mouvement d'évolution, se révélaient à chaque instant insuffisamment adaptées aux besoins de la société, exprimés juridiquement par le *droit vrai*. Faute de dispositions formelles réglant d'une manière générale les conflits des droits individuels entre eux, les abus de droit, qui côtoient la ligne séparant la légalité de l'illégalité, étaient inévitables. L'histoire de ce que nous appelons les conflits du travail est, au cours du XIX^e siècle, une illustration merveilleuse de notre théorie de l'abus du droit et un champ d'application immense, où la doctrine et la jurisprudence ont longtemps erré, et errent encore comme dans un maquis et sans parvenir à en sortir¹.

L'étude de la théorie de l'abus du droit dans ses applications aux conflits du travail constituerait une œuvre passionnante, mais d'une telle envergure qu'elle remplirait aisément des volumes et serait le travail de plusieurs années. Il faudrait commencer par examiner et caractériser les droits qui donnent naissance à ce que nous appelons du terme générique de conflits du travail, et qui sont tous les droits dérivant de l'activité économique et industrielle, envisagés dans les rapports entre ouvriers et patrons : droit au travail, droit d'association professionnelle, droit de commerce et d'industrie, droit de grève, droit de boycott, etc. Pour arriver à délimiter ces droits, il faut en étudier l'histoire, depuis leur naissance à l'époque de la Révolution, et même antérieurement, jusqu'à leur état actuel. Il

¹ M. Bosc déjà fait remarquer (p. 120) que « c'est au sujet des louages de services que se sont produits presque tous les essais d'une construction juridique de l'abus du droit. »

faut notamment examiner de près l'histoire des groupements professionnels qui est liée intimement à tout ce qui a trait au droit au travail. L'importance de ces groupements est telle qu'on a pu dire de la loi du 21 mars 1884 présentée à la Chambre française par M. Waldeck-Rousseau, et consacrant le droit à l'existence des syndicats en France, qu'elle était la plus importante du siècle. Cette importance vient de ce que ces groupements sont l'expression de la « solidarité réelle et positive », qui est la marque de la société moderne et dont M. Paul-Boncourt donne la définition suivante : « c'est le phénomène par lequel l'acte accompli par l'individu, membre d'un groupe, a son incidence sur les autres membres de ce groupe et qui crée ainsi entre tous les membres du groupe une dépendance réciproque ¹ ».

Une des caractéristiques de notre époque au point de vue juridique, est l'importance prise par l'idée de solidarité et d'interdépendance des individus composant le corps social. Cette idée est la résultante de l'organisation du monde moderne élaboré par la grande industrie et le système capitaliste.

Ce qui complique encore à notre avis l'étude de la théorie de l'abus du droit en matière de conflits de travail, c'est que toutes ces questions se présentent sous deux faces : d'un côté, le point de vue sociologique et économique, ou mieux encore politique, qui soulève les problèmes brûlants de l'organisation du monde moderne préconisée par le socialisme, de l'autre, le point de vue juridique, qui ne doit pas se départir de l'impartialité requise de la science du droit et qui doit juger de ces faits, non pas d'après le sentiment ou le bien-être désirable, mais d'après les lois établies et le *droit vrai*, c'est-à-dire en se plaçant au-dessus des passions politiques et sociales.

Les deux grandes théories dominant la liberté du travail et le droit au travail qui en dérive, sont l'individualisme et le libéralisme. Dans la société humaine, l'individualisme est la seule conception rationnelle du but final de l'humanité. Comme le dit M. Paul-Boncourt, « on ne saurait trop remarquer, que même les doctrines, qui semblent étendre le plus les droits de la société, telles que le socialisme d'Etat ou le collectivisme, ne le font en réalité que pour l'avantage de l'individu et parce qu'elles pensent que, l'individu vivant en société, c'est l'ensemble des individus, la société, dont il

¹ PAUL-BONCOURT, *op. cit.* p. 8.

faut se préoccuper avant tout dans l'intérêt même du développement de tous les individus »¹.

Mais l'individualisme, à son tour, doit être complété dans une autre direction par le libéralisme, qui lui, aspire à la liberté de développement de l'individu, seule conception qui respecte la volonté et l'intelligence de l'homme. Sans la liberté, le droit et la justice ne sont pas réalisables. C'est par la liberté seulement que l'homme peut réaliser l'idée de progrès qui est la condition de son développement. « Il faut que chaque individu soit libre, mais il ne le sera que s'il accorde aux autres une part de liberté égale à la sienne »². C'est là l'idée fondamentale de la solidarité ; « la protection de la personnalité suppose une certaine restriction de la liberté ».

Le respect des théories de l'individualisme et du libéralisme, fondements de la société humaine qui régissent le principe de la liberté du travail, n'exclut donc nullement la nécessité de l'intervention sociale en ces matières. De même que l'État est intervenu pour statuer comment les différents droits de propriété co-existeraient dans la société et pour en rendre l'accord possible, de même aussi il doit intervenir en matière de liberté du travail et la soumettre à la réglementation de la loi, non seulement pour empêcher l'empiétement mutuel des différents droits, mais surtout pour assurer l'exercice effectif de la liberté du travail, avec ses corollaires dérivant de la solidarité humaine, liberté qui est gravement compromise par la forme de la grande industrie moderne. Il importe que l'ouvrier, qui, juridiquement, jouit des mêmes droits que le grand patron ou l'administrateur d'une société anonyme, soit à même d'exercer ses droits, sans succomber à l'emprise du machinisme. De même, il faut qu'en face de la formidable puissance acquise par les groupements professionnels ouvriers, connus principalement sous le nom de syndicats, le petit industriel conserve son droit au travail, sa liberté de commerce et d'industrie. En matière de liberté du travail, c'est-à-dire de liberté dans le contrat de travail, il s'agit plus que partout ailleurs, d'arriver à établir l'équilibre entre des droits opposés, soit entre les deux éléments qui concourent au contrat de travail : patrons et ouvriers. Il est faux de prétendre, comme le fait M. Paul-Boncourt³, qu'avec le système

¹ PAUL-BONCOURT, *op. cit.* p. 37.

² EGGER : *L'idée de la liberté au temps présent*, p. 22.

³ PAUL-BONCOURT, *op. cit.* p. 80 et suiv.

de la grande entreprise, cet équilibre est nécessairement rompu aux dépens de l'ouvrier. C'était peut-être le cas en France avant la loi de 1884, mais il n'en est plus de même actuellement.

Pour éviter l'arbitraire et rester sur le terrain du droit, il est nécessaire que les lois sociales soient élaborées, non pas par des coteries politiques et sociales, mais que l'ensemble des intéressés, c'est-à-dire tous les sujets de droit, accepte les restrictions que doit subir la liberté de chacun dans l'intérêt de l'ensemble.

Par la répercussion immense qu'exercent les lois réglant la liberté du travail sur la destinée même de l'État, ces dernières ne relèvent pas seulement du droit privé, mais aussi du droit public. « Dieu a fait du droit au travail, selon les physiocrates, la propriété de chaque homme, parce qu'il lui a donné des besoins, qui ne peuvent être satisfaits que par le travail. Et cette propriété est la première, la plus sainte, la plus imprescriptible de toutes »¹.

L'étude de toutes les questions posées par la liberté du travail et par l'exercice des droits qui en dérivent, nécessiterait l'analyse de la formation et du développement historique des associations ouvrières et patronales sous leurs formes multiples, les syndicats, les trusts, les cartels, etc. ; elle exigerait l'examen de leurs moyens d'action, la grève, le boycott, le lockout, la mise à l'index, le *picketing*, etc., et la recherche des limites du but social légitime poursuivi par chacune de ces associations. Il apparaîtrait alors avec une grande netteté que si les cas d'abus du droit sont si fréquents dans ces différents domaines, c'est que le développement constant et progressif du droit au travail au cours du XIX^e siècle s'est produit avec une telle rapidité, aidé qu'il était par le mouvement socialiste, que les lois souvent n'ont pu déterminer avec suffisamment de précision son étendue exacte. La législation de la Révolution notamment, rendue nécessaire par les tendances nouvelles de l'époque, a eu pour conséquences un développement industriel extraordinaire, mais très vite, cette législation ne fut plus en harmonie avec les conditions économiques du moment. Or nous avons dit et répété souvent que plus les limites d'un droit sont imprécises, moins l'équilibre entre deux droits est maintenu par la loi, et davantage apparaissent les cas d'abus, c'est-à-dire les cas où quelqu'un, prétendant exercer un droit, se trouve en réalité en dehors des limites marquées par le but final du droit, qui est l'équilibre des intérêts sociaux.

¹ LUJO BRENTANO : *La question ouvrière*, p. 26 et 27, cité par M. Paul-Boncourt, p. 34.

La Révolution n'a pas traduit dans ses lois d'une manière parfaitement adéquate le principe idéal de la liberté du travail. « Elle a posé l'homme abstrait et ce fut aux lois postérieures d'en faire un homme concret et vivant »¹. Or, tandis que cette législation était loin d'être achevée et ne l'est pas encore à l'heure actuelle, la réalité vivante, infiniment complexe, continuait à nécessiter des solutions juridiques, d'où l'obligation de recourir aux principes généraux d'application du droit, les seuls immuables, si l'on veut atteindre le *droit vrai*.

Les quelques réflexions qui précèdent permettent de se rendre compte de l'intérêt que présenterait une étude approfondie des conflits du travail et de leur application aux théories de l'abus du droit ; mais elles suffisent aussi à montrer l'étendue d'un pareil sujet et, sans vouloir faire tort à ceux qu'il a tentés, nous ne craignons pas d'avancer que jusqu'ici cette étude n'a pas été faite complètement et d'une manière rationnelle. Il semble en particulier que beaucoup d'auteurs, dans leur étude de l'application de l'abus du droit à l'exercice du droit de grève, au boycott et aux conflits du travail en général, ont commis l'erreur de ne pas envisager ces droits d'une manière suffisamment synthétique et de ne pas chercher à mieux tenir compte de l'évolution sociale générale, qu'ils caractérisent. Ils ont catalogué et classé les cas où l'exercice du droit en matière de conflits de travail entraîne ou n'entraîne pas de responsabilité, au lieu qu'il faudrait les soumettre à un principe dirigeant, en relation avec la théorie de l'abus.

Nous exceptons de ce reproche le travail remarquable de M. Paul-Boncourt déjà cité à diverses reprises. Signalons en particulier sa théorie intéressante sur la tendance actuelle des syndicats professionnels à se grouper et à exercer la souveraineté, qui produit en Angleterre un véritable « fédéralisme économique, procédant de l'agrégation successive des souverainetés éparées des Trade-Unions »². Signalons aussi cette conclusion remarquable quelle qu'en soit la portée au point de vue politique : « L'avenir est aux groupements qui se contentent de la souveraineté et ne poursuivent pas le monopole »³.

¹ BOURGEOIS, dans la *Revue de Paris* 1898 ; voir aussi HENRY MICHEL : *L'idée de l'Etat*, notamment p. 76.

² PAUL-BONCOURT, *op. cit.* p. 201 et suiv.

³ PAUL-BONCOURT, *op. cit.* p. 197.

Notre étude de l'application de la théorie de l'abus aux conflits du travail se bornera à retenir quelques cas typiques et souvent célèbres, tranchés par la jurisprudence, et à examiner les solutions qu'ils ont provoquées à la lumière des résultats obtenus par nous jusqu'ici. Ce sera une simple indication des chemins à suivre pour appliquer notre théorie de l'abus dans un des domaines les plus complexes de la science juridique moderne, en même temps qu'un moyen de vérifier si notre conception, et en particulier le critère que nous avons admis, est susceptible d'application pratique.

II. DÉLIMITATION DU PROBLÈME DE L'ABUS EN MATIÈRE DE DROIT AU TRAVAIL, DE DROIT D'ASSOCIATION PROFESSIONNELLE, ETC.

L'abus du droit, avons-nous dit plus haut, est caractérisé par le fait qu'un droit subjectif est exercé contrairement au but final du droit, à sa destination économique et sociale, et ce sont les règles de la bonne foi qui servent de critère à l'exercice normal. Ces règles se traduisent elles-mêmes dans la pratique par une série d'éléments objectifs, tels que l'intérêt poursuivi par celui qui exerce le droit, les mœurs et le respect du droit à l'existence sociale, qui est le fondement même des droits individuels. En appliquant ces différents principes à l'étude de l'exercice des droits en rapport avec la vie économique (droit au travail, droit de grève, etc.), nous arriverons à démarquer avec certitude les cas où l'exercice de ces droits devient abusif.

Le premier et le principal des droits qu'il convient d'examiner dans ce domaine est le droit au travail. Proclamée par la Révolution française, la liberté du travail a été invoquée pour atteindre les buts les plus divers au cours du XIX^e siècle. Elle signifie que chacun a le droit de travailler et d'engager son activité professionnelle librement, sans contrainte ou sujétion. La liberté du travail, c'est le respect de l'individu dans un de ses biens les plus précieux : le droit à exister économiquement et à exercer son activité vitale.

La liberté du travail, d'où découle le droit au travail libre, est une application spéciale de la liberté générale, proclamée dans la nuit du 4 août 1789 en ces termes : « La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi l'exercice des droits naturels de cha-

que homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ». Ce principe général est à la base de toutes les législations modernes, mais au cours de l'évolution économique du XIX^e siècle, il n'eut son plein effet, en matière de liberté du travail, que lorsqu'il fut complété par la liberté et le droit d'association professionnelle, ainsi que par une série d'autres droits établis par la législation au fur et à mesure que se développait le mouvement social. La liberté du travail est un principe général d'où sont nées des règles de droit positif. Elle n'est pas, à vrai dire, une règle du droit objectif formulé, mais plutôt une forme d'expression du droit naturel, « si l'on veut bien ne pas entendre par droit naturel autre chose qu'un idéal philosophique, conçu par la raison, que poursuit le droit positif et qu'il réalise partiellement et imparfaitement »¹.

En droit positif, le grand principe de la liberté du travail s'est traduit par une série de dispositions législatives sur le contrat de travail (CO. art. 319 et suiv., spécialement 326, C. C. F. art. 1780, B. G. B. § 611 à 630), sur la liberté d'association et les groupements professionnels, sur la concurrence déloyale, sur les droits de la personnalité en général (C. C. S. art. 28), etc.

La liberté du travail, proclamée par la Révolution comme un principe de droit public, a subi bientôt des atteintes diverses, du fait de l'insuffisance des dispositions législatives destinées à la protéger. D'une part, le Code Napoléon dans sa rédaction primitive et malgré son laconisme en matière de contrat de travail (art. 1780 et 1781), mettait les ouvriers sous la complète dépendance du patron²; d'autre part, les abus et les dangers créés par les associations ouvrières et patronales (corporations, compagnonnages) à l'époque qui précéda la Révolution, amenèrent une réaction violente contre toute espèce d'associations; on proclama le droit de l'individu au travail libre, mais en même temps, on interdit l'union des forces économiques individuelles, dans le but d'éviter tout privilège et tout favoritisme. Cette période de liberté individuelle farouche ne

¹ PAUL-BONCOURT, *op. cit.* p. 27.

² Le contrat de louage de services dans sa forme vague et générale permettait à l'employeur d'abuser de sa puissance plus grande vis-à-vis de l'employé. L'art. 1781 C.C.F. (abrogé par la loi du 2 août 1888) stipulait: « Le maître est cru sur son affirmation: pour la quotité des gages; pour le paiement du salaire de l'année échue; et pour les acomptes donnés pour l'année courante. »

dura guère ; aussitôt après la Révolution, Bonaparte s'appliqua à recréer des corps constitués dans plusieurs domaines. C'est ainsi que dès l'an XI, les employeurs peuvent s'associer et que leur coalition n'est réprimée par la loi qu'autant qu'elle est injuste et abusive. Par contre, les associations d'ouvriers restent sévèrement interdites et c'est par là que le système de liberté de la Révolution commença à dégénérer. L'art. VII de la loi du 22 Germinal, an XI, relative aux manufactures, fabriques et ateliers disait notamment : « Toute coalition de la part des ouvriers pour cesser en même temps de travailler, interdire le travail dans certains ateliers, empêcher de s'y rendre et d'y rester avant ou après certaines heures, et en général pour suspendre, empêcher, enchérir les travaux, sera punie s'il y a eu tentative ou commencement d'exécution, d'un emprisonnement qui ne pourra excéder un mois »¹. L'art. 415 du Code pénal de 1810 a accentué encore les peines prévues pour réprimer les coalitions ouvrières (voir également l'art. 416 C. P.).

Ce n'est que peu à peu que le droit au travail libre et celui d'association furent reconnus par la loi ; mais le droit d'association resta accompagné de nombreuses restrictions en ce qui concerne les groupements ouvriers ; exercé par les ouvriers, ce droit apparaissait en effet, du point de vue politique, non pas comme un principe fécond de développement social, mais comme un danger pour l'État. A cette époque, on réprimait pénalement toute violation ou tout usage abusif de ce droit. Il fallut un siècle de luttes économiques et sociales, marqué par le développement industriel dû à la fabrique, au machinisme, et aux multiples formes de la vie économique moderne, pour arriver à retrouver le grand principe de la Révolution : les droits égaux de tous les individus à l'existence économique. Et encore est-ce trop peu de parler d'un siècle de luttes, puisque nous sommes à l'heure actuelle en pleine évolution.

Aujourd'hui d'ailleurs, dans beaucoup de domaines touchant à la vie économique, le problème a changé de caractère ; ce ne sont plus les abus des patrons qu'il faut craindre, mais bien ceux qui résultent de la protection très grande accordée par la loi aux ouvriers dans l'exercice de leur droit au travail, et cela souvent au détriment des employeurs. Il est trop tôt, semble-t-il, en ce moment plus que jamais, pour fixer dans leur forme définitive et dans leur contenu, les différents droits qui découlent de la liberté du travail.

¹ Voir *Bulletin des Lois*, 3^{me} série, B. 270, N^o 2677.

Reconnue comme un droit de l'individu vis-à-vis de l'Etat, elle est en pleine transformation en tant qu'émanation de la liberté individuelle, et, dans les rapports de droit privé, il est difficile de préciser ses limites. On ne peut que constater l'existence de certains droits et étudier comment ils doivent être exercés pour ne pas dépasser les limites que leur imposent les règles de la bonne foi. C'est l'évolution même de ces droits, et en général l'état de gestation du monde social moderne, qui donne à la théorie de l'abus du droit en matière de conflits du travail une telle actualité. Mais en même temps, l'imprécision et les fluctuations constantes des limites de ces droits empêchent de fixer d'une manière rigoureuse les règles de la bonne foi dans ce domaine et de déterminer notamment le point où un droit commence à être exercé contrairement à sa destination économique et sociale.

L'Angleterre est, en matière de conflits du travail et de réglementation des rapports entre patrons et ouvriers, à la tête des Etats européens. Dès le début du XIX^e siècle, le droit de coalition des ouvriers pour sauvegarder leur liberté professionnelle était admis dans ce pays. Un bill de 1824 édicte une série de dispositions limitant le droit de coalition, mais le reconnaissant néanmoins, en principe tout au moins ; c'est là une disposition extrêmement libérale pour l'époque. Peu après, l'Act de 1825 vint restreindre la portée de cette liberté, en interdisant les coalitions en général, sauf à faire une exception en faveur des coalitions motivées par des questions de salaires et d'heures de travail. Ces dispositions sur la liberté du travail et le droit d'association furent élargies encore par un bill de 1871, qui reconnaissait l'existence des syndicats et, en 1875, par le « *Conspiracy and protection of property Act* », qui admet, entre autres, la validité du contrat collectif, puis par le « *Trade disputes Act* »¹.

Les diverses étapes marquant le développement de la législation anglaise se retrouvent dans tous les pays d'Europe. Partout, nous constatons que la liberté de travail est proclamée en principe, mais qu'en fait elle est exclue à l'origine, par l'interdiction du droit d'association², seul moyen qui permette à l'ouvrier de sauvegarder ses

¹ Voir pour toutes ces questions d'histoire du droit d'association et des syndicats en Angleterre et en France, l'excellent résumé de M. DE LAMAZE : *Les limites du droit de grève*, p. 73 et suiv.

² Voir pour la France la loi des 14-17 juin 1791, votée sur la motion de Le Chapelier, qui interdisait d'une manière absolue les associations professionnelles sous quelque forme que ce soit.

droits contre ceux des employeurs, surtout dans la grande industrie. Peu à peu, le droit d'association fut reconnu aux ouvriers, mais entouré d'une série de restrictions et ce n'est qu'après des luttes dont l'histoire remplit tout le XIX^e siècle, et dont les principales manifestations sont les grèves, les mises à l'index, les boycotts, le *picketing*¹, sous toutes ses formes, etc., que le droit d'association finit par obtenir gain de cause. En France, ce droit fut consacré définitivement par la loi du 21 mars 1884, relative à la création des syndicats professionnels².

L'histoire de ce développement de la liberté du travail, souvent en conflit avec la liberté d'association, est des plus intéressante, mais nous entraînerait trop loin. Bornons-nous à remarquer qu'en Suisse, au point de vue du droit public, c'est-à-dire en ce qui concerne les rapports entre l'individu et l'Etat, la liberté du travail est garantie par l'art. 31 de la Constitution fédérale sous l'appellation de liberté de commerce et d'industrie. Dans le même domaine du droit public, l'art. 56 de la Constitution fédérale statue que « les citoyens ont le droit de former des associations, pourvu qu'il n'y ait dans le but de ces associations ou dans les moyens qu'elles emploient rien d'illicite ou de dangereux pour l'Etat. » La liberté de commerce et d'industrie et celle d'association se sont développées historiquement en opposition à l'asservissement où se trouvait l'industrie du Moyen âge³. L'art. 56 C. F. figurait déjà dans la Constitution de 1848; quant à l'art. 31, il date de 1874.

Ces deux dispositions constitutionnelles démontrent qu'en Suisse, les droits individuels reconnus couramment aujourd'hui, mais dont l'introduction dans certains pays ne se fit pas sans luttes, furent garantis de bonne heure déjà, et sans autres restrictions que celles exigées par l'ordre social lui-même. Toutefois ces deux grands principes de la liberté de commerce et d'industrie et de la liberté d'association portent nettement le caractère de règles de droit public. Ils protègent l'individu contre les restrictions de police éma-

¹ On entend par *picketing* l'organisation par les grévistes de postes de surveillance ou d'espionnage destinés à assurer l'efficacité de la grève, même par la violence, « en épiant ou en assiégeant la maison où d'autres travaillent, habitent, exercent quelque industrie ou se trouvent par hasard. » (Texte du *Conspiracy and protection of property act.*)

² Voir en particulier les art. 1, 2 et 7, *Bulletin des lois*, 12^{me} série, B. 846, N^o 14358.

³ SALIS: *Droit public suisse*, Vol. 2, N^o 742, p. 540.

nant de l'Etat. Il ne peut donc y avoir violation de la liberté de commerce et d'industrie, que « lorsqu'une disposition de droit public restreint le travail de l'individu » et sous réserve des restrictions formulées par les articles constitutionnels eux-mêmes ou par les lois ou règlements qui en découlent. La liberté de commerce et d'industrie, au sens de la constitution, signifie que l'Etat ne peut porter atteinte à une activité humaine quelconque poursuivant un but de gain dans les limites des mœurs et des lois. C'est un droit garanti à l'individu vis-à-vis de l'Etat ¹.

Mais il est essentiel de remarquer que cette disposition de droit public ne touche nullement, en principe, au domaine du droit privé. Les rapports conventionnels entre individus peuvent limiter ou modifier à leur gré, sous réserve des restrictions que nous exprimons plus loin, les droits de travail ou d'association. Tous les commentateurs de notre Constitution font très nettement la différence entre le point de vue du droit public et celui du droit privé. « Si de ces rapports de droit privé, dit M. de Salis, découle une restriction de l'activité professionnelle de l'individu, elle doit être jugée exclusivement d'après les principes du droit privé... et ce n'est pas violer la liberté de commerce et d'industrie que de restreindre ou même d'empêcher absolument l'activité industrielle d'une personne déterminée, quand on a pour le faire des raisons tirées du droit privé. ² »

En droit privé, c'est dans l'exercice de la liberté générale compétant à chaque sujet de droit, liberté qui se trouve pour ainsi dire canalisée, ou exprimée sous ses aspects les plus usuels, dans les différents droits individuels, ainsi que nous l'avons vu plus haut, qu'il faut chercher la justification du droit au libre exercice de la profession, du droit de former des associations professionnelles, etc. Il n'en reste pas moins vrai que c'est parce que l'Etat considère ces différentes formes d'exercice de la liberté comme conformes au but général poursuivi par la société humaine, que ces droits peuvent être rangés au nombre de ceux qui sont reconnus aux sujets de droit; c'est parce qu'ils ont été en quelque sorte condensés dans les législations modernes, qu'ils constituent bien des droits individuels exclusifs.

¹ Cf. BURCKHARDT: *Kommentar der schweiz. B. V.* 3^o édition ad art. 81, p. 252. Il en va de même dans le domaine de la liberté d'association; voir BURCKHARDT, ad art. 56, p. 538 et suiv.

² SALIS, *op. cit.* Vol. 2, p. 541.

Dès qu'on veut apprécier l'étendue de l'exercice licite de ces droits, c'est dans les principes généraux du droit privé qu'il faut chercher des normes directrices. Les droits individuels, de même que la liberté générale ne peuvent être exercés d'une façon illimitée et nous avons étudié longuement plus haut quand l'exercice d'un droit est licite et quand il est illicite. Ici, comme ailleurs, on aura recours au grand principe qui veut que les droits soient exercés conformément aux règles de la bonne foi. Il importait toutefois d'insister sur cette distinction entre le domaine du droit public et celui du droit privé. Comme le fait remarquer M. Burckhardt¹ : « C'en est pas d'une question relevant de la liberté de commerce et d'industrie qu'il s'agit, lorsque celui qui exerce une profession n'est pas admis dans une association professionnelle par ceux qui exercent la même industrie ou lorsqu'il en est exclu². »

De même en matière de droit d'association, l'art. 56 C. F. règle seulement la condition des individus, en tant que fondateurs ou membres d'une association, à l'égard de l'Etat, et non pas à l'égard d'autres sujets du droit privé. M. Burckhardt³ dit à ce sujet : « La réglementation des associations poursuivant des buts professionnels n'est nullement réglée préjudiciellement par l'art. 56 C. F., pour autant que le principe de l'égalité juridique est respecté. On ne peut pas déduire de l'art. 56 que l'assistance mutuelle en cas de grève, la mise à l'index de certains employeurs, la formation de cartels de producteurs, etc., peuvent être l'objet d'associations licites. »

Ce sont les principes du droit privé qui, dans ce domaine, comme dans celui de la liberté du travail, décideront si le syndicat ou ses membres, si le patron ou l'ouvrier, ont dépassé les limites de leur droit, et commis un acte illicite, en boycottant ou en mettant à l'index telle ou telle personne, ou en usant de la puissance que leur confère leur droit d'association pour se mettre en grève ou prononcer un lockout.

En droit privé, quand il s'agit de limitations contractuelles de la liberté du travail ou de la liberté d'association, c'est l'art. 19 CO. et

¹ BURCKHARDT : *Kommentar*, ad art. 31, p. 252.

² Décision du Conseil fédéral, 16 septembre 1886, dans l'affaire *Scheitlin-Kuhn*. B. Bl. 1887, Vol. 2, p. 687. A. T. F. 22, p. 181, concernant la mise à l'index d'un hâtelier par son association professionnelle; d'après cette décision, et à juste titre, le droit subjectif au libre exercice d'une profession ne tire pas sa justification de l'art. 31 C. F. A. T. F. 21, p. 163; 24, II, p. 719.

³ BURCKHARDT, *op. cit.* p. 540.

l'art. 27 CCS. ¹ qui serviront à apprécier si le contrat est valable, et compatible avec les exigences de l'ordre social. Pour cela, il faudra examiner s'il est contraire aux mœurs, en d'autres termes, s'il contrevient au but économique et social poursuivi par le droit en général, donc s'il contrevient au *droit vrai*. Le Tribunal fédéral considère que l'interdiction de concurrence viole les bonnes mœurs, lorsqu'elle limite la liberté de celui qui y est soumis de telle sorte que, par cette interdiction, sa personnalité économique apparait comme supprimée et privée de son exercice naturel ².

En réalité, dans tous ces cas, le juge examine si l'ordre social est violé, car on ne saurait admettre que le droit accorde sa protection à des rapports de droit dont le fondement est contraire à son but final. Mais, en dehors des rapports contractuels, il est nécessaire également que ces droits soient exercés de telle manière que celui qui en use ne porte pas une atteinte intolérable au droit d'autrui. On entre alors dans le domaine de l'abus du droit.

En matière de conflits du travail, les droits dont l'exercice doit être délimité peuvent être groupés sous le nom de *droits de la personnalité*; ces droits sont des droits subjectifs, définis par M. Regelsberger comme « la puissance conférée en vue de la réalisation d'un intérêt reconnu » ³ et sont protégés dans la législation suisse par l'art. 28 CCS. Cet article, d'après M. Specker, ne protège pas seulement de façon platonique les intérêts légalement reconnus, mais confère un pouvoir (*Willensmacht*) pour la satisfaction de ces intérêts. « Il en résulte que l'art. 28 attribue à chaque personne un droit subjectif, en rapport avec les biens de la personnalité qui lui appartiennent, nommé d'après son objet *droit de la personnalité*. ⁴ » Le contenu de ces droits comporte tous les attributs de la personnalité; ce sont des droits absolus, c'est-à-dire des droits qui excluent tout tiers de la jouissance aux biens qu'ils protègent. ⁵ Par contre, ce ne sont pas des droits illimités, puisque leur exercice

¹ Voir à ce sujet en matière de restrictions contractuelles à la liberté économique, EGGER : *Kommentar ad art. 27*, p. 87 et suiv.

² Cf. BURCKHARDT, *op. cit.* p. 252.

³ F. REGELSBERGER : *Pandekten I*, § 14, p. 74.

⁴ SPECKER, *op. cit.* p. 46. Voir au sujet de ces droits de la personnalité les études de MM. SPECKER et EGGER *ad art. 28 CCS*.

⁵ Voir à ce sujet : EGGER : *Kommentar, ad art. 28*, II, 2, p. 102 ; ELYZBACHER : *Handlungsfähigkeit*, vol. I, p. 305 ; KOHLER : *Autorrecht*, dans *Shering's Jahrbücher*, 54, 2. Folge 18 (1908), p. 123 et suiv.

n'est légitime que pour autant qu'il ne porte pas atteinte à des droits concurrents. M. Egger¹ fait remarquer qu'il est extrêmement difficile de tracer leur limite, mais conclut que ces droits sont protégés toutes les fois qu'on se trouve en présence d'un intérêt digne d'être pris en considération et digne de protection. Il en résulte que ce sont les limites même imposées par l'art. 2 CCS. à l'exercice des droits en général, qui limitent aussi ces droits de la personnalité. Et pour savoir si l'on se trouve en présence d'un intérêt digne d'être protégé, il faut se reporter aux règles de la bonne foi. Ces règles doivent être elles-mêmes recherchées dans le but social et économique du droit qu'il s'agit de délimiter. Les droits de la personnalité visent incontestablement à assurer le maintien et le progrès de la personnalité humaine. L'homme est un être libre et raisonnable, qui a le besoin de se perfectionner et le désir d'atteindre un plus grand bien-être ; on peut donc dire que le but final des droits attachés à sa personnalité est d'assurer son existence et son perfectionnement, et que tous les actes qui contribuent à atteindre ce but seront conformes aux règles de la bonne foi. Tel est le critère qui nous paraît indiqué rationnellement dans ce domaine.

Parmi les biens que protègent les droits de la personnalité, il en est de physiques et de psychologiques ; ce sont la santé, la vie l'honneur, etc. ; d'autres sont d'ordre social, caractérisés par le fait que l'homme, considéré sous cet angle, apparaît dans la communauté en tant qu'unité économique.²

La personnalité économique de l'homme comporte précisément tous les biens dont la lésion donne naissance aux conflits du travail, tels que l'exercice de la profession, le crédit, le travail (*Arbeitskraft*). Le droit à l'exercice de la profession est donc un véritable droit de la personnalité,³ et l'exercice d'un droit concurrent qui viserait à porter atteinte à l'existence même de cette faculté, serait contraire aux règles de la bonne foi, donc abusif. Il en va de même en matière de crédit, de liberté de travail, etc.⁴

¹ EGGER: *Kommentar ad art 28, II, 3, Die Grenzen des Persönlichkeitsschutzes*, p. 106.

² Cf. EGGER, *ad art. 28 II, 4. Die Arten der Persönlichkeitsrechte*, p. 108-104.

³ A. T. F. 2, p. 1188 : 31, II, p. 246. Dans un autre arrêt (*Droz-Schindler c. Bohner et Mathey*, A. T. F. 30, II, p. 384) le Tribunal fédéral, à tort selon nous, semble ne pas admettre le droit au travail de l'individu.

⁴ Voir sur ce point RIEZLER: *Arbeitskraft und Arbeitsfreiheit in ihrer privatrechtlichen Bedeutung*.

Il est certain que la vie économique moderne caractérisée par une lutte sociale ardente et par des inégalités choquantes, offre un terrain très vaste à l'application de la théorie de l'exercice des droits ; l'acuité des intérêts en présence, les moyens de lutte nouveaux, créés par le développement des associations professionnelles, tant patronales qu'ouvrières, ont rendu fréquents les cas où l'exercice du droit paraît dépasser les limites de la bonne foi et où il devient excessif. Les principales manifestations à l'occasion desquelles ces questions se posent, sont les grèves, les boycotts, les mises à l'index, et toutes se présentent sous des formes extrêmement variées ; citons seulement à titre d'exemple, en matière de boycott, l'interdiction prononcée par une association professionnelle de livrer des marchandises à telle ou telle personne ou d'en acheter chez elle ; de même, en matière de mise à l'index, l'interdiction pour les membres d'un syndicat ouvrier de travailler chez tel ou tel fabricant, ou l'interdiction faite à un fabricant sous menace de grève, d'employer tel ou tel ouvrier non syndiqué. Dans toutes ces espèces, il s'agit, chez les uns, de l'exercice des droits de la personnalité économique, chez les autres, d'atteinte à ces mêmes droits.

Mais dans ces matières infiniment complexes et très neuves encore, le législateur n'est pour ainsi dire pas intervenu. Il s'est borné, en Suisse, à reconnaître que ces droits à la personnalité étaient des droits au même titre que le droit de propriété par exemple. En ce qui concerne leur exercice, il a déclaré seulement qu'ils ne devaient pas être exercés contrairement aux règles de la bonne foi ; or, la bonne foi interdit en tout cas de porter atteinte chez autrui à l'existence même de ces droits¹ ; s'il est permis en effet, de chercher à développer et à défendre ses propres droits, il est illicite d'en user de telle sorte qu'ils portent un coup mortel à l'existence de ces droits chez autrui.

La jurisprudence suisse, en présence de cas de ce genre, examine presque toujours la question de savoir si l'on se trouve en présence d'un abus du droit ; mais en même temps, elle recherche si les faits en question constituent des actes illicites et donnent lieu à l'application des art. 41 et suiv. Elle s'inspire donc en pratique de la théorie que nous avons développée. Il faut remarquer d'ailleurs que les

¹ Le critère de « la confiance légitime trompée » proposé en doctrine française et que nous avons signalé plus haut, nous paraît de nature à s'appliquer tout spécialement dans ce domaine.

bornes, séparant le permis du défendu, ont été fréquemment déplacées dans ce domaine, par suite de l'évolution des idées au cours du dernier demi-siècle; il est donc intéressant d'examiner de plus près comment les tribunaux ont traité ces différents cas, et en particulier si notre théorie de la responsabilité, dans laquelle nous avons incorporé celle de l'abus, est pratiquement applicable et si le critère que nous avons adopté se justifie dans des cas concrets.

III. EXAMEN DE CAS D'APPLICATION PRATIQUES.

L'abus du droit se caractérise pour nous comme un dépassement du droit; abuser de son droit, c'est franchir les limites objectives du droit, et c'est en ce sens que nous avons fait rentrer les cas d'abus du droit parmi les actes illicites ordinaires. Or, comme nous venons de le voir, la loi délimite mal les droits de la personnalité en tant qu'expressions du droit général à l'existence économique. En France, on a même considéré ces droits comme de simples attributs de la liberté en général. Ce faisant, les juristes français ont méconnu qu'il s'agit là le plus souvent d'un véritable conflit de droits subjectifs, qui doit être traité comme tout autre conflit de cette espèce. Ce qui rend plus difficile l'appréciation des intérêts en présence et la détermination de celui de ces intérêts qui doit l'emporter sur l'autre conformément au but général du droit, c'est l'antagonisme très marqué, et même le caractère d'exclusivisme, qui caractérise ces droits. Prenons l'exemple des ouvriers syndiqués qui menacent leur patron d'une grève ou de la mise à l'index, s'il garde dans ses ateliers un ouvrier non syndiqué. Ce cas est extrêmement fréquent et il a souvent défrayé en France les annales de la chronique judiciaire.

L'affaire de l'ouvrier Joost, jugée par le Tribunal civil de Bourgoïn le 11 janvier 1890, est l'une des plus célèbres. Joost ayant abandonné le syndicat de Jallieu dont il faisait partie, ce dernier l'avait mis à l'interdit et menaçait de grève les patrons qui voulaient l'embaucher. Joost réclama des dommages-intérêts pour entrave à la liberté du travail; le syndicat de son côté, sans nier les faits, alléguait que l'interdiction de travail est un moyen légitime employé dans un but licite.

Dans ce cas typique, trois droits entraînent en conflit: c'est, d'une part, en ce qui concerne le syndicat, le droit d'association, avec les

suites qu'il comporte, notamment la faculté de mettre à l'index un ouvrier qui cherche à entraver l'action du syndicat ; c'est, d'autre part, pour l'ouvrier le droit au travail libre, comportant la faculté de se retirer du syndicat quand bon lui semble et sans pour cela être entravé dans l'exercice de sa profession ; enfin, pour les patrons, c'est le droit de contracter avec qui leur plaît et de ne pas dépendre pour l'engagement de leurs ouvriers de la volonté d'un tiers, ce tiers fût-il un syndicat.

Le Tribunal de Bourgoin déboute Joost de sa demande en dommages-intérêts ; attendu, dit-il¹, « que le fait dommageable donnant naissance à des dommages-intérêts, suppose, dans les termes et l'esprit de ces articles (art. 1382 et 1383 C.C.), chez l'auteur de ce fait, l'accomplissement d'un acte illicite ou l'omission d'une obligation que lui impose la loi ou la convention, et chez la victime la lésion de son droit légal ou conventionnel ; qu'en dernière analyse, il faut et il suffit qu'un droit ait été lésé, cette lésion ne pouvant procéder de l'exercice d'un autre droit, parce qu'il ne saurait exister deux droits contradictoires, directement opposés, le droit de l'un finissant nécessairement à la limite où le droit de l'autre commence ; que de ces principes il suit qu'il n'y a ni délit, ni quasi-délit lorsqu'on exerce un droit ; qu'en l'exerçant, on ne peut léser le droit d'un autre, et que dès lors, on n'est tenu à aucune réparation, quelque préjudice matériel qui soit résulté pour autrui de l'exercice de ce droit ; qu'enfin, il importe peu qu'en exerçant un droit, on ait eu l'intention de nuire à autrui, car ce n'est pas le mobile de l'auteur du fait dommageable qui décide s'il y a délit ou non... considérant que, du moment où l'interdiction prononcée est l'exercice d'un droit, elle ne saurait être considérée comme portant atteinte au droit de l'ouvrier visé... »

Cet arrêt, confirmé par un jugement de la Cour de Grenoble du 23 octobre 1890², a été cassé le 22 juin 1892 par la Cour de cassation³. « Attendu, dit cette dernière, que si, depuis l'abrogation de l'art. 416 Code pénal, les menaces de grève adressées sans violence, ni manœuvres frauduleuses, par un syndicat à un patron, à la suite d'un concert entre ses membres, sont licites quand elles ont pour objet la défense des intérêts professionnels, elles ne le

¹ *Sirey*, 1893, I. 43.

² *Sirey*, 1893, I. 44.

³ *Sirey*, 1893, I. 43.

sont pas, lorsqu'elles ont pour but d'imposer au patron le renvoi d'un ouvrier, parce qu'il s'est retiré de l'association et qu'il refuse d'y rentrer ; que, dans ce cas, il y a une atteinte au droit d'autrui, qui, si ces menaces sont suivies d'effet, rend le syndicat passible de dommages-intérêts envers l'ouvrier congédié... »

Il y aurait beaucoup à dire au sujet du jugement du Tribunal de Bourgoin et de celui de la Cour de cassation. Bornons-nous à constater que le premier pose d'emblée la question sur son véritable terrain, à savoir sur celui de l'acte illicite, apprécié d'après la théorie objective. Il estime, comme nous l'avons fait, que ce n'est pas le mobile de l'auteur de l'acte qui doit servir de critère pour la détermination du caractère illicite. Par contre, nous ne pouvons admettre avec lui, que la lésion caractéristique de l'acte illicite ne peut procéder de l'exercice d'un autre droit, « parce qu'il ne saurait exister deux droits contradictoires ». Cette appréciation est juste logiquement, mais en fait, il faut admettre au contraire, et nous l'avons prouvé, que l'exercice d'un droit peut faire surgir un conflit avec un droit concurrent d'égale importance. En l'espèce, l'exercice du droit du syndicat entre directement en conflit avec la liberté de travail, droit de l'ouvrier. Il fallait donc, au lieu de décréter l'impossibilité de ce conflit, examiner lequel des droits devait prévaloir sur l'autre, d'après les règles de la bonne loi. Pour cela, il convenait de se demander si le syndicat, en exerçant son droit d'une manière aussi absolue, ne dépassait pas les limites compatibles avec le but de ce droit, et si ce dernier n'était pas exercé ainsi contrairement aux règles de la bonne foi. Une fois cette constatation faite, il s'agissait d'examiner si l'ouvrier avait été lésé dans un droit acquis légalement protégé. Sans doute cette appréciation n'est pas facile, pour la raison même, indiquée plus haut, que dans ce domaine nous manquons de tout point d'appui légal et que les droits en présence semblent s'exclure l'un l'autre.

C'est là une difficulté qui ne se présente pas en matière de propriété. Les droits des propriétaires de deux immeubles voisins sont de même nature, et en principe de même intensité. Chacun a sa sphère propre et la limite de l'exercice du droit de l'un se trouve à l'endroit où cet exercice contraire à la bonne loi, romprait l'équilibre qui doit exister entre eux. En matière de liberté d'association syndicale et de liberté individuelle, au contraire, nous trouvons deux droits dont la coexistence simultanée paraît, de prime abord, difficile à concilier. Tout exercice d'un de ces droits a pour ainsi dire

lieu aux dépens du second. Pour savoir lequel des deux doit prévaloir sur l'autre dans un cas déterminé, il faut toujours en revenir à ceci : l'exercice du droit en question est-il compatible avec le but légitime qui lui est assigné, ce but étant apprécié conformément aux règles de la bonne foi. Dans le cas qui nous occupe, il fallait donc dire, non pas que ces droits ne peuvent entrer en conflit, mais rechercher si la manœuvre exercée par le syndicat à l'égard de Joost était conforme aux règles de la bonne foi, si, visant à atteindre le but poursuivi par le droit d'association, elle n'anéantissait pas le droit de l'individu de travailler librement et d'assurer son existence professionnelle. On aurait constaté en l'espèce, que l'équilibre nécessaire entre les deux droits était rompu, et les règles de la bonne foi violées, parce que les menaces de grève avaient pour but direct précisément d'anéantir la personnalité économique de l'ouvrier ; or le droit à l'existence économique est un minimum, auquel on ne saurait porter atteinte sous prétexte d'exercer un autre droit. C'est bien là le sens de la doctrine admise dans son arrêt par la Cour de cassation.

La Cour de justice de Genève¹ a consacré la même théorie en matière de grève, tout en se plaçant, non pas sur le terrain de l'abus du droit, mais sur celui de l'acte illicite proprement dit : « Attendu, dit-elle, que, si dans certains cas, la grève est un moyen légal auquel les ouvriers peuvent recourir, on doit considérer comme constituant un acte illicite les entraves apportées par un tiers au libre exercice par un industriel de sa profession, soit en mettant à l'index par voie d'affiches ou d'articles de journaux, son usine ou son atelier, soit en incitant ses ouvriers à se mettre en grève... » La Cour n'examine pas si l'on se trouve en présence d'un cas d'abus du droit, parce qu'elle ne semble pas considérer la grève comme un droit subjectif proprement dit, mais comme un exercice de la liberté générale ; elle se place donc directement sur le terrain de l'acte illicite des art. 41 et suiv. On arriverait d'ailleurs au même résultat sur le terrain de l'abus du droit. Le but social du droit d'association ne saurait, en effet, aller jusqu'à porter atteinte à l'existence même du droit à la vie économique. Une telle atteinte est contraire aux règles de la bonne foi.

Le même critère doit être employé et se révèle à notre avis

¹ Le 3 juin 1899 dans la cause : *Chambre syndicale des ouvriers mouleurs de Genève contre Stucker-Boock, Sirey* 1900, IV, 16.

comme suffisant en matière de boycott. Ici aussi, l'exercice du droit ne peut aller jusqu'à rompre l'équilibre social, la sauvegarde des droits individuels restant en définitive le but suprême de l'organisation sociale. Lorsque l'exercice des droits individuels entre en conflit avec le droit des associations professionnelles faisant usage de moyens d'action légitimes par eux-mêmes, ces droits individuels doivent être protégés dès que leur existence est menacée ; l'association ne doit être en effet qu'un moyen de développer le bien-être de l'individu et elle ne remplit pas son but, lorsqu'elle cherche à porter une atteinte directe aux droits de la personnalité.

Un arrêt suisse très connu et déjà étudié partiellement¹ pose nettement ce principe et confirme ainsi notre théorie. Le Syndicat des intérêts des pharmaciens suisses, dans le but de boycotter les pharmacies coopératives, avait interdit à ses membres tous rapports avec la Société coopérative ; cette interdiction comportait la défense pour les fournisseurs de vendre des produits à la société boycottée et l'interdiction pour les membres du Syndicat d'engager des employés ayant travaillé dans la société rivale. Les pharmacies coopératives à qui on enlevait ainsi tout moyen d'existence actionnèrent le syndicat en dommages-intérêts. Le Tribunal fédéral, jugeant en dernière instance, a condamné le syndicat des pharmaciens. L'arrêt se place sur le terrain des art. 50 et suiv. CO. 1884, examinant s'il y a acte illicite au sens de la théorie objective, soit une atteinte à un droit subjectif ou à un bien juridique. Il n'est pas douteux, selon lui, que le dommage a été causé avec préméditation et intention, mais cela ne suffit pas à en établir le caractère illicite. Il faut examiner si l'on ne se trouve pas en présence d'abus (*Ausschreitungen oder Missbräuche*) qui rendraient illicites les actes du cartel des pharmaciens, ou les moyens employés par lui. Le Tribunal fédéral admet l'existence d'un droit individuel au libre exercice de la profession² et au respect de la personnalité économique (*auf Achtung und Geltung der Persönlichkeit*). Après avoir rappelé l'étude de M. Liechti³, il conclut de l'existence de ce droit individuel à la possibilité de se

¹ A. T. F. 32, II, p. 360 et suiv.

² Cf. Arrêt du 30 mars 1896 dans la cause *Vöglin c. Geissbühler et consortis*. A. T. F. 22, I, p. 189 et suiv. cons. 6.

³ LIECHTI : *Die Verrufserklärungen im modernen Erwerbsleben*, p. 100 et suiv. Nous ne partageons pas le point de vue de cet auteur, qui d'une part, restreint trop la portée des droits de la personnalité et d'autre part, se place sur un autre terrain que nous, en adoptant la théorie subjective de l'acte illicite.

violation : « A l'égard de celui qui exerce une industrie, la violation de ce droit peut consister notamment dans le fait que l'existence économique est menacée par une atteinte directe, avec emploi de moyens qui sont de nature à amener l'anéantissement de cette existence. » Le Tribunal reconnaît que la vie industrielle doit laisser libre jeu au développement de la concurrence, mais lorsqu'il s'agit d'une atteinte portée à l'existence économique elle-même, « une telle atteinte viole le droit individuel de chacun au respect et au développement de sa personnalité économique. » En ce sens, « l'exercice des droits de la liberté humaine doit être compris de telle sorte que les autres hommes puissent aussi exercer leurs droits et leur liberté. Si le droit et la liberté sont employés à asservir la liberté des autres on à la limiter dans son essence même, on se trouve en présence d'un abus du droit et de la liberté qui ne peut être toléré par le droit objectif. »

Le Tribunal fédéral met cette jurisprudence en rapport avec sa notion des bonnes mœurs et montre que c'est là un développement de la théorie qu'il a énoncée précédemment en déclarant que le droit ne doit pas être exercé par pure chicane ¹. Il conclut en disant « qu'un boycott est dans tous les cas illicite, que l'on se place sur le terrain de la théorie objective de l'acte illicite (atteinte à un droit subjectif ou à des biens juridiques ou au droit objectif) ou sur celui de la théorie subjective (dommages causés sans droit ou en abusant d'un droit), lorsqu'il tend à l'anéantissement complet de l'existence du boycotté et à sa disparition. »

Il nous paraît inutile de commenter longuement cet arrêt ; il nous suffit de l'avoir cité largement pour démontrer que nous adoptons le même point de vue que le Tribunal fédéral. Comme lui, nous admettons que l'exercice des droits individuels provoque des conflits de droits. Pour déterminer quand cet exercice devient abusif, le Tribunal fédéral fait appel au même critère que nous ; il recourt à la notion des bonnes mœurs, qui sont, pour nous, une expression des règles de la bonne foi. L'activité de celui qui exerce son droit devient débordante, lorsqu'elle porte atteinte à l'existence même du droit concurrent d'autrui, mais en même temps, elle devient illicite. Si le droit de boycott exercé normalement est légitime, lorsqu'il a pour but la défense des intérêts professionnels, et le Tribunal le reconnaît expressément, il ne l'est plus et son exercice devient anor-

¹ Cf. A. T. F. 25, II, p. 303 et suiv. cons. 6.

mal, lorsqu'il vise à l'anéantissement du droit d'autrui d'exercer librement son activité professionnelle.

Notre Tribunal suprême a adopté les mêmes conclusions dans une autre espèce, où tout en s'étendant longuement sur la légalité des mesures de boycott, forme moderne de la vie économique, il déclare formellement que l'exercice de ce droit peut devenir abusif, lorsqu'il vise à l'anéantissement de la personnalité économique d'autrui¹.

Remarquons encore que le Tribunal fédéral s'attache à examiner pour juger du conflit de droits, non pas les intentions de ceux qui exercent les droits, mais les moyens employés. C'est donc bien aux règles de la bonne foi, au sens objectif du terme, qu'il fait appel, et non pas à la bonne foi en tant qu'état d'esprit subjectif de celui qui exerce le droit. En ce sens, il se distingue de la jurisprudence française, qui, en pareille matière, adopte le critère de l'intention de nuire².

D'après notre théorie, s'il est légitime de mettre en parallèle les intérêts en jeu pour juger lequel doit prévaloir sur l'autre, il ne faut pas se livrer uniquement pour cela à une recherche d'intention, mais plutôt, ne considérer l'intention de nuire, lorsqu'elle est évidente, que comme un des indices permettant d'affirmer la transgression des règles de la bonne foi. En réalité, il s'agit toujours en dernière ana-

¹ Arrêt du 16 Février 1907, A. T. F. 33, II, p. 106 et suiv., notamment cons. 6.

² Voir notamment en matière de refus par un patron d'embaucher un ouvrier syndiqué : *Revue trimestrielle* 1906, p. 401 : « Attendu, dit un arrêt du tribunal civil de Bordeaux (14 décembre 1903, D. P. 1906, I. 114) que rien, dans la législation actuelle, ne paraît empêcher spécialement un patron d'annoncer son intention de ne pas faire travailler les ouvriers du syndicat ; mais attendu que les principes généraux du droit conduisent à limiter cette faculté ; que si, par exemple, on ne peut la contester quand il s'agit pour le patron de sauvegarder un intérêt, on doit la dénier, quand, l'intérêt du patron n'étant pas en jeu, il s'agit simplement de nuire au syndicat mis par lui à l'index. » Cf. dans le même domaine : Tribunal civil de Lille, 12 novembre 1906, D. P. 1906, II, 76 : « Attendu... qu'il convient de distinguer entre l'usage normal du droit et son usage abusif ; que là où apparaît l'abus, cesse le droit... » et Tribunal de commerce d'Épernay, 28 février 1906, D. P. 1908, II, 75 : « Mais attendu que le fait de refuser de prendre un employé, un ouvrier, on d'engager un artiste sans examen et sous le seul prétexte qu'il fait partie d'un syndicat, constitue, non plus l'exercice naturel et normal d'un droit, mais un véritable abus engendrant une faute réelle. » Cf. Cass. civ. 9 juin 1896, *Sirey* 1897, I. 25. Cour d'appel de Liège, 9 février 1898, *Sirey* 1890, IV. 14. Trib. Seine, 4 juillet 1895, D. P. 1895, II. 312 en matière de mise à l'index.

lyse de rechercher si le droit n'a pas été exercé pour atteindre un but autre que celui en vue duquel il a été créé. Or, en ce qui concerne le droit d'association, entrant en conflit avec la liberté du travail, il ne faut pas perdre de vue que ce droit a été reconnu aux ouvriers uniquement pour l'étude et la défense de leurs intérêts professionnels ¹.

Notre doctrine se rencontre ici encore avec celle de M. Stammer, qui, parlant de l'établissement de listes noires par certaines associations d'industriels pour protéger des intérêts professionnels, déclare : « Mais une telle association de commerçants, de même que d'ailleurs les alliances et les cartels (*Ringe und Kartelle*), contreviendra au droit vrai, lorsque d'après les circonstances spéciales, elle apparaît comme une mesure qui fait de celui qui en est touché un simple instrument dans la main des autres, lui enlève la possibilité d'une activité légitime particulière et l'excluerait de la vie commune selon le bon plaisir des tiers ² ».

La défense des intérêts professionnels de quelque nature qu'elle soit, doit donc respecter l'existence économique et partant l'activité professionnelle des individus, sinon elle irait à fin contraire du but même poursuivi par cette défense ; cette dernière comme nous l'avons dit plus haut déjà, même si elle est collective, vise en réalité à ceci : assurer aux individus un plus grand bien-être ; à travers l'association et la collectivité, c'est l'individu qu'elle doit chercher à protéger ; sinon l'association deviendrait à elle-même sa propre fin, au lieu d'être un moyen, et, à notre avis, quelle que soit la tendance moderne au « fédéralisme économique », cela serait contraire aux règles de la bonne foi. En ce sens, les associations ouvrières ou patronales, syndicats ou cartels, sont des associations visant à des buts personnels ou individuels (*Verbindungen zu persönlichen Zwecken*) ³.

La jurisprudence allemande, elle aussi d'ailleurs, adopte comme critère de l'exercice illicite ou abusif du droit en ces matières, les règles de la bonne foi, révélées, soit par les mœurs, soit par l'équité, soit par tout autre critère de ce genre. Comme la notion d'abus du droit, au sens où nous l'entendons, est, nous l'avons vu, étrangère

¹ Cf. en matière de mise à l'index d'un patron par un Syndical : Tribunal de Douai, 7 mai 1902, D. P. 1903, II. 329.

² STAMMER : *Die Lehre*, p. 487.

³ STAMMER : *Die Lehre*, p. 444.

au droit allemand et que d'autre part, l'application du § 226 ne saurait conduire à une solution satisfaisante, force est aux tribunaux de se tenir sur le terrain du § 826, seule disposition susceptible de conduire à un résultat juridique.

Nous ne citerons qu'une solution jurisprudentielle à l'appui de cette affirmation. Une association allemande d'orfèvres refusait de recevoir au nombre de ses membres deux patrons orfèvres, et comme d'autre part, le syndicat des ouvriers avait conclu une convention avec les patrons par laquelle ces derniers s'engageaient à n'employer que des syndiqués, et les ouvriers à ne travailler que chez les membres de l'association, il était matériellement impossible à ces deux orfèvres d'exercer leur métier. Le Tribunal d'Empire jugeant ce cas le 2 février 1905¹, a condamné l'association; son refus de recevoir ces deux patrons au nombre de ses membres, constitue, d'après le Tribunal, une activité contraire aux bonnes mœurs, que nous qualifierions plutôt d'abus du droit. Voici le passage essentiel de ce jugement : « Lorsqu'un ou plusieurs patrons amènent intentionnellement une association d'ouvriers, et spécialement une association ayant l'importance et l'influence du *« Deutsche Metallarbeiterverband »*, à interdire aux ouvriers faisant partie de l'association de prendre du travail chez un patron déterminé, et quand cette décision est prise dans le but de rendre l'exercice de son industrie impossible à ce patron ou tout au moins de l'entraver de manière à éliminer toute concurrence de sa part, une telle manière d'agir de ces patrons n'est pas seulement contraire aux principes qui doivent guider dans la vie économique des hommes de pensée élevée et de sentiments distingués, mais cela dépasse même de beaucoup tout ce qui est permis en matière de concurrence économique d'après la conscience populaire ordinaire et d'après la conception et les mœurs de tout homme pensant équitablement et justement. »

Le critère indiqué en ces quelques mots par le *Reichsgericht* est celui que nous avons adopté nous-même pour caractériser l'exercice abusif du droit. C'est la conscience populaire ordinaire, ce sont les mœurs courantes, l'équité et les sentiments d'un bon père de famille, qui doivent servir à déterminer dans les conflits du travail, comme dans les autres domaines, si le droit a été exercé conformément aux règles de la bonne foi et à sa destination économique et sociale.

¹ R. G. E. Vol. 60, p. 91 et suiv. N° 21.

Nous pourrions prolonger encore beaucoup cette étude pratique de l'application de notre théorie de l'abus du droit aux conflits du travail; nous pourrions entre autres examiner la question intéressante de l'abus du droit de grève, lorsque celle-ci est déclarée sans avertissement préalable¹, celle aussi de la mise à l'index par voie d'affiches ou de publications dans les journaux, celle de l'intervention de tiers, et notamment de syndicats, dans une grève, etc. Une telle étude présenterait un vif intérêt, mais nous entrainerait trop loin.

Le peu que nous avons dit de l'application de la théorie de l'abus du droit aux conflits du travail suffit à notre avis pour démontrer que notre conception de l'abus du droit et le critère que nous avons adopté, sont parfaitement applicables en pratique. Seuls ils sont conformes aux postulats du *droit vrai* et empêchent que les tribunaux ne soient voués, soit à un formalisme théorique peu adapté à la variété de la vie réelle, soit à des recherches psychologiques purement arbitraires.

¹ Voir à ce sujet des cas pratiques et récents dans un article de la *Neue Zürcher Zeitung* du 24 janvier 1917. *Zweites Morgenblatt*, N° 185 intitulé *Streiklust?*

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE	7
ABRÉVIATIONS.	23
INTRODUCTION.	23
PREMIÈRE PARTIE. — <i>Le problème de l'abus du droit</i>	27
§ 1. But social des normes juridiques. Le droit vrai	27
§ 2. Abus du droit et morale	37
§ 3. Le problème de l'abus du droit	42
DEUXIÈME PARTIE. — <i>État actuel de la théorie de l'abus du droit dans la doctrine et dans les législations</i>	56
§ 4. Historique et généralités	56
I. Droit romain	56
II. Ancien droit français	60
III. Pays de droit germanique	62
§ 5. Rapports entre la théorie de l'abus du droit et la responsabilité pour actes illicites. Généralités	67
I. La responsabilité civile dans ses rapports avec l'abus du droit en droit français	72
II. La responsabilité civile dans ses rapports avec l'abus du droit en droit allemand	81
III. La responsabilité civile dans ses rapports avec l'abus du droit en droit suisse	90
§ 6. La théorie de l'abus du droit en droit français.	106
I. La législation	106
II. La doctrine	109
A. Les partisans de l'abus du droit en France	111
B. Les adversaires de la théorie de l'abus du droit en France	127
C. Conclusion au sujet de la doctrine française	135
III. La jurisprudence	138
A. Droit de propriété.	140
B. Droit de recourir aux tribunaux et aux voies d'exécution forcée.	144

C. Exercice du droit de résiliation dans le louage de services à durée indéterminée	145
D. Droit de grève, de boycott, etc.	146
E. Droit de puissance paternelle. Droit de tutelle légale des père et mère	147
§ 7. La théorie de l'abus du droit en droit allemand	149
I. La législation	149
II. La doctrine	157
A. Généralités	157
B. Les adversaires du <i>Schikaneverbot</i>	161
C. Doctrine des partisans du <i>Schikaneverbot</i>	164
1. Exercice d'un droit	165
2. Exclusivité du but de nuire	168
3. Sanction du <i>Schikaneverbot</i>	170
III. La jurisprudence	176
§ 8. La théorie de l'abus du droit dans les autres pays	182
I. Angleterre	182
II. Italie	185
III. Autriche	186
IV. Droit musulman	188
§ 9. La théorie de l'abus du droit en Suisse	190
I. La législation	190
II. La doctrine	197
A. Les adversaires de l'abus du droit	198
B. Les partisans de l'abus du droit	201
III. La jurisprudence	212
§ 10. Considérations générales sur la doctrine actuelle de l'abus du droit	223

TROISIÈME PARTIE. — *Conclusions. Essai d'une théorie générale de l'abus du droit en droit suisse et application de cette théorie aux conflits du travail*

§ 11. Etude dogmatique de l'abus du droit. Recherche d'un critère objectif	228
I. Nature juridique du problème de l'abus du droit	228
II. Critère de l'abus du droit	236
§ 12. La théorie de l'abus du droit, partie intégrante de la théorie de la responsabilité pour actes illicites	254
§ 13. Etude technique de l'abus du droit. Art. 2 CCS.	269
I. Champ d'application	274
II. L'article 2 CCS. doit-il être appliqué d'office ?	279
III. Nature de l'exercice abusif d'un droit	282
IV. Nature du dommage causé par l'acte abusif	284

V. Relations entre les deux alinéas de l'article 2 CCS.	286
§ 14. Essai général d'application de la théorie de l'abus du droit aux conflits du travail	287
I. Généralités.	287
II. Délimitation du problème de l'abus en matière de droit au travail, de droit d'association professionnelle, etc	293
III. Examen de cas d'application pratiques	308
