

LA THÉORIE
DE
L'ABUS DES DROITS

I cf 11

DE L'EXERCICE ANTISOCIAL DES DROITS SUBJECTIFS

LA THÉORIE

DE

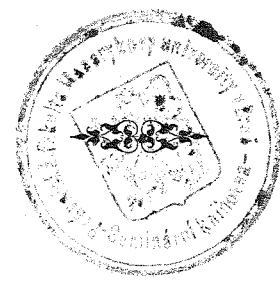
L'ABUS DES DROITS

PAR

L. CAMPION

Avocat à la cour d'appel de Bruxelles
Docteur spécial en droit civil

I cf 11



3242-I

BRUXELLES

ÉTABLISSEMENTS ÉMILE BRUYLANT

*Société anonyme
d'éditions juridiques et scientifiques*

RUE DE LA RÉGENCE, 67

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT

*ET DE JURISPRUDENCE
Société anonyme*

RUE SOUFFLOT, 20

1925

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION (nos 1 à 4).

PARTIE PRATIQUE.

TITRE I^{er}. — Histoire de la théorie de l'abus des droits jusqu'au Code civil.

CHAPITRE I^{er}. — EXPOSÉ SUCCINCT DE LA QUESTION (nos 5 à 7).

— II. — LE DROIT ROMAIN (nos 8 à 19).

— III. — LE DROIT ANCIEN.

SECTION I^{re}. — France (nos 20 à 22).

— II. — Belgique (nos 23 à 30).

CHAPITRE IV. — LE CODE CIVIL (nos 31 à 40).

TITRE II. — Les applications de la théorie de l'abus des droits en droit moderne (n° 41).

CHAPITRE I^{er}. — LA PROPRIÉTÉ (n° 42).

SECTION I^{re}. — Anormalité de l'exercice d droit de propriété se révélant par l'intention du sujet (n° 43).

§ 1. — France (nos 44 à 48).

§ 2. — Belgique (nos 49 à 54).

SECTION II. — Anormalité de l'exercice du droit de propriété se révélant par ses conséquences mêmes (n° 55).

§ 1. — France (nos 56 à 59).

§ 2. — Belgique (nos 60 à 70).

SECTION III. — La législation relative au droit de propriété (n° 71).

§ 1. — France (nos 72 à 78).

§ 2. — Belgique (nos 79 à 87).

CHAPITRE II. — LE RECOURS AUX VOIES LÉGALES.

SECTION I^{re}. — France (n° 88).

§ 1. — Intentement d'une action (n° 89).

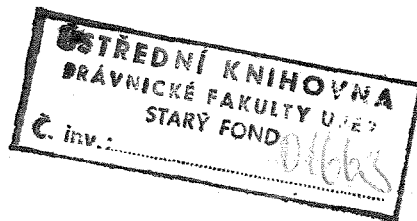
§ 2. — Défense en justice (n° 90).

§ 3. — Dépôt de plaintes ou mode d'exécution des jugements (nos 91 et 92).

IMPRIMERIE DES ÉTABLISSEMENTS ÉMILE BRUYLANT

Société anonyme d'éditions juridiques et scientifiques

67, RUE DE LA RÉGENCE, BRUXELLES (BELGIQUE).



SECTION II. — *Belgique* (n° 93).

— III. — *Législation* (n°s 94 à 98).

CHAPITRE III. — LE DROIT D'EXPRIMER SA PENSÉE.

SECTION I^{re}. — *France* (n° 99).

§ 1. — Liberté de la presse proprement dite (n°s 100 à 103).

§ 2. — Critique politique, littéraire, artistique et dramatique (n° 104).

§ 3. — Droit du romancier de faire des emprunts à la vie privée des particuliers (n°s 105 et 106).

§ 4. — Droit de réponse (n°s 107 à 109).

SECTION II. — *Belgique*.

§ 1. — Liberté de la presse proprement dite (n°s 110 à 113).

§ 2. — Critique politique, professionnelle, littéraire ou dramatique (n°s 114 et 115).

§ 3. — Droit de réponse (n°s 116 et 117).

CHAPITRE IV. — LA PUISSANCE MARITALE (n° 118 à 120).

SECTION I^{re}. — *France* (n°s 121 et 122).

— II. — *Belgique* (n°s 123 à 126).

CHAPITRE V. — LA PUISSANCE PATERNELLE (n°s 127 et 128).

SECTION I^{re}. — *France* (n°s 129 à 132).

— II. — *Belgique* (n°s 133 à 137).

CHAPITRE VI. — LES OBLIGATIONS (n° 138).

SECTION I^{re}. — *Période précontractuelle* (n° 139).

§ 1^{er}. — *France*.

A. — Transaction (n° 140).

B. — Vente et entreprise (n°s 141 à 143).

C. — Louage de services ou contrat de travail (n°s 144 à 148).

§ 2. — *Belgique* (n°s 149 à 154).

SECTION II. — *La conclusion du contrat* (n° 155).

I. — Conception étroite de l'abus du droit de contracter.

§ 1. — Louage de services (n° 156).

A. — *France* n°s 157 à 161.

B. — *Belgique* (n°s 162 et 163).

§ 2. — Vente (n° 164).

A. — *France* (n°s 165 et 166).

B. — *Belgique* (n°s 167 et 168).

§ 3. — Association (n° 169).

A. — *France* (n° 170).

B. — *Belgique* (n° 171).

§ 4. — Louage de choses (n° 172).

II. — Conception élargie de l'exercice anormal du droit de contracter (n°s 173 à 176).

§ 5. — Les contrats synallagmatiques.

A. — *France*.

1° Vente (n°s 177 et 178).

2° Louage de choses (n° 179).

3° Louage de services (n° 180).

4° Association (n° 181).

B. — *Belgique*.

1° Vente (n°s 182 et 183).

2° Louage de choses (n° 184).

3° Association (n° 185).

4° Transport (n°s 187 et 188).

§ 6. — Les contrats unilatéraux (n° 189).

A. — *France*.

1° Prêt (n° 190).

2° Nantissement (n° 191).

B. — *Belgique*.

1° Prêt (n° 192).

2° Le contrat de nantissement (n° 193).

3° Cautionnement (n° 194).

§ 7. — Les contrats à titre gratuit (n° 195).

A. — *France* (n°s 196 à 199).

B. — *Belgique* (n°s 200 à 204).

SECTION III. — *Exécution des conventions* (n° 205 à 207).

I. — Anormalité de l'exercice des droits contractuels se révélant par l'intention du sujet.

§ 1. — Louage de choses (n° 208).

A. — *France* (n°s 209 à 214).

B. — *Belgique* (n°s 215 à 218).

§ 2. — Contrat de transport (n° 219).

§ 3. — Paiement partiel (n° 220).

§ 4. — Imputation de paiement (n° 221).

§ 5. — Société (n°s 222 et 223).

§ 6. — Vente (n° 224).

II. — Anormalité de l'exercice se révélant par le caractère anti-social de ses conséquences (n° 225).

§ 1. — *France* (n°s 226 à 229).

A. — Vente (n°s 230 à 233).

- B. — Contrat de travail et de louage de services (n° 234).
- C. — Louage de choses (n°s 235 et 236).
- D. — Le contrat de transport (n° 237).
- E. — Assurance (n° 238).
- F. — Option d'achat (n° 239).

§ 2. — Belgique.

- A. — Entreprises (n° 241).
- B. — Ventes (n°s 242 à 244).
- C. — Contrat de travail et de louage de services (n° 245).
- D. — Louage de choses (n°s 246 à 248).
- E. — Option d'achat (n° 249).
- F. — Transport (n° 250).

SECTION IV. — Résiliation du contrat (n° 258).

§ 1. — Mandat (n° 259).

- A. — France (n° 260).
- B. — Belgique (n° 261).

§ 2. — Société (n° 262).

- A. — France (n° 263).
- B. — Belgique (n° 264).

§ 3. — Louage de services (n° 265).

- A. — France (n°s 266 et 267).
- B. — Belgique (n°s 268 à 270).

§ 4. — La grève (n°s 271 et 272).

- A. — France (n° 273).
- B. — Belgique (n°s 276 à 278).

§ 5. — Promesse de mariage (n° 279).

- A. — France (n° 280 et 281).
- B. — Belgique (n°s 282 et 283).

§ 6. — Entreprises (n° 284).

§ 7. — Louage de choses (n° 285).

CHAPITRE VII. — CONFLIT ENTRE HYPOTHÈQUES GÉNÉRALES ET HYPOTHÈQUES SPÉCIALES (n° 286).

SECTION I^{re}. — France (n° 287).

— II. — Belgique (n° 288).

CHAPITRE VIII. — LA THÉORIE DE L'ABUS DES DROITS EN DROIT ADMINISTRATIF (n° 289).

SECTION I^{re}. — France.

§ 1. — Le détournement de pouvoir (n°s 290 et 291).

§ 2. — La responsabilité de la puissance publique (n°s 292 et 293).

SECTION II. — Belgique.

§ 1. — Le détournement de pouvoir (n° 294).

§ 2. — La responsabilité de la puissance publique (n° 295).

CHAPITRE IX. — L'ABUS DES DROITS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (n° 296 et 297).

TITRE III. — L'abus des droits en droit comparé (n° 298).

CHAPITRE I^{er}. — ALLEMAGNE (n°s 299 à 306).

— II. — SUISSE (n°s 307 à 316).

— III. — ITALIE (n°s 317 à 323).

— IV. — AUTRICHE (n°s 324 à 326).

— V. — ESPAGNE (n°s 327 à 330).

— VI. — ANGLETERRE (n°s 331 à 338).

— VII. — PORTUGAL (n°s 339 à 343).

— VIII. — ROUMANIE (n° 344).

— IX. — SERBIE (n°s 345 et 346).

— X. — MONTÉNÉGRE (n°s 347 à 349).

— XI. — HOLLANDE (n°s 350 à 352).

— XII. — SCANDINAVIE (n°s 353 à 356).

— XIII. — RUSSIE (n° 357).

— XIV. — DROIT MUSULMAN (n°s 358 à 360).

— XV. — DROIT AMÉRICAIN (n°s 361 et 362).

— XVI. — JAPON (n° 363).

— XVII. — AMÉRIQUE DU SUD (n°s 364 et 365).

PARTIE THÉORIQUE.

TITRE I^{er}. — La doctrine (n° 366).

CHAPITRE I^{er}. — PHASE INCONSCIENTE ET FRAGMENTAIRE (n°s 367 à 375).

— II. — PHASE CONSTRUCTIVE (n°s 376 à 396).

— III. — PHASE D'ÉLARGISSEMENT (n°s 397 à 400).

TITRE II. — La question de forme (n°s 401 à 407).

TITRE III. — La théorie de l'abus des droits et la responsabilité civile.

CHAPITRE I^{er}. — SON RÔLE (n°s 408 à 414).

— II. — LE CRITÉRIUM (n° 415).

SECTION I^{re}. — *La rupture d'équilibre des intérêts en présence* (n^{os} 416 à 419).

SECTION II. — *L'intention de nuire* (n^{os} 420 à 424).

— III. — *Défaut d'intérêt légitime* (n^{os} 425 et 426).

— IV. — *La destination économique et sociale des droits subjectifs* (n^{os} 427 et 428).

SECTION V. — *Conclusions* (n^{os} 429 et 430).

CHAPITRE III. — LA BASE LÉGALE (n^{os} 431 à 434).

— IV. — LA SANCTION (n^{os} 435 à 442).

TITRE IV. — L'abus des droits, instrument général de réglementation juridique ; règle de droit objectif.

CHAPITRE I^{er}. — SON RÔLE (n^{os} 443 à 450).

— II. — LE CRITERIUM (n^{os} 451 à 457).

— III. — LA SANCTION (n^{os} 458 à 463).

— IV. — LE POUVOIR DU JUGE (n^{os} 464 à 468).

— V. — DE LA NÉCESSITÉ D'UN TEXTE (n^{os} 469 à 473).

CONCLUSION (n^{os} 474 et 475).

INTRODUCTION

1. La théorie de l'abus des droits a déjà derrière elle une carrière relativement longue. Si les tendances auxquelles elle répond se retrouvent aisément dans le droit romain et dans le droit ancien, on peut dire pourtant que les premiers essais de systématisation dont elle a été l'objet sont à peine antérieurs à l'année 1900.

Les thèses, notes et traités divers qui ont abordé l'étude de la théorie de l'abus des droits sont nombreux. En Belgique, la question n'avait jamais été examinée d'une manière approfondie avant l'ouvrage de M. Georges Cornil, *Le droit privé*, publié en 1924. En France, après que la doctrine eût semblé un moment renoncer à son étude et considérer comme acquis les résultats obtenus par Josserand en 1905, M. Demogue fit paraître à son sujet, également en 1924, un chapitre très fouillé inséré dans le tome IV de son *Traité des obligations*.

Il devait paraître audacieux de poursuivre nos travaux après ces maîtres du droit belge et du droit français. Malgré l'état d'avancement de nos recherches, nous eûmes un moment l'intention d'abandonner notre tâche. Mais la lecture de ces œuvres éminentes nous révéla que, si un grand effort venait d'être fourni en vue d'éclaircir une question aussi délicate, d'une part cet effort avait ouvert des horizons nouveaux qu'il convenait de scruter, d'autre part il avait dû, par son ampleur et sa généralité même, laisser de côté bien des points méritant une étude particulière.

2. L'œuvre de Demogue examinait minutieusement la jurisprudence française mais laissait complètement de côté la jurisprudence belge, qui avait fait l'objet de notre attention toute spéciale. Elle maintenait d'autre part la théorie de l'abus des droits dans le cadre de la responsabilité quasi délictuelle, dont nous ambitionnions de la faire sortir.

3. L'œuvre de M. G. Cornil, au contraire, sans s'attarder aux détails, lui donnait soudain une ampleur jusque là inégalée. Elle devait nous inciter à pousser l'examen de cette théorie jusqu'aux confins mêmes des principes fondamentaux du droit.

4. Ces considérations nous ont conduit à l'adoption d'un plan général conçu comme suit :

I. *Une partie pratique* comprenant : a) Un exposé très succinct de la théorie étudiée; b) les tendances du droit romain, de l'ancien droit français et de l'ancien droit belge; c) les bases, d'ailleurs très rudimentaires, que l'on peut lui trouver dans le Code civil; d) un résumé des applications de la jurisprudence française et un examen minutieux de la jurisprudence belge pour la plupart des droits subjectifs; e) la pénétration de cette doctrine dans le droit administratif et le droit international; f) ses consécutions législatives étrangères et autant que possible ses applications jurisprudentielles en droit comparé.

II. *Une partie théorique* comprenant : a) l'exposé complet de la doctrine, son évolution et son état actuel; b) ses relations avec la doctrine de la responsabilité quasi délictuelle; c) enfin, la construction d'une théorie élargie faisant de l'abus du droit un principe général de réglementation juridique et sociale.

PARTIE PRATIQUE

TITRE PREMIER

HISTOIRE DE LA THÉORIE DE L'ABUS DES DROITS JUSQU'AU CODE CIVIL.

CHAPITRE 1^{er}. — Exposé succinct de la question.

5. Dans ses premières manifestations postérieures à la mise en vigueur du Code civil, la théorie de l'abus des droits apparaît comme une innovation jurisprudentielle tendant à l'élargissement des principes de la responsabilité quasi délictuelle. Plusieurs cas s'étaient présentés dans lesquels les principes classiques s'opposaient à une condamnation de l'auteur de l'acte dommageable, bien qu'elle fût impérieusement réclamée par l'équité. En chacune de ces circonstances, l'adage *qui suo jure utitur neminem lædit* était invoqué et paraissait pour le juge un insurmontable obstacle. Si l'acte incriminé constituait l'exercice d'un droit subjectif, il échappait à tout reproche. Cette situation ne pouvait perdurer. Une distinction s'imposa. L'exercice normal d'un droit subjectif n'engendrait en tout état de cause aucune responsabilité; il devait en être autrement de son exercice anormal. Et la première question posée par la théorie de l'abus des droits s'énonça ainsi : la responsabilité civile peut-elle naître d'un acte dommageable conforme au droit subjectif de celui qui l'accomplit, mais contraire aux règles du droit objectif ou de la morale sociale ?

6. L'anormalité de l'exercice du droit pouvait être révélée, selon les premiers théoriciens de la doctrine étudiée, par le

caractère vexatoire ou méchant de l'intention à laquelle obéissait l'auteur de l'acte. C'est le critérium subjectif de l'abus des droits. Dans la suite, il fut admis que cette anomalie pouvait résulter de l'absence de motifs légitimes dans le chef du sujet de droit, puis enfin du détournement de la destination économique et sociale du droit exercé. C'est le critérium objectif de l'abus des droits.

7. La recherche du but économique et social des droits subjectifs, recherche que la théorie de l'abus des droits ainsi envisagée nécessitait, devait fatalement entraîner un élargissement considérable de cette théorie même. Celle-ci avait révélé pour le seul domaine de la responsabilité quasi délictuelle cette vérité essentielle : les droits subjectifs sont des intérêts juridiquement protégés, mais ils ne sont protégés que parce qu'il est socialement utile qu'ils le soient. Elle avait démontré que cette protection pouvait et devait être retirée dès qu'à raison des circonstances dans lesquelles se produisait son exercice, l'utilité sociale d'un droit disparaissait. Elle devenait un merveilleux instrument d'assouplissement des droits subjectifs et devait quitter le terrain relativement étroit de la responsabilité civile, pour s'étendre indistinctement à l'exercice de tous les droits, formant ainsi un facteur général de réglementation sociale.

La seconde question posée par la théorie de l'abus des droits s'énonça comme suit : Les droits subjectifs, conférés aux hommes dans un but d'utilité sociale, peuvent-ils être exercés d'une manière manifestement antisociale bien que conforme, en apparence, au texte qui les organise ? Le pouvoir du juge doit-il s'étendre à l'appréciation du caractère social de cet exercice ?

Ayant ainsi indiqué très brièvement les problèmes que la théorie étudiée fait naître, nous pouvons commencer par rechercher dans le droit romain et dans le droit ancien, si des tendances analogues ne s'y sont point manifestées.

CHAPITRE II. — Le droit romain.

8. « La théorie, soit disant moderne, de l'abus des droits, écrit Appleton (1), est aussi vieille que le droit romain. C'est l'ossature même du droit classique. Toute l'évolution de ce droit, par le prêteur et par les prudents, a consisté à le rapprocher de la morale et de l'équité, depuis Servius Sulpicius, qui rapportait toujours le droit à l'équité et qui fit école, comme on sait, jusqu'à la définition si vraie, si profonde et souvent si peu comprise de Celsus : *Jus est ars boni et aequi*. En somme, ajoutet-il, elle signifie ceci : les formules employées par les textes, ou par les règles juridiques étant toujours imparfaites ou périlleuses, nous devons éviter d'en tirer des conséquences contraires à la morale et à l'équité. A plus forte raison, aucun texte ne peut autoriser une conséquence contraire au bon sens ou à la nature des choses ». Ces quelques lignes donnant un aperçu clair de la question étudiée, précisent la tendance du droit romain en la matière.

9. Nous avons indiqué que la théorie de l'abus des droits peut se présenter sous deux aspects : théorie *étroite*, partie intégrante de la doctrine de la faute quasi délictuelle, reconnaissant la responsabilité résultant de l'exercice intentionnellement méchant ou antifinaliste des droits subjectifs ; théorie *élargie*, organisant la limitation générale de ceux-ci, en surbordonnant leur exercice à des principes de morale sociale ou d'équité et en favorisant leur assouplissement par le législateur ou par le juge. Ces deux aspects se retrouvent déjà en droit romain.

(1) CH. APPLETON, « L'enseignement du droit romain », dans la *Revue internationale de l'enseignement*, 1924, nos 5 et 6, p. 148.

Tantôt, la théorie de l'abus des droits guidant le droit vers l'équité « résume essentiellement la belle évolution des institutions du peuple romain » (1). Tantôt, des textes précis formulent d'une manière évidente les principes essentiels que la jurisprudence postérieure au Code civil hésitera à reconnaître avant 1850.

10. Dans la Rome primitive, on peut dire que quatre droits absolus sont conférés au citoyen *pater familias*. Ce sont la *Patria potestas*, droit du père sur ses enfants, la *Dominica potestas*, droit du maître sur ses esclaves, la *Manus*, du mari sur la femme, le *Dominum ex jure quiritium*, droit de propriété

C'est surtout en ce qui concerne les trois premiers que les institutions évolueront pour refréner les abus auxquels leur exercice pouvait donner lieu. Le droit de propriété restera absolu en principe. Les institutions ne changeront guère en ce qui le concerne. Mais les textes des juriconsultes y apporteront certaines restrictions.

Ces droits n'avaient à l'origine aucune limite, ni subjective, ni objective. Ils pouvaient être exercés indifféremment avec les intentions les meilleures ou les plus mauvaises, servir à tous les buts sans engager jamais la responsabilité de celui qui les exerçait. Le *pater familias* avait sur sa famille et sur ses esclaves une puissance illimitée : le droit de vie ou de mort (*jus vitæ ac necis*).

De semblables institutions ont immanquablement provoqué des abus nombreux. Il semble cependant que le sentiment de solidarité sociale, de morale sociale, la notion de la prédominance de l'intérêt public sur l'intérêt privé, ne furent pas longtemps étrangers au peuple romain primitif. Ihéring nous montre dans *L'esprit du droit romain* que l'usage et

(1) JOSSEMAND, *De l'abus des droits*. Paris, 1905, p. 10.

les mœurs nés de la conscience populaire surent contenir la liberté absolue conférée par les droits précités.

11. Le professeur Appleton (1) propose comme texte fondamental de la théorie de l'abus des droits, le principe inscrit en tête du Digeste (1, 1, 1) : *Nam (ut eleganter Celsus definit) jus est ars boni et æqui*. Cette tendance de ramener le droit à la bonté et à l'équité se retrouve du reste dans plusieurs autres textes. Ainsi, ceux qui servent de base à l'action de *in rem verso* : *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiore* (D. 50, 17, 206) et *quia bono et æquo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum* (D. 23, 3 et 6, § 2, Pomponius). On sait que Tércence dans *Heantontimoroumenos* (IV, 5, 48) dit déjà : *Summum Jus, scæpæ summa malitia* ; que Cicéron parle le langage de la solidarité sociale dans *De Officiis* (I, 10, 33) : *Homines hominum causa esse generatos, ut ipsi inter se, aliis alii prodesse possent*. On connaît surtout les termes employés par Papinien (D., 11, 7, 43) à propos d'une question de sépulture : *Nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera jacerent, strictam rationem insuper habemus*.

C'est sous l'influence de cet esprit, le respect de l'utilité sociale démontrant la nécessité pour les citoyens d'user de leurs droits *civilliter*, que les institutions intervinrent pour refréner les abus qui pouvaient se produire et limitèrent petit à petit la puissance des *Jura*. En face de ceux-ci, l'état des mœurs plaça la *nota censoria*, sorte de marque d'infamie infligée par le censeur à celui qui exerçait son droit de manière abusive, c'est-à-dire de façon contraire à l'intérêt collectif ou à la morale. Le citoyen romain comprit rapidement que les droits ne lui étaient

(1) APPLETON, *op. cit.*, p. 156.

conférés que dans un certain but social; que c'était aller à l'encontre de la finalité de ceux-ci que de les exercer antisocialement ou antimoralement.

Examinons rapidement les divers cas dans lesquels il a été fait application de ces principes.

12. Envisageons tout d'abord les droits de famille. « Dès la fin de la République, des abus du droit absolu du maître sur ses esclaves se produisent. Ils heurtent les sentiments d'humanité exprimés par les philosophes stoïciens » (1), sentiments répandus dans la conscience populaire. Le législateur intervint pour protéger l'esclave et limiter la *dominica potestas*.

On retrouve à l'égard de la *dominica potestas*, des textes formulant d'une manière certaine, le principe même de l'abus du droit subjectif. Gaius (I, 53) écrit : *Male enim nostro jure uti non debemus*. Les Institutes de Justinien (1, 8, § 2), s'exprimeront de même : « Aujourd'hui, il n'est plus permis de sévir contre les esclaves sans cause légitime. Et c'est avec raison car il est de l'intérêt public que personne n'abuse de ce qui lui appartient ». (*Et recte : expedit enim reipublicæ ne sua re quis male utatur.*)

13. La puissance paternelle subit également des restrictions.

Ainsi, l'exercice du droit de vendre son enfant ne fut pas longtemps abandonné au seul caprice du père. Vendre l'enfant sans motif grave, tel que l'extrême misère, fut bientôt considéré comme un abus. (Paul, 5, I, I). De même le droit de refuser ou d'accorder son consentement au mariage d'un fils, illimité dans sa portée ancienne, est restreint par la *Lex Julia de maritandis ordinibus* (18 avant J.-C.). Le père devra faire valoir de justes motifs de refus. Le magistrat les appréciera et pourra éventuel-

(1) GEORGES CORNIL, *Aperçu historique du droit romain*, p. 142.

lement autoriser le mariage. (Marcien, D., 23, 2, 19). Enfin, l'usage se répandit rapidement pour le *pater familias* de prendre l'avis du *consilium propinquorum vel amicorum* avant d'exercer dans toute leur rigueur les droits qui lui appartenaient (1).

14. La puissance maritale fut soumise à une évolution similaire. Le droit de répudiation nous offre à cet égard un exemple excellent. Les dissolutions de mariages devenant par trop fréquentes, on frappa de la *nota censoria* ceux qui exerçaient ce droit sans justes motifs, c'est-à-dire abusivement (2). Dans la suite, le droit chrétien énoncera limitativement les circonstances dans lesquelles la répudiation sera considérée comme normale, et organisera la répression de l'usage antisocial de ce droit (3).

Si nous envisageons, d'autre part, la réglementation de l'exercice des droits patrimoniaux, nous retrouvons des tendances analogues.

15. Le droit de propriété, avons-nous dit, n'a pas évolué d'une manière aussi nette que les autres *jura*. Pourtant, les nombreuses dispositions relatives au *damnum infectum* (4) (dommage dont on est menacé par suite de la négligence de son voisin) constituent de sérieuses restrictions du *dominium ex jure quiritium*. En principe, le sujet du droit peut user de la chose, objet du droit, comme il lui plaît. Cependant, le fait de laisser son immeuble dans un état de délabrement tel que cet état constitue une menace constante pour la propriété voisine, est un abus de droit. A ce propos, il est intéressant de constater que la théorie du risque, que certains auteurs (Josserand, par exemple), font rentrer dans la doctrine générale de l'abus des droits, se

(1) CORNIL, *op. cit.*, p. 21.

(2) *Ibidem*, p. 137.

(3) *Ibidem*, p. 608.

(4) *Ibidem*, p. 213 et 214.

retrouve dans le droit romain. C'est souvent sur la théorie du risque que la jurisprudence moderne base la responsabilité des usiniers et industriels en matière d'inconvénients de voisinage. Les usiniers exercent un droit de propriété. Cet exercice est admis par les autorités administratives. Néanmoins, et même si les propriétaires ont pris toutes les précautions désirables, ils sont tenus à la réparation des dommages qu'ils occasionnent aux propriétés voisines par les fumées et émanations. Ihéring (1), étudiant la nature juridique des actes du propriétaire qui portent atteinte à la sphère juridique du voisin, rappelle que ce dernier doit supporter la fumée normale conforme à ce que produit la vie ordinaire (*Fumum ex foco facere*, D., 8, 5, § 6), mais qu'il n'en est pas de même de la fumée produite par l'exercice d'une profession particulière (*taberna casearia*, atelier pour enfumer les fromages, D., 8, 5, § 5). Ajoutons que la situation serait également différente si la fumée était envoyée sur le fonds d'autrui à seule fin de lui nuire (*si tamen injuriæ faciendæ causa immittitur*, D., 47, 10, 44).

Dans le même ordre d'idées, il était admis qu'un propriétaire pouvait faire sur son fonds les travaux qui lui convenaient. Marcellus (D., 39, 3, 1, § 12) écrit que le propriétaire peut faire sur son sol des fouilles ayant pour effet de détourner la source du voisin. Pourvu, ajoute Ulpien, qu'il agisse non pas dans la pensée de nuire à celui-ci, mais bien dans celle d'améliorer son propre champ. Les fouilles seront également génératrices de responsabilité si elles ébranlent la solidité d'un mur voisin bien qu'il n'y ait là qu'un simple usage d'un droit (*in qua jure meo usus sum*, D., 39, 2, 24, § 12).

Labéon (D., 39, 3, 2, § 9) reconnaît au propriétaire le droit de détourner un cours d'eau torrentueux, bien que cet acte

(1) IHERING, *Œuvres choisies*, t. II, p. 137 et suiv.

nuise à son voisin. Il faut pourtant, estime Paul, que ce droit ne soit pas exercé par lui en vue d'occasionner un dommage, mais bien afin d'éviter que l'arrivée de cette eau nuise à son fonds.

Enfin l'équité suggère à Paul (*Hæc æquitas suggerit*, D., 39, 3, 2, § 5) contrairement à l'opinion de Varus la solution juridique suivante : Accidentellement (rupture d'une digue) l'état d'un immeuble est modifié. Cette situation nuit au voisin et le rétablissement des lieux dans leur état primitif n'occasionnerait point au propriétaire de dommages sérieux. Celui-ci, bien qu'il ait le droit de s'opposer à ce qu'un tiers fasse des travaux sur son sol, commettrait en l'occurrence un abus s'il ne laissait pas le voisin réparer la digue.

Signalons encore cette application intéressante, due à Celse, et qui permet à celui-ci d'énoncer le principe servant de fondement à la théorie étroite de l'abus des droits : *Neque malitiis indulgendum est*. Un possesseur fait par erreur des embellissements et constructions à un immeuble qui ne lui appartient pas. Il peut emporter ses matériaux et démolir ce qu'il a construit, mais il commettrait un abus de son droit si, dans l'impossibilité de rien emporter, et à seule fin de nuire au propriétaire, il grattait les peintures ou revêtements par lui effectués. (D., 6, 1, 38.)

16. Le droit romain sut réprimer l'exercice abusif du droit d'ester en justice.

Ulpien (D., 47, 10, 13, § 3), décide : *Si quis per injuriam ad tribunal alicujus me interpellaverit vexandi mei causa potero injuriarum experiri*. Formule excellente qui permet la répression des procès vexatoires.

Pour éviter les actions téméraires en droit classique et surtout sous Justinien (Institutes, IV, 16), qui généralise ce système, on imposait aux plaideurs le *jus jurandum calomniæ*, « serment que ce n'est pas par pure chicane

que l'on plaide » (1). Justinien impose même le serment aux avocats. (Ceci présente une curieuse analogie avec une institution du droit roumain moderne. Celui-ci inflige des amendes aux avocats des plaideurs téméraires.) Le défendeur s'opposant à la demande sans juste motif se voyait infliger une condamnation double, et pouvait être frappé de l'infamie.

Plus tard une sanction fut édictée contre le plaideur faisant abus du droit d'appel (2). Un dernier exemple : un propriétaire remet à un artisan un objet quelconque. Celui-ci est volé. En droit strict, le propriétaire pourra poursuivre immédiatement l'artisan. Cette faculté ne lui sera pourtant reconnue qu'après qu'il aura démontré l'impossibilité pour lui de poursuivre utilement le voleur. (D., 19, 2, 60, § 2.)

17. En matière de transmission de propriété pour cause de mort, la théorie étudiée trouve dans le droit romain un cas d'application fort curieux.

Le droit d'exhérédation, faisant partie de la puissance même du *pater familias*, était illimité comme elle. Mais bientôt la théorie coutumière de l'inofficiofité vint restreindre considérablement ce droit. Le testament pouvait être en tous points conforme aux règles du droit civil et du droit prétorien ; « si le testateur heurtait le sentiment d'affection (*officium pietatis*) qui doit le porter à gratifier ses proches » (3), il commettait un abus du droit d'exhéréder. La sanction de cet abus ? En cas de pétition d'hérédité, la cour des centumvirs annulait le testament en le considérant comme nul *sub colore insanix*. Une présomption de folie du testateur résultait du fait qu'il avait omis de

(1) CORNIL, *Aperçu historique du droit romain*, p. 470.

(2) *Ibidem*, p. 481.

(3) *Ibidem*, p. 390.

gratifier ses proches, sans motif légitime. Justinien, dans les nouvelles de 542 donnera la liste des motifs qui seuls pourront justifier une exhérédation.

Au sujet de la théorie de l'inofficiofité, Jossierand (1) fait cette intéressante constatation : « Les centumvirs limitent le droit de disposer par des frontières subjectives, et la remarque est d'autant plus curieuse que le législateur français ne connaît rien de pareil. Les limitations apportées si non par nos tribunaux, du moins par la loi, au droit de disposer à titre gratuit, sont purement objectives ; les mobiles qui dictent au testateur ses dernières volontés sont, en principe, indifférentes sur ce point. C'est donc un recul que la notion d'abus des droits a subi depuis Rome. »

18. Les droits contractuels n'ont pas échappé à la tendance d'assouplissement constatée jusqu'ici. La matière des obligations corréelles nous en offre un premier exemple. La corréalité permettait aux créanciers corréaux d'intenter chacun séparément une action contre le débiteur. « Ce cumul d'actions aboutissait à un cumul de condamnations sous le régime de la procédure rigide des *legis actiones*. Pareil cumul de condamnations, suivi d'un cumul semblable d'exécutions, heurtait de front la volonté qui avait présidé à l'établissement de la corréalité. » Agir de cette façon, c'était aller à l'encontre de la finalité du droit conféré aux créanciers. « Aussi, pour couper court à cet abus de droit, les jurisconsultes romains proclamèrent le principe de l'effet extinctif de la *litis contestatio* » (2).

Ulprien recommande une solution s'inspirant des mêmes principes, dans le cas d'un débiteur ayant laissé plusieurs héritiers. Le créancier en actionnant l'un d'eux, libère tous

(1) JOSSEYRAND, *De l'abus des droits*, p. 12.

(2) CORNIL, *op. cit.*, p. 254 à 257.

les autres, tout en ne détenant qu'une condamnation au paiement d'une partie de la dette. « Bien que cela soit vrai dans la rigueur des principes, l'équité demande que le créancier ait action contre les autres », écrit-il. (D., 15, 1, 32.)

Autres exemples : Par la *stipulatio*, un créancier constitue un fondé de pouvoir qui doit poursuivre le débiteur en justice. Le fondé de pouvoir fait alors une *adstipulatio*, c'est-à-dire « qu'il stipule de son côté du débiteur ce que celui-ci doit déjà au créancier » (1). Si l'adstipulator, abusant de sa situation de créancier, fait remise de dette au débiteur, il exerce son droit contrairement à son but ou à sa finalité. Cet abus a été réprimé par la *Lex Aquilia* qui l'a érigé en délit privé.

Ulpian (D., 18, 6, 1, § 3) déconseille au débiteur ayant vainement mis le créancier en demeure de prendre livraison d'exercer son droit de détruire la chose due.

Le demandeur en dommages et intérêts dépasse son droit s'il réclame réparation du préjudice subi par lui relativement aux objets de pur luxe. (D., 39, 2, 40.)

En poursuivant l'exécution d'une créance contre son débiteur, le créancier ne devra pas agir avec trop de rigueur. Le juge empêchera qu'il commette un abus. « Si le débiteur doit livrer comme esclave son propre père ou son frère naturel, l'équité veut qu'il puisse se libérer en payant la contre-valeur ». (D., 30, 1, 71, §§ 3 et 4.)

19. Il résulte de cet examen rapide, que les tendances auxquelles répond la théorie étudiée paraissent bien avoir imprégné le droit romain.

(1) CORNIL, *op. cit.*, p. 292.

CHAPITRE III. — Le droit ancien.

SECTION I^{re}. — France.

20. La théorie de l'abus des droits se retrouve sous ses différents aspects dans l'ancien droit français.

En 1539 déjà, François I^{er}, par l'article 88 de l'ordonnance de Villers, réprime l'exercice antisocial du droit d'ester en justice. « En toute matière y doit y avoir adjudication de dommages et intérêts estans demandés pour punir la témérité du succombant ».

21. Mais c'est surtout dans les textes et arrêts qui règlent les relations entre propriétaires voisins que de nombreuses applications des principes étudiés peuvent être relevées. Plusieurs auteurs français (1) s'en sont occupés. Comme en droit romain, le propriétaire pouvait user de son droit à sa guise, et notamment édifier des constructions occasionnant un certain préjudice à son voisin. Il n'était pas admis néanmoins à les établir dans le seul but de nuire et sans aucune utilité réelle.

« Il n'est permis à personne de faire en son fonds ce qui ne lui sert de rien et nuit aux autres » dit P. de l'Hommeau à l'article 420 des *Maximes générales du droit français* (2).

22. La notion du risque professionnel, que nous avons vu apparaître dans le droit romain, se précise bien avant la période moderne. De nombreux arrêts des Parlements ont

(1) Voy. notamment : « Les droits du propriétaire vis-à-vis de ses voisins », par APPERT, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906, p. 71; Note du même auteur, SIREY, 1904, 2, 217; BARDESCO, *Les abus du droit*, thèse, Paris, 1912.

(2) Dans le même sens : GUY COQUILLE, *Coutume du Nivernais*, chap. 10, art. 11; DOMAT, *Lois civiles*, liv. II, tit. 8, 3, n° 9; BERTHON DE FROMENTAL, t. I^{er}, *Principes des règles judiciaires du droit coutumier et du droit écrit*, Toulouse, 1763, p. 292; BURIDAN, *Commentaires sur la coutume du Vermandois*, 1630, p. 909.

énoncé en principe que nul ne peut, par l'exercice de sa profession ou de son industrie, gêner le travail de ses voisins ou rendre leur maison inhabitable (1). Un arrêt de 1570 défend à un boucher de tuer ou d'écorcher dans la ville. Une décision de 1571 ordonne l'expulsion d'un serrurier qui, par l'exercice de sa profession, gênait le travail d'un conseiller à la Cour. (LA ROCHEFLAVIN, *Les parlements de France*, t. I^{er}, tit. II, arr. 2 et liv. X, chap. 28, p. 609). Guyot (*Répertoire*, v^o *Voisinage*, sect. 3) s'exprime ainsi : « Les voisins se doivent des égards mutuels pour leur intérêt réciproque, soit en prenant garde à s'incommoder les uns les autres le moins qu'il leur est possible, soit en supportant les incommodités qui résultent quelquefois du voisinage... Il ne doit donc pas être permis d'exercer dans les villes des professions qui rendent inhabitables les maisons voisines. Mais on ne peut pas non plus empêcher l'exercice de toutes les professions qui peuvent entraîner des inconvénients. Le bien même de la société et du commerce, qui y a tant d'influence, exige qu'on y tolère bien des choses désagréables et incommodes jusqu'à un certain point ».

SECTION II. — Belgique.

23. Les applications de la théorie étudiée dans l'ancien droit belge méritent un examen approfondi.

Depuis la mise en vigueur du Code civil, jusqu'au milieu du XIX^e siècle, les jurisprudences belge et française se sont montrées, à quelques exceptions près, réfractaires à l'application de notre doctrine. Elles ont en réalité refusé d'appliquer des principes communément admis avant 1804. Il paraîtra peut-être paradoxal de soutenir que nos juristes anciens étaient plus sensibles que ceux du début du XIX^e siècle, aux

(1) APPERT, *op. cit.*, p. 73.

appels de la morale sociale et de l'équité, notions, selon nous, inséparables de celle du droit. Et pourtant la théorie de l'abus du droit est couramment adoptée par notre droit coutumier!

24. Pour procéder avec clarté, il y a lieu de l'envisager successivement sous ses deux aspects : théorie étroite d'abord, principe général de réglementation juridique ensuite.

Stricto sensu, elle tend à engager la responsabilité du sujet qui exerce son droit sans utilité et dans le seul but de nuire à autrui. L'arrêt de la cour de Colmar du 2 mai 1855 (D. P., 1856, 2, 9), première application de la théorie de l'abus du droit dans la jurisprudence française postérieure au Code civil, fit sensation. Les commentateurs ont cru y trouver l'énonciation de principes inconnus jusque là. La cour, considérant « que l'exercice de tout droit doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime », condamnait un propriétaire qui, à seule fin de vexer son voisin, avait élevé sur le toit de sa maison une fausse cheminée.

25. Le principe admis par cet arrêt était loin d'être nouveau. Les coutumes de l'ancien droit belge l'ont très nettement énoncé à différentes reprises. La coutume homologuée de la ville de Nieuport (1) s'exprime ainsi : « Il est encore permis à chacun de construire sur son fonds ce que bon lui semble sans avoir égard aux fenêtres et vues de son voisin, qui en seraient obscurcies, à condition que ce travail et édifice soit réellement fait *sans feinte ou dissimulation*, savoir des constructions pour son ouvrage telles que maisons, loges, galeries privées et autres semblables ».

On retrouve le même texte dans le cahier primitif du Franc de Bruges rédigé de 1572 à 1597 (2) et dans la cou-

(1) GILLIODTS-VAN SEVEREN, 1901, p. 104.

(2) IDEM, *Quartier de Bruges*, t. I^{er}, p. 180.

tume homologuée de la même ville (1), avec cette légère modification : « ... pourvu que ces ouvrages soient faits dans les formes, sans feinte de fraude, c'est-à-dire des ouvrages utiles, ce qui est laissé à l'arbitrage du juge ».

Constatons que le large pouvoir d'appréciation du magistrat, considéré par certains auteurs et notamment par Charmont (2), comme une dangereuse innovation de la théorie étudiée, était parfaitement admis au XVI^e siècle dans le comté de Flandre.

Les coutumes dites *Compilatae*, de la ville d'Anvers contiennent au titre V, § 1^{er}, n^o 1, un texte ainsi conçu : « Un chacun peut faire sur son héritage tout ce qui lui plait, même contre le jour et les fenêtres de son voisin, aussi haut qu'il lui semble bon, pourvu que ce soient des ouvrages louables et pas des ouvrages vexatoires (3). » (*Creitwerk*.)

Et au n^o 16 : « Mais si c'était une construction autre que louable pour vexer quelqu'un (*om ijmanden daermede te creiten*), dans ce cas on devrait la démolir s'il plaisait à partie ». C'était résoudre par l'affirmative un problème qui fit l'objet de discussions multiples de la part des auteurs modernes : l'abus du droit peut-il donner lieu à réparation en nature ?

La coutume d'Aardenbourg (4), rubrique XIII, n^o 2, permet à chacun de pratiquer des fenêtres dans son propre mur, « mais, bien entendu, il faut qu'elles soient utiles et non un moyen de *tracasserie* » (*quel-vensters*). Elle contient au n^o 3 une disposition à peu près identique à celle relevée dans la coutume homologuée de Bruges.

26. La répression de l'exercice inutile et vexatoire d'un

(1) GILLIODTS-VAN SEVEREN, *Quartier de Bruges*, t. I^{er}, p. 63.

(2) CHARMONT, *Revue critique*, 1898, p. 145.

(3) C. DELONGÉ, *Coutumes d'Anvers*, t. III, p. 347.

(4) GILLIODTS-VAN SEVEREN, *Quartier de Bruges, Petite ville*, p. 385, n^o 1.

droit subjectif est encore prévue en d'autres matières. C'est ainsi que la coutume de Moll-Balen, Passchel (1) et celle de Malines (2) envisagent une question fort curieuse et lui donnent une solution identique. Chacun possède le droit incontestable d'empêcher autrui de construire sur son propre fonds. Un tiers construit par erreur sur un terrain qui ne lui appartient pas. Le propriétaire abuserait de son droit s'il laissait ce tiers achever sa construction et en demandait ensuite la démolition. En agissant ainsi, il est présumé avoir obéi à la seule pensée de nuire, et dès lors, le droit de réclamer la démolition de la construction doit lui être retiré. Celle-ci sera maintenue jusqu'au jour où elle tombera en ruine. Ajoutons qu'aucune réparation ne pourra y être faite.

Defacqz (3) signale que les propriétaires des fonds dominants étaient tenus d'user des servitudes civilement, et sans nuire gratuitement au propriétaire des fonds servants (Lierre, XIII, 49; Hérenthals, XI, 35; Malines, XIV, 50).

27. C'est surtout en l'envisageant sous son aspect élargi que l'on conçoit combien la théorie de l'abus du droit est essentiellement inspirée par le sentiment de prédominance de l'intérêt général sur l'intérêt particulier. Les droits subjectifs sont conférés ou reconnus à l'homme, à seule fin de favoriser l'accomplissement par lui de telle ou telle tâche sociale. Le droit de propriété, notamment, doit lui permettre, en stimulant son intérêt personnel, de faire fructifier son bien dans l'intérêt de tous. Le paysan propriétaire de son champ le cultive et recueille la moisson. Cette moisson lui est utile; elle lui procure un gain. Elle est utile aussi aux tiers. Elle les nourrit. Si le propriétaire du champ ne le

(1) DELONGÉ, *Quartier d'Anvers*, t. VII, p. 237.

(2) IDEM, *Coutume de Malines*, p. 118.

(3) *Ancien droit belge*, t. II, p. 211.

cultive pas ou si après l'avoir cultivé, il détruit la moisson, il n'exerce pas son droit de propriété conformément au but social de celui-ci mais contrairement à sa finalité.

Au temps du « laisser faire », « laisser passer, » nul juriste n'eût songé à interdire au cultivateur la destruction volontaire de sa moisson, à imposer au propriétaire le défrichement de son fonds. Il n'en fut pas toujours de même. Sohet, dans ses *Institutes de droit pour les pays de Liège, Namur et Luxembourg* signale, à l'article 1772 (liv. II, t. 67, n^{os} 16 et 17) « qu'il était défendu à tous, sous peine de 10 sols d'amende pour chaque bête, de faire pâturer ses propres grains croissant par aucune force de bétail que ce puisse être ».

Le même auteur (liv. II, t. 64, n^{os} 1 et 4) énonce ce principe : « Le domaine est la propriété de notre bien ou le droit d'en disposer comme nous voulons en suivant les lois mais le Prince peut bien empêcher les particuliers d'abuser de leur domaine ». Enfin, ajoute-t-il, à Liège, pour éviter les abus (Préliminaire, t. IV, n^o 10), « nous sommes obligés de suivre les lois de l'Eglise qui corrigent les lois civiles usuraires et peccamineuses ». Signalons, d'autre part, que la coutume de Bailleul (R. 34, art. 21) disposait : « Personne ne pourra laisser ses terres vagues ou en friche pour son plaisir ou sa volonté ».

28. Chacun est libre aujourd'hui, si bon lui semble, de détruire son immeuble ou de le laisser tomber en ruine. Le bourgmestre usera de son pouvoir de police si l'état de délabrement constitue un danger mais le droit du propriétaire est absolu : il peut raser sa maison, s'il lui plaît ainsi.

A Furnes, en 1535, il en était tout autrement. Les coutumes de la ville et châtellenie de Furnes (1) disposent dans les *Ceures concernant l'édification et démolition de*

(1) PAR GILLIODTS-VAN SEVERËN, t. III, p. 368 et 369.

maisons, les ventes d'héritages et d'hypothèques, n^o 8 :
« Dorénavant que personne ne se permette plus de démolir ou de faire démolir quelques maisons, granges, étables, ou tout autre bâtiment sis entre les quatre portes de la ville, à moins qu'il ne réédifie ou fasse réédifier les dites maisons ou bâtiments dans le même état. Bien entendu qu'il n'est permis à personne de convertir une maison en étable et grange mais chacun doit maintenir et entretenir sa maison en état, sinon dans un état meilleur. Et si, par négligence ou par mauvaise volonté, quelque propriétaire laissait tomber sa maison en ruine, il serait tenu de la reconstruire ou de la réparer, sous peine d'une semblable amende ». C'était une manifestation répréhensible, parce qu'antisociale, du droit de propriété.

Il est intéressant de rapprocher les textes de ces coutumes des dispositions qui, dans quelques pays, ont, au plus fort des crises de logement, interdit la désaffectation des immeubles à usage d'habitation.

29. D'autres restrictions, nécessitées par la sauvegarde d'un intérêt supérieur, furent du reste apportées au droit de propriété par l'*ancien droit belge*. Ainsi, on relève dans la coutume du Franc de Bruges (1) des dispositions interdisant de planter ou de construire sur tous les terrains avoisinant les moulins. Leurs ailes devaient rester librement exposées à tous les vents. A Furnes (2), la démolition de l'obstacle ne pouvait être décidée que s'il avait été érigé postérieurement à l'établissement du moulin.

30. Enfin, la réglementation des rapports de voisinage nécessita, après examen et balance des intérêts en présence, l'imposition de certains sacrifices aux propriétaires et favorisa l'application de la théorie du risque.

(1) Franc de Bruges, t. I^{er}, 77.

(2) Furnes, Coutumes homologuées, 37^{me} titre.

Les coutumes de Malines, approuvées et autorisées en 1535, après avoir reconnu la liberté de l'héritage depuis terre jusqu'au ciel (t. 14, n° 27), stipulent au n° 34 : « Celui qui veut faire creuser sur son héritage un fossé, un étang, un réservoir ou un puits sans maçonnerie est obligé de les faire creuser aussi loin de l'héritage de son voisin que le fossé, l'étang, le réservoir ou le puits seront profonds. »

Le statut ou ordonnance sur les servitudes dans la ville et franchise de Louvain (1730) proclame au n° 9 : « L'héritage d'un chacun est libre depuis le sol jusqu'au ciel », mais ajoute au n° 26 : « Nul ne peut laisser son héritage au-dessus de l'ancien sol, ni baisser l'ancien sol à tel point que son voisin en subirait du dommage dans ses murs et autres constructions ».

D'autre part Defacqz rappelle cinq arrêts du Grand Conseil qui ont interdit l'établissement de fours à chaux et de moulins à huile de nature à incommoder les voisins. La coutume de Maestricht (V, 21, 22 et 23) ordonne que les savonniers, corroyeurs, tanneurs, amidonniers et batteurs de cuivre exercent leur profession « es lieux et rues écartés et point au cœur de la ville » (1). Une loi semblable régissait à Liège l'exercice du métier de fondeur de suif depuis 1317 (2).

Bref, le droit de faire chez soi ce que bon semblait dégénérerait en abus s'il occasionnait aux voisins un préjudice sérieux. Ceux-ci devaient supporter un trouble normal. La coutume de Bruxelles (3) s'exprime en ce sens : « Celui qui a ou veut dresser sur son fonds des étables de vaches, chevaux ou cochons, ou des lieux pour nourrir des lapins, pigeons, poules ou autres semblables devra conduire les

(1) DEFACQZ, *Ancien droit belge*, t. II, p. 211.

(2) *Ibidem*, p. 178.

(3) Par DE CUYPER, t. 1^{er}, p. 375, n° 79.

ordures de sorte que les voisins n'en souffrent aucune puanteur irraisonnable. »

CHAPITRE IV. — Le Code civil.

31. La Révolution française consacre le triomphe de l'individualisme. La notion de l'individu, être juridique, auquel les droits subjectifs sont reconnus à seule fin de le garantir contre l'Etat, l'idée du droit de propriété inhérente à la nature humaine, la théorie traditionnelle de la liberté sont les bases philosophiques et sociales sur lesquelles se fonde la nouvelle organisation juridique (1).

Jusqu'au moment où, sous l'influence de l'idée-force de solidarité, les jurisprudences française et belge en contact avec la vie et les mœurs évolueront pour corriger la rigueur des lois établies sur de semblables principes, la notion de l'exercice antisocial des droits que nous avons vu naître chez les Romains et se développer dans les coutumes, subira une éclipse (2).

32. Pourtant, le Code civil contient quelques vestiges ayant résisté à l'individualisme outrancier dont il est imprégné. Ce sont tantôt des traces qui subsistent du droit romain, tantôt des textes qui se sont imposés d'eux-mêmes, tant il est vrai qu'une organisation sociale stable ne peut faire abstraction du passé et s'appuyer sur la seule base de la liberté individuelle.

Quelques-uns des textes du Code civil font application de la théorie étroite prérappelée en interdisant l'exercice intentionnellement méchant ou dépourvu de motifs légitimes d'une faculté définie.

(1) BEUDANT, *Introduction au cours de droit civil*, p. 2.

(2) CHARMONT, *Revue trimestr. de droit civil*, 1902, p. 120.

D'autres limitent la sphère de libre activité juridique créée par les droits subjectifs afin d'éviter les conséquences antisociales qu'entraînerait l'usage anormal de ceux-ci. C'est la conception élargie de l'abus des droits.

Il y a lieu d'examiner successivement ces textes.

33. L'article 179 refrène l'abus du droit d'opposition à mariage. Les oppositions « tracassières », méchantes, même non dolouses (1), exposeront les opposants, autres que les ascendants, à des condamnations en paiement de dommages et intérêts. Les tribunaux ont, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire.

34. L'article 618 réprime l'exercice anormal des droits conférés à l'usufruitier. Il le sanctionne par la cessation éventuelle de l'usufruit et laisse au juge le soin d'apprécier souverainement la gravité des faits reprochés (2).

35. L'article 701 est caractéristique. En principe, le propriétaire du fonds servant ne peut transporter la servitude dans un endroit différent de celui qui fut primitivement assigné. Le propriétaire du fonds dominant commettrait pourtant un abus de son droit, par exercice inutile de celui-ci, s'il refusait l'offre faite par le propriétaire du fonds servant de transporter l'exercice de la servitude dans un endroit aussi commode que l'endroit primitivement assigné. Pour qu'il n'y ait abus, il faut bien entendu que la modification postulée ne cause aucun préjudice au fonds dominant et qu'elle soit utile au fonds servant (3). Cette disposition est inspirée par la nécessité de concilier l'intérêt collectif avec l'intérêt particulier (4). L'observation absolue des restrictions imposées par les servitudes pouvait

(1) LAURENT, t. II, nos 407 et 408.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Les biens*, n° 754.

(3) Cass. fr., 19 avril 1842 (SIR., 1842, 1, 442).

(4) LAURENT, t. VIII, n° 275.

compromettre l'intérêt public en entravant l'amélioration de la culture ou l'édification de constructions utiles à tous.

36. C'est surtout parmi les textes du livre « Des obligations » que les applications des principes étudiés sont fréquentes. L'explication en est aisée. Cette partie du Code est directement inspirée par le droit romain.

La disposition générale de l'article 1134, § 3 a pour but d'empêcher l'exercice trop rigoureux des droits conférés par la convention. Certains auteurs invoquent cet article pour justifier la thèse de l'imprévision. Celle-ci est très nettement adoptée du reste par l'article 1889 : « Si, pendant le terme convenu, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de la chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre. »

37. L'article 1153, alinéa 4 nouveau constitue également une application de la théorie de l'abus des droits. D'après l'ancien texte, le créancier ne pouvait jamais exiger que des intérêts moratoires en cas de retard dans l'exécution. D'après le nouveau texte, si le débiteur agit méchamment et dans le seul but de nuire, les dommages et intérêts pourront dépasser les intérêts légaux (1). L'action paulienne, création du droit romain reproduite par l'article 1167, répond à une idée similaire. GROUBER, dans l'introduction de son étude approfondie sur *L'action paulienne en droit civil français* (2), s'exprime ainsi : « Le droit des créanciers à l'action paulienne est une des applications les plus anciennes du droit de la victime d'un abus de droit préjudiciable de critiquer l'acte constitutif de cet abus. Comme la caractéristique, et pour ainsi dire le mystère, de l'action paulienne consistait dans le fait qu'au moyen de cette action les créanciers s'attaquent à des actes rentrant objectivement dans la

(1) BARDESCO, *Les abus du droit*, p. 26.

(2) GROUBER, *L'action paulienne*, p. 4. Paris, 1913.

sphère de l'activité normale de leur débiteur, l'existence de cette action se justifie et le mystère s'explique dès qu'on songe qu'user d'un droit dans des circonstances psychologiques rendant cet usage immoral, c'est en réalité en abuser.»

L'article 1244, § 2, dans une pensée manifeste d'humanité (1) donne au juge le pouvoir d'accorder des délais de grâce afin d'éviter que le créancier ne puisse exercer son droit avec trop de rigueur (2). Le tribun Jaubert s'écriait, au cours des travaux préparatoires (3) relatifs à cet article : « N'est-il pas vrai qu'un débiteur de bonne foi peut se trouver dans de telles circonstances que le retardement ne puisse lui être imputé à crime et qu'il y aurait une *dureté excessive* de la part du créancier qui ne lui accorderait pas un délai. La justice n'est-elle pas aussi l'équité naturelle? »

38. L'article 1246 ainsi conçu : « Si la dette est une chose qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce, mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise », se rattache également à la notion de l'exercice antisocial des droits et dérive directement du principe énoncé par l'article 1134, § 3 : les obligations doivent être exécutées de bonne foi (4).

39. Ce ne sont du reste pas les seuls moyens mis à la disposition du débiteur pour éviter les exigences anormales du créancier. Si « par caprice » (5) celui-ci refuse de recevoir paiement, le débiteur pourra se libérer par la procédure des offres réelles (art. 1257).

40. Signalons encore quelques dispositions laissant au juge

(1) COLIN et CAPITANT, t. II, p. 171.

(2) JOSSEKAND, *op. cit.*, p. 35.

(3) FENET, t. XIII, p. 346.

(4) JOSSEKAND, *op. cit.*, p. 35; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Des obligations*, t. II, p. 562.

(5) *Ibidem*, p. 694.

le pouvoir d'apprécier la légitimité des motifs inspirant l'exercice d'un droit.

L'article 1699, organique du retrait litigieux, a pour but de mettre un frein aux abus des acheteurs de procès et à leurs spéculations. La preuve en est que si la cession se produit dans des circonstances établissant l'existence d'un motif légitime dans le chef du cédant, le retrait ne peut s'effectuer (art. 1701) (1).

Une société à une durée indéterminée peut être dissoute par la volonté de l'un des associés. L'article 1869, en stipulant que la renonciation doit être faite de bonne foi et non à contre-temps, évite les conséquences préjudiciables pouvant résulter d'un droit absolu de dissolution unilatérale. Le mandataire peut mettre fin au contrat de mandat quand il lui plaît. Il y a pourtant abus de cette faculté si cette renonciation préjudicie au mandant sans répondre à une nécessité dans le chef du mandataire (art. 2007, § 2) (2).

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, *De la vente*, p. 962.

(2) JOSSEKAND, *op. cit.*, p. 37.

TITRE II.

LES APPLICATIONS DE LA THÉORIE DE L'ABUS DES DROITS EN DROIT MODERNE.

41. Le recul subi par la théorie étudiée sous l'impulsion des principes individualistes n'aura pas été de longue durée. D'une part la complète rigidité de ces principes ne put être maintenue, d'autre part la jurisprudence s'insurgea assez rapidement contre l'exercice intentionnellement méchant, anormal ou antifinaliste des droits subjectifs en apparence les plus absolus. Elle reprit la voie que la loi avait abandonnée. Aujourd'hui, du reste, les innovations législatives modifiant les principes du droit civil sont généralement l'aboutissement d'un mouvement jurisprudentiel. Les tendances transformatrices semblent tout d'abord naître d'un besoin ressenti par la conscience collective de la masse. Elles sont bientôt portées au prétoire et soumises aux juges. D'aucuns, prisonniers des textes, les rejettent; d'autres les accueillent et sauvent les principes par de savantes interprétations ou l'adoption d'expédients fournis par l'exégèse. Le législateur est ensuite contraint de suivre. La théorie de l'abus des droits nous fournit l'un des exemples les plus caractéristiques de ces mouvements juridiques. Plus aucun droit subjectif n'échappe à son emprise. La jurisprudence et la doctrine l'ont fait pénétrer dans tous les domaines. Dans bien des cas, la législation l'a consacrée; dans d'autres elle est sur le point de le faire.

Afin de donner une idée complète de l'état actuel des jurisprudences et des législations belge et française, nous

passerons successivement en revue l'évolution subie par les droits subjectifs essentiels. Nous reprendrons à cet égard la classification adoptée par Josserand en 1905, c'est-à-dire que nous étudierons d'abord les droits extra-contractuels et parmi ceux-ci, d'une part les droits patrimoniaux et d'autre part les droits de famille; puis les droits contractuels.

CHAPITRE PREMIER. — La Propriété.

42. C'est assurément le droit de propriété qui a fourni à la théorie envisagée les occasions les plus nombreuses et les plus caractéristiques de se manifester.

L'explication de ce phénomène est aisée.

La propriété est le droit subjectif qui semble le plus absolu. Inspirée de la conception juridique du *dominium* romain, sa rigueur est consacrée par des textes bien connus : l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 : « La propriété est inviolable » ; l'article 544 du Code Napoléon : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue. »

Il se conçoit que la thèse de l'exercice antisocial des droits se soit naturellement attaquée tout particulièrement au droit dont l'usage abusif était le plus fréquent, puisqu'il paraissait admis par la loi.

Nous avons déjà signalé que la théorie de l'abus des droits s'entendait tantôt en un sens étroit, tantôt en un sens plus large qui lui donnait le caractère d'un principe général de réglementation sociale. Sous ces deux aspects, l'anormalité de l'exercice d'un droit peut encore se révéler de différentes manières. Tantôt cette anormalité est prouvée par l'intention du titulaire du droit exercé. C'est le critérium subjectif. Tantôt elle résulte des conséquences mêmes de cet exercice. C'est le critérium objectif. Nous exami-

nerons ultérieurement quel est, selon nous, le véritable critérium à adopter. Nous n'avons en ce moment qu'à retenir cette distinction se manifestant très nettement dans la jurisprudence relative au droit de propriété. Elle permet un exposé plus clair de celle-ci.

SECTION I^{re}. — Anormalité de l'exercice du droit de propriété se révélant par l'intention du sujet.

43. C'est l'un des aspects sous lesquels la théorie se présente de la manière la plus nette et la plus originale. Le principe est simple : Si l'adage *qui suo jure utitur neminem lædit* protège celui qui use d'un droit, cette protection peut néanmoins être refusée par le juge ou par la loi, chaque fois que l'usage de ce droit apparaît comme vexatoire, intentionnellement méchant ou simplement inutile.

§ 1^{er}. — FRANCE.

44. La première manifestation qui peut en être relevée, est cet arrêt fameux de la cour de Colmar du 2 mai 1855 (1). Il convient d'en rappeler une fois de plus les attendus parce qu'ils sont assurément des plus caractéristiques : « Considérant que s'il est de principe que le droit de propriété est un droit en quelque sorte absolu, autorisant le propriétaire à user et abuser de la chose, cependant l'exercice de ce droit comme celui de tout autre doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime; que les principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance, accomplie sous l'empire d'une mauvaise passion, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice à autrui ».

(1) D. P., 1856, 2, 9.

Par ces motifs, la cour ordonna la démolition d'une fausse cheminée élevée par le défendeur sur son propre toit exactement en face de la fenêtre de son voisin et à seule fin de nuire à celui-ci.

45. Une jurisprudence imposante suivit cet arrêt novateur : le 18 avril 1856 (1), la cour de Lyon déclare constitutif de quasi-délit, le fait pour un propriétaire de pratiquer sur son fonds, dans une intention exclusivement malveillante, des fouilles ayant pour effet de tarir les sources de son voisin.

Le 2 décembre 1871, la cour de Paris (2) estime que le prince de Wagram excède son droit de propriétaire en organisant sur son fonds un tapage infernal destiné à effrayer le gibier de son voisin chaque fois que celui-ci donne une battue. *L'animus vexandi* était le seul mobile de l'acte.

Doit être démolie, décidera semblablement le tribunal de Sedan (3), la cloison en planches élevée par un propriétaire pour masquer le jour de son voisin, s'il est démontré que cette cloison est érigée dans un but de pure taquinerie et sans aucune utilité réelle.

Signalons encore les motifs qui permirent à la cour de Chambéry (4) d'ordonner la suppression d'un épouvantail établi par un fermier sur son propre terrain. L'auteur du mannequin lui avait donné à la fois une certaine ressemblance avec le propriétaire voisin et un aspect particulièrement hideux !

Dans chacune de ces décisions, l'intention de nuire paraît être l'élément essentiel ayant déterminé la conviction des juges.

46. Le caractère abusif de l'exercice du droit résulte

(1) D. P., 1856, 2, 199.

(2) D. P., 1873, 2, 185; espèce identique : Amiens, 7 février 1912, (D. P., 1913, 2, 177).

(3) SIR., 1904, 2, 217.

(4) Chambéry, 21 juillet 1914 (*Gaz. des trib.*, 1915, 2, 429).

parfois de l'inutilité de l'acte. La théorie de l'abus se rapproche dans ce cas de l'adage : « sans intérêt, pas d'action » (1).

Nous venons de constater que des fouilles pratiquées à seule fin de nuire engageaient la responsabilité de leur auteur. La constatation du défaut de leur utilité entraînera les mêmes conséquences (2). L'intérêt de ce principe réside dans le fait que dorénavant les propriétaires devront réparer tout le préjudice résultant de fouilles dont l'indispensabilité ne sera pas reconnue. C'est ce qui a été décidé à nouveau par la cour de cassation le 16 juin 1913 (3).

47. Au surplus, l'inutilité de l'acte sera souvent considérée comme élément révélateur d'une intention malveillante.

A cet égard, l'espèce tranchée le 7 février 1912 par la cour de Chambéry (4) est particulièrement curieuse. Le tenancier d'un casino d'Aix-les-Bains refusait à un hôtelier l'entrée de ses voitures dans l'enceinte du dit casino et de ses dépendances. Assigné par l'hôtelier, le défendeur reconnut qu'il laissait pénétrer librement les voitures de tous les autres hôtels de la localité. Il ne fut pas à même d'établir que l'interdiction litigieuse pût lui procurer un avantage ou un profit. La cour en déduisit qu'il agissait dans une intention malveillante et le condamna.

On retrouve le même critérium dans plusieurs décisions plus récentes. « Commet un abus du droit de propriété, dira-t-on, celui qui élève sur son terrain des ouvrages prétendument défensifs, tels que carcasses de bois et pointes de fer, sous le prétexte de se protéger du voisinage d'un constructeur de ballons dirigeables..., le défaut de nécessité

(1) Voy. JEAN DABIN, « A propos d'un ouvrage récent », dans la *Belgique judiciaire*, 1924, col. 559.

(2) Cass. fr. (req.), 10 juin 1902 (SIR., 1903, 1, 11).

(3) SIR., 1914, 1, 266.

(4) D. P., 1913, 2, 177 et note de Jossierand.

et d'utilité personnelle permettant de conclure à l'intention méchante » (1). Laisser sans nécessité errer dans son propre jardin un chien dangereux, est un exercice abusif du droit de propriété et entraîne la responsabilité de son auteur (2). Peut justifier une condamnation à dommages et intérêts le fait pour le propriétaire d'un moulin à eau, situé en amont d'un autre moulin, de lever subitement les vannes si cette levée n'était pas commandée par des circonstances exceptionnelles et bien qu'elle ait été effectuée conformément à un arrêté préfectoral prescrivant la levée des vannes, chaque fois que le niveau légal de retenue des eaux serait dépassé (3).

De même, l'absence de nécessité dans le chef d'un voiturier qui laisse stationner fréquemment et longuement des charrettes de fumier devant l'immeuble d'un voisin (4), imprime à son acte un caractère abusif.

48. Enfin, un principe fort intéressant, et qui devrait trouver des applications plus fréquentes, a été énoncé par le tribunal de Draguignan, le 17 mai 1910 (5). Une société minière avait le droit de faire exécuter certains travaux. Elle avait le choix entre deux modes d'exécution. Sans utilité, elle choisit la solution préjudiciable au voisin. Le tribunal estima qu'il y avait exercice anormal du droit de propriété, constitutif de faute au sens de l'article 1382 : « Attendu, dit-il, que s'il n'y a pas acte illicite, ni par conséquent responsabilité encourue de la part de celui qui cause un dommage à autrui en usant de sa chose suivant

(1) Compiègne, 19 février 1913 (D. P., 1913, 2, 177) et cass. fr. (req.), 3 avril 1915 (*ibid.*, 1917, 1, 79).

(2) Nice, 23 octobre 1912 (*Pasic.*, 1913, IV, 16).

(3) Cass. fr., 30 juillet 1918 (D. P., 1919, 1, 39) et *Revue trimestrielle de droit civil*, 1919, p. 543.

(4) Cass. fr. (req.), 1^{er} mai 1912 (*Gaz. du pal.*, 1912, 274).

(5) D. P., 1911, 2, 133.

sa destination, il y a véritablement faute de la part de celui qui, ayant plusieurs manières d'exercer son droit, aurait, sans nécessité, choisi celle qui peut être préjudiciable à autrui... ».

§ 2. — BELGIQUE.

49. On a coutume de dire que la jurisprudence belge se montre réfractaire à la théorie de l'abus du droit (1).

Il est certain qu'en ce qui concerne l'anormalité révélée par l'*animus vexandi* ou l'absence de nécessité de l'acte incriminé, les applications de notre théorie au droit de propriété sont plutôt rares. Il est pourtant inexact de prétendre que la jurisprudence belge se soit refusée à l'adopter. Nous pensons plutôt que les occasions de l'invoquer ne se sont pas manifestées de façon aussi caractéristique qu'en France. Nos cours et nos tribunaux ont néanmoins donné très nettement leur adhésion à cet aspect de la doctrine étudiée chaque fois qu'il leur a été soumis.

50. Dès 1834, la cour de Gand (2) fait une application négative, mais absolument catégorique, du principe mis en vigueur par la cour de Coïmar vingt ans plus tard. Application négative, disons-nous, parce que chargée d'examiner si un propriétaire avait le droit de disposer de son fonds comme bon lui semblait, dût-il en résulter une incommodité (en l'occurrence, un bruit relativement léger) pour le voisin, la cour répond oui : « à la condition toutefois que les actes légitimes de propriété qu'il exerce sur son fonds ne soient point dictés par l'envie seule de nuire à autrui, principe basé sur le droit romain ». Et l'arrêt cite plusieurs des textes du Digeste renseignés plus haut. S'il refuse de reconnaître la responsabilité du sujet du droit, c'est uniquement parce

(1) J. DABIN, *Belgique judiciaire*, 1924, col. 559.

(2) *Pasic.*, 1834, II, 95.

qu'il estime que la preuve de l'intention vexatoire n'est pas rapportée.

On le voit : la jurisprudence belge paraît en réalité être la première à avoir énoncé, postérieurement à la rédaction du Code civil, l'un des principes les plus utiles de la théorie de l'exercice antisocial des droits.

51. En 1880, le tribunal de Bruxelles (1) envisageant la responsabilité entre propriétaires voisins à raison de travaux et constructions, libella un attendu tout aussi catégorique : « qu'en effet on peut en usant de son droit causer impunément un dommage à autrui, à moins qu'on ne le fasse méchamment et à dessein de nuire ou qu'en le faisant on ne porte atteinte à un droit de la partie qui subit ce dommage ».

52. Mention spéciale doit être faite d'un arrêt de la cour de Gand qui fit une application très nette, mais positive celle-ci, de la théorie étudiée. Il ne s'agissait pas à proprement parler de l'exercice du droit de propriété mais bien d'un droit qui s'y rattachait. L'article 661 du Code civil reconnaît au propriétaire joignant un mur, le droit de le rendre mitoyen. Les éléments de la cause révélaient que le demandeur réclamant la sanction de ce droit se trouvait, en réalité, dans l'impossibilité absolue de faire de la mitoyenneté un usage normal. L'arrêt le débouta, estimant que : « si d'après la rigueur du texte, la seule condition exigée par l'article 661 consistait dans la contiguïté du fonds, il y avait lieu toutefois de considérer les motifs qui avaient déterminé le législateur et les principes généraux du droit; que l'exercice du droit conféré apparaissait comme limité par l'intérêt légitime et appréciable de celui qui le réclamait » (2).

53. Remarquons que la théorie étudiée a été fréquemment

(1) Trib. Bruxelles, 24 novembre 1880 (*Journ. des trib.*, 1880, col. 1562).

(2) Gand, 22 juin 1907 (*Pasic.*, 1907, II, 313).

invoquée par la jurisprudence belge dans les conflits relatifs à un aspect tout spécial de la propriété (1) : celle du nom patronymique. En principe, chacun peut, comme il l'entend, user de ses nom et prénom, qui sont le signe de son individualité et constituent son bien propre. Il est cependant admis en matière commerciale, que l'usage de ce droit devient abusif et doit être réprimé s'il est exercé en vue de nuire à autrui (2). L'intention à laquelle on obéit est révélatrice d'abus.

54. L'abus se manifestant par un choix malveillant entre plusieurs manières d'exercer son droit, est également réprimé par la jurisprudence belge. Quelques décisions adoptèrent tout d'abord le principe; il fut ensuite énoncé et reconnu très catégoriquement par notre cour de cassation. La première décision date de 1884 (3). Elle émane de la justice de paix d'Arlon. Un propriétaire ayant établi contre un mur séparatif un foyer dont le tuyau répandait de la fumée vers le fonds voisin, fut condamné au paiement de dommages et intérêts. Cette responsabilité, dit le jugement, est due spécialement au fait que le défendeur ayant pu user de son droit tout autrement, en plaçant par exemple ce foyer ailleurs, avait choisi délibérément le seul mode d'exercice qui fût préjudiciable.

La seconde décision date de 1901; elle fut rendue par la cour de Gand (4). Le propriétaire d'un immeuble contigu à l'un des principaux hôtels d'une station balnéaire désirait y faire des travaux de réfection et d'agrandissement. Au

(1) *Contra* : COLIN et CAPITANT, 4^e édit., t. I^{er}, p. 359. Voy. GAUDEMET, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1921, p. 979.

(2) Comm. Anvers, 5 juillet 1902 (*Journ. des trib.*, 1902, 953); Bruxelles, 27 décembre 1902 (*Pasic.*, 1903, II, 189); comm. Bruxelles, 2 juin 1904 (*Jur. comm. Bruxelles*, 1904, 387); 6 avril 1909 (*Pasic.*, 1909, III, 163).

(3) J. de P. Arlon, 20 janvier 1883 (*Pasic.*, 1884, III, 228).

(4) Gand, 28 janvier 1901 (*Pasic.*, 1901, II, 245), confirmant Bruges, 19 juin 1900 (*ibid.*, 1900, III, 256).

lieu de les effectuer avant ou après la saison, il choisit le moment où l'hôtel devait s'ouvrir. Les poussières et le bruit gênèrent les personnes venant en villégiature. Action de l'hôtelier qui obtint gain de cause, le propriétaire de l'immeuble ayant mal choisi son moment pour exercer un droit incontestable.

La cour de Bruxelles (1) décida de même que le tarissement d'un puits, par suite de travaux, n'engageait la responsabilité de celui qui les avait entrepris que si ceux-ci pouvaient être effectués d'autre façon, et sans épuisement de la nappe aquifère.

Enfin, la cour de cassation se prononça le 12 juillet 1917 (2) : « Attendu, dit l'arrêt, qu'entre différentes façons d'exercer son droit avec la même utilité, il n'est pas permis de choisir celle qui sera dommageable pour autrui. » On le voit, c'est l'un des aspects essentiels de la théorie de l'abus des droits acceptée et appliquée par notre plus haute juridiction. L'espèce mérite d'être rapportée. Deux grands magasins sont contigus. Ils sont établis dans une artère très fréquentée. Le propriétaire de l'un d'eux installa une réclame lumineuse importante. Immédiatement, le voisin établit une enseigne de dimensions absolument identiques, cachant complètement la première aux passants sortant d'une gare proche. L'arrêt attaqué estimant que le propriétaire de la seconde enseigne avait agi sans nécessité, et que cette absence de nécessité révélait dans son chef une intention de nuire déclara abusive la manière dont l'intimé avait exercé son droit. Il le condamna à déplacer immédiatement son enseigne.

(1) Bruxelles, 18 juillet 1913 (*Belg. jud.*, 1913, col. 1181).

(2) Cass., 12 juillet 1917 (*Pasic.*, 1917, I, 65), rejetant pourvoi contre Bruxelles, 14 avril 1915 (*ibid.*, 1915, II, 194).

SECTION II. — Anormalité de l'exercice du droit de propriété se révélant par ses conséquences mêmes.

55. Nous venons d'envisager la théorie sous son aspect subjectif, l'intention du sujet déterminant le caractère abusif de l'acte incriminé.

Passons à son aspect objectif. La volonté ou le mobile du sujet ne doivent plus être recherchés. Par les seules conséquences de l'acte, il sera démontré que le droit a été exercé abusivement. C'est surtout en vue de régler la matière des relations de voisinage que la théorie ainsi comprise a été invoquée. Chaque fois que l'exercice du droit de propriété occasionne au voisin un préjudice appréciable, il a des conséquences qui ne peuvent être tolérées. Ce droit n'est conféré et protégé par la loi que dans un but d'utilité sociale. Si l'activité qui en résulte lèse le droit d'autrui, la protection de la loi peut être partiellement retirée.

§ 1^{er}. — FRANCE.

56. La jurisprudence relative à la question des relations de voisinage a été, en France, l'objet d'études multiples et approfondies (1).

Il nous suffira, en conséquence, en indiquant les principes qui en sont communément déduits, de noter quelques-unes des décisions les plus caractéristiques, et d'y ajouter les plus récentes.

(1) Consultez notamment : BARDESCO, *Abus du droit*, p. 53 et suiv.; APPERT, *Rev. trim. de droit civil*, 1906, p. 71 et suiv.; HAYEM, *Droit de propriété et ses limites*, p. 390 et suiv.; RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses relations avec les propriétaires voisins*; CAPITANT, *Des obligations de voisinage*, Paris, 1900; FRANÇOIS FAYE, *Le voisinage industriel*, Grenoble, 1923; DEMOGUE, *Des obligations*, t. IV, p. 397 à 471.

57. Les incommodités ou dommages peuvent être parfois le résultat d'une véritable faute, imprudence ou négligence.

Cette faute tombe, dès lors, sous l'application normale de l'article 1382. Il n'y a pas exercice abusif d'un droit, mais acte illicite. C'est le cas du propriétaire qui, sans effectuer des travaux de consolidation, pratique sur son fonds des fouilles (1) et provoque ainsi des éboulements. C'est le cas de l'industriel, dont l'usine émet des exhalaisons malsaines ou des gaz nocifs, alors qu'il aurait pu les éviter en prenant certaines précautions (2). C'est enfin le cas du chasseur qui favorise, même par inaction, la reproduction d'animaux nuisibles, lapins ou sangliers, sur sa propre chasse (3).

Ces décisions ne doivent point nous retenir. Elles visent une faute aquilienne se manifestant par un acte illicite attribué à la négligence ou à l'imprudence.

58. Il est de jurisprudence constante que l'exercice licite en soi du droit de propriété peut entraîner la responsabilité de son auteur si les incommodités ou le dommage qui en résultent dépassent les limites des inconvénients normaux du voisinage.

Se basant soit sur une interprétation extensive de l'article 1382, considérant comme quasi-délit le dépassement de la libre sphère d'activité conférée par le droit de propriété, soit sur la théorie du risque, estimant à juste titre que doit supporter le dommage celui qui profite de l'exercice dommageable du droit plutôt que celui qui y reste étranger, soit enfin sur la doctrine du quasi-contrat de voisinage, les cours et

(1) Cass. fr., 3 juillet 1849 (SIR., 1849, 1, 624); Colmar, 25 juillet 1861 (*ibid.*, 1861, 2, 577); Dijon, 16 mai 1876 (*ibid.*, 1876, 2, 363); Bourges, 19 février 1872 (D. P., 1872, 2, 184).

(2) Cass. fr., 26 mars 1873 (SIR., 1873, 1, 256) et 3 juillet 1849 (*ibid.*, 1849, 1, 624); Paris, 19 avril 1893 (*ibid.*, 1893, 2, 124).

(3) Cass. fr., 16 décembre 1919 (SIR., 1920, 1, 255); 4 novembre 1922 (*ibid.*, 1922, 1, 340) et 19 février 1923 (*ibid.*, 1923, 1, 68).

tribunaux se montrent unanimes à négliger pour étayer une condamnation la recherche de l'existence d'une faute, au sens classique du mot. Sans reprocher aucun acte d'imprudence ou de négligence, tout en reconnaissant qu'il s'agit uniquement de l'exercice d'un droit, ils condamnent les propriétaires des mines à raison des dommages causés à la surface (1); les industriels, même s'ils jouissent des autorisations administratives nécessaires (2), dès que leurs usines émettent des fumées et poussières nuisibles (3), des exhalaisons fétides et nocives (4); les compagnies de chemin de fer dont les locomotives occasionnent des dégâts par leur fumée ou par leurs étincelles (5); les tenanciers des maisons de tolérance à raison de la dépréciation qui est infligée aux maisons avoisinantes (6); les usiniers, transporteurs ou artisans (7), les organisateurs de bals ou fêtes publiques (8), les directeurs d'école même (9), lorsque le bruit résultant des moteurs, de la musique et des danses ou les cris des enfants incommodent immodérément les voisins; les

(1) Lyon, 21 août 1828 et 17 janvier 1833 (D. P., 1833, 2, 49); cass. fr., 16 novembre 1853 (SIR., 1853, 1, 156).

(2) Cass. fr., 4 janvier 1841 (D. P., 1841, 1, 325).

(3) Cass. fr., 8 juin 1867 (SIR., 1868, 1, 305); Orléans, 19 février 1909 (*ibid.*, 1910, 2, 55); cass. fr., 24 juin 1866 (*ibid.*, 1866, 1, 90) et 18 novembre 1884 (D. P., 1885, 1, 71).

(4) Cass. fr., 14 février 1910 (SIR., 1910, 1, 267) et 2 janvier 1912 (D. P., 1912, 1, 233); Conseil d'État, 14 février 1912 (*La Loi*, 1^{er} juin 1912).

(5) Cass. fr., 3 janvier 1887 (SIR., 1887, 1, 262); 18 juin 1875 (*ibid.*, 1876, 1, 447) et 3 janvier 1887 (D. P., 1888, 1, 39).

(6) Cass. fr., 5 juin 1882 (SIR., 1884, 1, 71) et 8 juillet 1884 (*ibid.*, 1885, 1, 487).

(7) Cass. fr., 28 février 1848 (SIR., 1848, 1, 321); Toulouse, 17 mai 1912 (*Gaz. du pal.*, 12 février 1913); Toulouse, 25 janvier 1917 (*Gaz. trib. Midi*, 18 mars 1917); cass. fr., 7 avril 1872 (SIR., 1872, 1, 76); Orléans, 22 novembre 1889 (D. P., 1891, 2, 120); Paris, 6 février 1913 (*ibid.*, 1913, 2, 163) (circulation autobus), et 4 novembre 1924 (*Le Droit*, 1925, n° 1).

(8) Cass. fr., 17 mai 1872.

(9) Paris, 9 décembre 1904 (SIR., 1905, 2, 175).

directeurs de théâtre si le stationnement des voitures entrave l'exploitation normale d'un café (1).

59. Nous ne citons ci-dessus que quelques arrêts rencontrant chacune des espèces énoncées. Il y en a d'innombrables. Nous y ajouterons quelques décisions plus récentes qui ne sont pas mentionnées par les auteurs précédemment cités. Selon un arrêt de la cour de Toulouse, du 24 juillet 1915 (2), excèdent la mesure des obligations ordinaires que les propriétaires se doivent entre eux, les trépidations, danses et jeux athlétiques, les bruits de musique et les chants, les rumeurs des réunions se produisant durant une partie de la nuit, à certains jours de la semaine, et se propageant avec une sonorité des plus incommodes jusqu'à l'immeuble voisin.

Le 6 juillet 1912, le tribunal de la Seine (3) rencontre un cas curieux. Il alloue des dommages et intérêts aux propriétaires des terrains au-dessus desquels évoluent quotidiennement les avions d'une école d'aviation, à raison des troubles apportés dans la jouissance et l'exploitation de leurs biens, de l'insécurité dont ils sont menacés au cours de leurs travaux et des bruits qui sont de nature à effrayer le gibier.

Le juge peut, décide la cour de cassation le 14 janvier 1919, après avoir constaté que le déversement des résidus d'usine dans les eaux d'une rivière rend celle-ci impropre à l'abreuvement des bestiaux pacagés dans les herbages qui la bordent, accorder des dommages et intérêts aux locataires ou propriétaires de ces prairies. Et cela, même si les usiniers avaient été administrativement autorisés à effectuer le déversement (4).

Signalons enfin un arrêt de la cour de Limoges du 20 juin 1921 (5). Il déclare responsable du préjudice causé le

(1) Cass. fr., 12 avril 1865 (SIR., 1866, 1, 169).

(2) *Gaz. des trib.*, 1916, col. 167.

(3) D. P., 1913, 2, 177, avec note.

(4) *Gaz. du pal.*, 1919, 2, 50.

(5) D. P., 1922, 2, 49, avec note.

propriétaire laissant atteindre à ses arbres une hauteur telle que sous l'action des vents, leurs feuilles recouvrent les toitures des maisons contiguës, s'amassent dans les chéneaux, risquent d'engorger les tuyaux de descente et nécessitent ainsi chaque année des nettoyages coûteux.

§ 2. — BELGIQUE.

60. Dans un pays aussi industriel que la Belgique, le problème des relations entre propriétaires voisins devait se poser fréquemment. Notre jurisprudence offre, en cette matière, des ressources aussi abondantes et peut-être théoriquement plus intéressantes que celles de la jurisprudence française. Vu le grand nombre de décisions rendues et vu le souci mis par nos magistrats à trouver des solutions à la fois juridiques et équitables, la théorie des relations entre propriétaires voisins peut être reconstruite entièrement avec les matériaux mis ainsi à notre disposition.

61. Nous pouvons négliger les décisions qui relèvent à charge des propriétaires des fautes évidentes (défaut absolu de précautions, emploi de matériaux défectueux pour la construction). Ces cas sont régis par l'application normale de l'article 1382 et ne peuvent nous intéresser.

62. Mise en présence de cas où la faute n'apparaît pas, où le dommage subi par le voisin résulte uniquement de l'exercice justifié du droit de propriété, la jurisprudence belge a éprouvé quelques difficultés avant de se fixer, et exceptionnellement elle est encore hésitante.

63. Signalons tout d'abord quelques décisions qui, en l'absence de faute au sens classique du terme, ont fait échapper à toute responsabilité le propriétaire ayant causé un dommage au voisin. Le 3 mars 1854 (1), la cour de Gand

(1) *Pasic.*, 1854, II, 238.

décide que lorsqu'un propriétaire insouciant néglige de défendre son bien contre l'action des eaux, et que le terrain emporté peu à peu entraîne l'éroulement des maisons voisines, les propriétaires de celles-ci ne peuvent pas le contraindre à exécuter des travaux destinés à empêcher la ruine de leurs immeubles, ni lui réclamer des dommages et intérêts. Et l'on relève dans cet arrêt ces attendus vraiment caractéristiques : « Considérant que le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue comprend naturellement celui d'abandonner la chose et de la laisser périr, et qu'il s'ensuit que l'intimé avait le droit de la laisser entamer et miner par la rivière ».

La cour de Bruxelles, en 1877 (1), estimant qu'aucune faute ne peut lui être imputée, refuse de reconnaître la responsabilité du propriétaire qui, en creusant un puits dans sa propriété, assèche ceux de ses voisins.

Le tribunal de Huy suivra cette jurisprudence le 23 janvier 1918 (2) et dira : « que le fait de creuser sur son fonds des galeries souterraines qui tarissent la source d'un voisin, ne donne lieu à réparation que lorsque le propriétaire du fonds a commis une faute ».

De même, seule l'existence d'une faute pourrait justifier, a-t-il été décidé (3), la condamnation d'un propriétaire qui, par ses constructions et démolitions, occasionne des dégâts et dégradations aux immeubles voisins.

64. Les arrêts et jugements qui ont reculé devant la difficulté à résoudre équitablement sont plutôt rares. Le principe de la responsabilité résultant des relations de voisinage est généralement admis. Certains juges se sont basés sur une interprétation extensive de l'article 1382. D'autres, abandonnant résolument cette voie périlleuse, ont trouvé dans la notion

(1) *Belg. jud.*, 1878, col. 279.

(2) *Pasic.*, 1918, III, 184.

(3) Bruxelles, 20 janvier 1820 (*Pasic.*, 1820, p. 21) et 29 novembre 1845 (*Belg. jud.*, 1846, col. 74).

du quasi-contrat de voisinage le fondement de cette responsabilité. Quelques-uns ont invoqué la théorie du risque créé. Plusieurs enfin, ayant reconnu que le droit de propriété était conféré à son titulaire non dans son intérêt personnel mais dans celui de la collectivité, se sont placés résolument sur le terrain de l'exercice antisocial des droits. Fut nettement qualifié d'abusif l'exercice d'un droit qui tout en n'étant ni vexatoire, ni même inutile avait pour effet de léser le droit d'un voisin et entraînait donc des conséquences inconciliables avec le droit objectif.

Examinons rapidement les solutions adoptant chacun de ces systèmes.

65. a) La jurisprudence basée sur l'interprétation extensive de l'article 1382 condamne l'industriel dont les usines envoient de la fumée sur les terres avoisinantes en déclarant « que les restrictions imposées au droit de propriété par l'article 651 du Code civil n'ont pas pour effet d'affranchir le propriétaire de la responsabilité générale établie par l'article 1382 du Code civil. En vertu de cette responsabilité, le propriétaire est tenu de réparer le dommage qu'il cause au propriétaire voisin en lui imposant des charges dépassant les inconvénients ordinaires du voisinage » (1). Par une identique application de l'article 1382 du Code civil, réparation sera due par l'industriel ou l'usinier dont les établissements dégagent des émanations nocives (2), par l'exploitant d'une savonnerie dont les eaux corrompent une source voisine (3), par le tenancier d'une salle de fêtes à raison

(1) Trib. comm. Anvers, 27 juin 1899 (*Journ. des trib.*, 1899, col. 859).

(2) Cass., 5 août 1858 (*Pasic.*, 1858, I, 324); trib. Bruxelles, 7 février 1857 (*Belg. jud.*, 1857, col. 182); trib. Liège, 26 février 1912 (*Pasic.*, 1912, III, 161); Bruxelles, 23 mai 1876 (*ibid.*, 1876, II, 342); trib. Verviers, 4 août 1880 (*Cl. et B.*, 1881, 761); Gand, 4 novembre 1891 (*Pasic.*, 1892, II, 160); 23 janvier 1895 (*ibid.*, 1895, II, 182) et 15 février 1917 (*ibid.*, 1917, II, 100).

(3) Bruxelles, 5 juillet 1851 (*Belg. jud.*, 1855, col. 582).

du bruit occasionné par un orchestre (1), par la ville de Louvain, dont l'établissement de bains dans la Dyle incommode les épouses des riverains en les empêchant de se promener dans leurs jardins et en les privant du plaisir de la pêche (2).

Il nous paraît que le principe de la faute aquilienne ne peut justifier ces décisions. Cette interprétation extensive de l'article 1382 est incompatible, non pas avec son texte même mais avec le sens qui lui est communément reconnu. La plupart de ces décisions reconnaissent formellement que l'auteur du dommage n'a fait qu'user de son droit de propriété et qu'il a pris toutes les précautions que la science met à sa disposition. Elles le condamnent néanmoins bien que la doctrine soit unanime à déclarer que l'usage d'un droit ne peut être en principe constitutif de faute. C'est supprimer radicalement la notion traditionnelle de la faute. C'est décider que le propriétaire commet un quasi-délit chaque fois qu'il cause un dommage au voisin et admettre la responsabilité sans faute.

66. b) Le second système, basé sur la notion du quasi-contrat de voisinage, paraît plus conforme à la tradition. Il est fondé sur l'existence de l'obligation réciproque admise par Pothier en ces termes : « Le voisinage oblige les voisins à user chacun de leur héritage, de manière qu'il ne nuise pas à son voisin » (3). Ces principes ont été expressément énoncés par deux jugements du tribunal de Bruxelles, du 21 août 1868, qui condamnent à des dommages-intérêts des propriétaires ayant pratiqué sur leurs terrains des fouilles causant préjudice aux voisins (4). Le ministère

(1) *Belg. jud.*, 1867, col. 234; trib. Bruxelles, 27 juillet 1864.

(2) Louvain, 11 février 1888 (*Belg. jud.*, 1888, col. 1240).

(3) POTHIER, *Contrat de société*, n° 235.

(4) *Belg. jud.*, 1868, col. 550 et suiv.

public entendu en son avis s'était notamment exprimé en ces termes : « En résumé, entre tous les hommes vivant en société intervient un quasi-contrat en vertu duquel chacun s'oblige à ne pas user de son droit de propriété de façon à empêcher l'usage du droit d'autrui. Celui qui viole ce contrat et cause ainsi un préjudice est passible de dommages-intérêts ».

Le même système juridique est énoncé de façon plus précise dans un arrêt du 29 mai 1889 rendu par la cour de Bruxelles (1). Il décide, très exactement, que celui qui exploite un établissement dangereux autorisé doit réparer le dommage causé alors que, sans commettre une faute réelle, il excède d'une façon permanente les obligations ordinaires du voisinage (2).

La responsabilité envisagée par ces décisions est non plus délictuelle, mais contractuelle. Le propriétaire est débiteur vis-à-vis de son voisin d'une obligation de ne pas faire. Il y a application pure et simple des articles 1145 et 1147 du Code civil, signale Capitant (3). Remarquons qu'il conviendra, si l'on adopte ce système, d'appliquer également l'article 1150. Dès lors, le propriétaire ne sera tenu que des dommages-intérêts qu'il a prévus ou qu'il a pu normalement prévoir.

La critique essentielle à faire à ce système est d'être dépourvu de toute base légale (4). Il sera objecté peut-être que la théorie de l'abus des droits est également dépourvue

(1) *Pasic.*, 1889, II, 370.

(2) Dans le même sens : Liège, 9 mars 1868 (*Pasic.*, 1868, II, 389), et 9 avril 1913 (*ibid.*, 1913, II, 327); J. de P. Anvers (*Journ. des trib.*, 1891, col. 1456) (chien hurlant la nuit); Bruxelles, 4 février 1865 (*Pasic.*, 1866, II, 163); Gand, 31 octobre 1905 (*Pand. pér.*, 1907, n° 330); trib. comm. Bruxelles, 6 mars 1905 (*Pasic.*, 1906, III, 94) (augmentation risque incendie).

(3) CAPITANT, *op. cit.*, p. 40.

(4) Voy. RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété*, p. 278 et suiv.

d'appui sérieux dans les textes. Dans la partie théorique de notre travail il sera exposé qu'en ce qui concerne les questions de responsabilité, l'article 1382 peut parfaitement servir de base à l'application de la théorie étudiée pourvu que l'adage *qui suo jure utitur neminem lædit* ne soit pas invoqué sans raison pour l'interprétation du mot « faute », l'adage précité ne résultant d'aucun texte légal.

67. c) Le troisième système adopté par la jurisprudence belge consacre une responsabilité encore plus étendue. Il trouve son fondement dans la théorie du risque. Celle-ci ne s'appuie sur aucun principe juridique traditionnel. Elle est admise par la jurisprudence, créée par la doctrine, adoptée même par la législation (loi sur les accidents du travail, loi française du 20 juillet 1899 sur les risques universitaires). Elle n'est basée tout entière que sur des considérations d'équité.

Un être juridique cause à un autre un dommage en exerçant son droit. Cet exercice est normal; il est le résultat d'une intention non équivoque et, partant, son auteur ne commet aucune faute. Pourtant cet acte non fautif occasionne un dommage à autrui. Qui doit supporter le dommage? Est-ce autrui auquel l'acte licite, source du dommage, ne profite pas? Est-ce l'auteur de l'acte? Pourquoi serait-ce plutôt ce tiers que celui pour lequel l'acte licite est avantageux? L'équité veut que celui à qui vont les avantages de cet acte en supporte aussi les désavantages et non celui qui n'en bénéficie point. De là ce principe : « Toute activité humaine s'exerçant légitimement entraîne des conséquences dommageables comme des conséquences profitables, et celui qui bénéficie du profit doit supporter le risque » (1).

Ce système a été adopté par la jurisprudence belge en vue de réparer le préjudice occasionné par l'établissement de

(1) RIPERT, *op. cit.*, p. 336.

maisons de prostitution (1), par le fonctionnement d'usines dégageant des émanations nocives (2). Un arrêt de la cour de Bruxelles (3) est ainsi résumé dans *La Belgique judiciaire* : « Quelle que soit la perfection apportée à la construction d'une usine et quelles que soient les précautions employées pour empêcher la fumée et les odeurs de se répandre au dehors, les exploitants sont responsables envers les tiers du préjudice que le voisinage de cette usine leur cause, si ce dommage est appréciable, encore que, sans être positivement nuisibles, les émanations ne seraient que très incommodes ».

Nous ne critiquons pas ce système jurisprudentiel; nous estimons simplement qu'il ne se différencie guère de celui qui, pour justifier la responsabilité, invoque nettement les conséquences anormales de l'acte incriminé. La théorie du risque est absorbée par celle plus large de l'exercice anti-social des droits subjectifs.

68. d) Les principes du quatrième système ont été exposés. Le droit de propriété n'est pas seulement conféré dans l'intérêt du titulaire. Il l'est aussi dans l'intérêt social. Il ne peut être détourné de sa finalité, par un exercice préjudiciable aux autres membres de la collectivité. Dès que le titulaire sort de cette limite le droit ne répond plus au but en vue duquel il a été reconnu. Il y a exercice anti-social qui doit être réprimé et qui engage la responsabilité de son auteur.

« Attendu, dit notamment un jugement du tribunal civil de Bruxelles du 19 mars 1890 (4), que la théorie de la propriété s'appuie sur la notion d'un droit et d'un devoir corrélatifs; que, sans doute, elle est le droit de jouir et de disposer de la manière la plus large, mais avec cette restriction que

(1) Bruxelles, 8 août 1881 (*Belg. jud.* col. 1350).

(2) Liège, 26 novembre 1902 (*Pasic.*, 1903, II, 147).

(3) Bruxelles, 20 mai 1857 (*Belg. jud.*, 1857, col. 965).

(4) *Belg. jud.*, 1890, col. 360 (boulangerie).

le propriétaire ne peut empêcher les autres de jouir et de disposer également de leurs biens. Qu'ainsi tout dommage causé par un propriétaire doit être réparé. »

Une jurisprudence imposante a appliqué cette solution aux émanations nocives (1), aux trépidations, bruits, fumées occasionnés par machines ou locomotives (2), à la contamination d'un puits par l'infiltration d'eaux industrielles (3), à la responsabilité encourue par le propriétaire qui, en tirant un coup de fusil dans son jardin, effraye un cheval, lequel brise le timon de sa voiture (4), et au creusement dommageable d'un étang sur son propre fonds (5).

69. Il nous reste à signaler les solutions intervenues pour quelques questions d'application.

Nos tribunaux admettent unanimement que le fait de l'autorisation administrative ne couvre pas la responsabilité du propriétaire (6).

Une question plus controversée est celle de savoir si l'antériorité de l'installation dommageable par rapport à l'acquisition de son bien par le préjudicié, diminue ou supprime la responsabilité du propriétaire. Certaines décisions lui ont donné une solution affirmative (7), d'autres une solution négative (8).

(1) Bruxelles, 20 juin 1831 (*Pasic.*, 1831, p. 161); sent. arbitr., 27 octobre 1905 (*Pand. pér.*, 1905, 1070).

(2) Trib. Bruxelles, 13 juin 1883 (*Pasic.*, 1883, III, 235); Bruxelles, 27 février 1897 (*ibid.*, 1897, III, 158); Namur, 31 juin 1901 (*Jur. propr. et bâtiment*, 1903, 49); trib. Liège, 5 décembre 1922 (*Pasic.*, 1923, III, 62).

(3) Liège, 26 novembre 1902 (*Pasic.*, 1903, II, 147).

(4) J. de P. Arlon, 15 février 1879 (*Pasic.*, 1880, III, 173).

(5) Liège, 3 avril 1827 (*Pasic.*, 1827, p. 121).

(6) Gand, 24 juillet 1854 (*Belg. jud.*, 1854, col. 1131); cass., 5 août 1858 (*ibid.*, 1858, col. 1154) et décisions prémentionnées.

(7) Liège, 9 avril 1913 (*Belg. jud.*, 1913, col. 638); Mons, 15 décembre 1916 (*ibid.*, 1922, col. 344); Gand, 29 juillet 1869 (*Pasic.*, 1870, II, 16); Bruxelles, 7 juin 1882 (*Belg. jud.*, 1883, col. 100); trib. Bruxelles, 11 juillet 1892 (*Pasic.*, 1892, III, 379); trib. comm. Bruxelles, 18 juin 1906 (*Jur. comm. Bruxelles*, 1906, 430).

(8) Trib. Bruxelles, 19 mars 1890 (*Belg. jud.*, 1890, col. 268); cass., 5 août 1858 (*ibid.*, 1858, col. 1154); Liège, 9 mai 1868 (*Pasic.*, 1868, II, 389); trib. Bruxelles, 6 janvier 1892 (*Journ. des trib.*, 1893, col. 796).

Certains jugements et arrêts ont également décidé qu'il y avait lieu d'établir une compensation entre le préjudice éprouvé et la plus-value apportée au terrain ou aux immeubles par la présence d'une gare ou par l'industrialisation d'une région (1).

70. Ayant ainsi examiné les diverses manifestations jurisprudentielles de l'exercice antisocial du droit de propriété en France et en Belgique, il nous faut rechercher si la législation s'est laissé influencer par la jurisprudence et a, elle aussi, apporté, pour éviter des abus manifestes, des limitations sérieuses à l'exercice de ce droit.

SECTION III. — La législation relative au droit de propriété.

71. Les droits subjectifs vivent. La sphère d'activité conférée à leurs sujets s'élargit ou se restreint suivant les évolutions économiques et sociales. La période troublée que le monde traverse depuis 1914 met en évidence cette vérité élémentaire : les droits subjectifs ne sont reconnus que dans un but d'utilité sociale. Dès que les contingences sociales, les nécessités nouvelles, momentanées ou permanentes, veulent qu'une faculté reconnue soit restreinte ou supprimée, la jurisprudence ou la loi doivent obéir. La guerre et l'après-guerre fourmillent d'exemples qui illustrent ces principes. Les restrictions apportées au droit de propriété sont assurément les plus nombreuses et les plus intéressantes à étudier à cet égard. Les législateurs des pays belligérants et même neutres ont limité l'exercice du droit de propriété dans des proportions

(1) Liège, 22 juin 1904 (*Pand. pér.*, 1904, 991); Liège, 26 novembre 1902 (*Pasic.*, 1903, II, 147); cass., 5 août 1858 (*Belg. jud.*, 1858, col. 1154); Liège, 9 mai 1868 (*Pasic.*, 1868, II, 389); Namur, 31 janvier 1901 (*Jur. propr. et bâtim.*, 1903, 44). *Contra* : trib. Bruxelles, 10 février 1890 (*Journ. des trib.*, 1890, col. 376).

considérables, soit à raison de la crise des logements provoquée par l'attrait des grandes villes et la destruction de nombreux immeubles, soit à raison de la situation spéciale des régions dévastées, soit encore à raison de nécessités sociales insoupçonnées ou méconnues jusqu'ores. S'agit-il de situations par trop exceptionnelles? Nullement. L'interdépendance absolue des êtres juridiques s'affirme chaque jour avec plus d'acuité. La solidarité ne fait pas seulement des progrès dans l'idéal de la masse mais elle devient un sentiment indispensable, à l'influence grandissante duquel nul organisme social ne peut se soustraire. L'accroissement constant de la population et la création incessante de besoins nouveaux sont les raisons déterminantes de cet état de choses. Il incombait au législateur de consacrer les vérités juridiques nouvelles en respectant, dans la mesure du possible, les principes établis. La doctrine de l'abus des droits lui apporte en l'occurrence un très précieux appui. Tantôt son aspect objectif et général permet d'interdire tel exercice du droit de propriété dont les conséquences apparaissent comme socialement nuisibles, tantôt son aspect subjectif justifie la défense de toute manifestation inutile ou vexatoire d'une faculté reconnue jusqu'ici comme intangible.

§ 1^{er}. — FRANCE.

72. Les locataires sont mobilisés en 1914; ils sont dans l'impossibilité de payer leur loyer. Le propriétaire va-t-il pouvoir expulser pour défaut de paiement? Un intérêt social supérieur à celui qui s'attache à l'intégrité du droit de propriété exige qu'il n'en soit pas ainsi. Ce serait, dans de semblables circonstances, un exercice anormal d'un droit formant pourtant la base même de notre organisation juridique. Le décret du 14 août 1914 (1) l'interdit pour une durée

(1) D. P., 1914, 4, 91.

de trois mois. Ce décret fut du reste renouvelé périodiquement pendant toute la guerre.

Inspirés par la même conception sociologique du droit subjectif, le décret du 1^{er} septembre 1914 (1) suspend l'effet des congés pour les baux à loyers, celui du 19 septembre (2) proroge les baux à ferme dont les preneurs font partie de l'armée. Le 9 mars 1918 (3), le législateur confirme l'œuvre des décrets et accorde diverses prorogations de bail. Il estime que les nécessités du moment rendent abusives toutes les expulsions examinées et prohibées par la loi.

73. En 1919 (4) il règle la situation des propriétés situées dans les régions dévastées. Le propriétaire qui reconstruit détournerait son droit de sa finalité s'il refusait au locataire privé de la jouissance de l'immeuble pendant la guerre de continuer le bail pendant une période correspondante.

74. En 1920, la guerre est finie. La crise des logements s'aggrave. La loi du 4 mai continue à considérer les expulsions comme abusives mais apporte au principe une restriction : « Si le propriétaire désire occuper lui-même son immeuble, il pourra réclamer le déguerpissement ». Ici apparaît la conception subjective de l'abus des droits : l'anormalité de l'exercice résulte de l'intention du sujet. Si le propriétaire agit par méchanceté, sans nécessité ou dans un but de spéculation, le législateur intervient. Le propriétaire a-t-il au contraire l'intention d'occuper lui-même l'immeuble? Son désir correspond à la satisfaction d'un besoin légitime et la loi l'autorise à exercer son droit. « La présente loi, dit le commentateur du Dalloz (5), respecte dans la

(1) D. P., 1914, 4, 92.

(2) D. P., 1918, 4, 92.

(3) D. P., 1919, 4, 106.

(4) 25 octobre 1919 (D. P., 1920, 4, 143); loi 27 juin 1921 (*ibid.*, 1921, 4, 273) protégeant spécialement les locataires de pépinières.

(5) D. P., 1920, 4, 106.

plus grande mesure possible le droit de propriété ». Ce contrôle de l'intention, cette exigence d'un motif sérieux et légitime dans le chef du propriétaire qui prétend user de son droit, va se retrouver ensuite dans toutes les lois postérieures. Ce sera dorénavant l'exemple d'application « classique » de la théorie subjective de l'abus des droits dans le domaine législatif (1).

La loi du 6 janvier 1922 (2), qui accorde de nouvelles prorogations après celles des 1^{er} mars et 16 juillet 1920, s'exprime comme suit en son article 3 : « Les dispositions de l'article 1^{er} ne sont pas applicables au propriétaire qui justifiera de la nécessité d'occuper réellement le local à titre d'habitation pour lui-même ou pour ses ascendants ou descendants ».

Celle du 31 mars 1923 reproduit le même texte en son article 13 mais restreint encore un peu plus la liberté d'exercice du droit de propriété (3), en reprenant la conception objective de notre théorie. Même s'il répond à des motifs légitimes ou à une nécessité absolue, l'exercice de ce droit n'en restera pas moins antisocial et non conforme à sa destination normale s'il a pour effet d'expulser des mutilés, réformés, etc. Le législateur français a également réprimé par des dispositions limitant la majoration des loyers l'abus du bailleur qui recherche un bénéficiaire usuraire (4).

75. Ce n'est pas seulement en matière de baux que des limitations furent apportées à l'exercice du droit de propriété conformément aux principes étudiés.

Signalons à cet égard la loi du 19 décembre 1917 (5)

(1) CORNIL, *Droit privé*, p. 126.

(2) D. P., 1922, 4, 1.

(3) *Revue trimestrielle du droit civil*, 1922, p. 306 et 307.

(4) Voy. GEORGES CORNIL, *Le droit privé*, 1924, p. 128; loi 29 décembre 1923; COMAILLE, *Répertoire*, 1924, 2, p. 89.

(5) D. P., 1919, 4, 11.

qui introduit une réglementation nouvelle des établissements insalubres et incommodes ; celle du 19 avril 1918 (1) qui permet la réquisition des immeubles vacants un vue d'assurer le logement des réfugiés et rapatriés ; celle du 23 avril 1920 (2) prorogeant une loi de 1915 qui avait interdit la vente de navires à l'étranger.

76. Mentionnons également la loi du 16 octobre 1919, organique de l'utilisation de l'énergie hydraulique : « La nécessité de ne plus laisser inutilisée aucune force hydraulique du pays a conduit le législateur à assurer au concessionnaire la jouissance de certains droits lui permettant de faire échec à la propriété privée », explique le commentateur du Dalloz. En effet, après avoir décidé en son article 1^{er} que nul ne pouvait disposer de l'énergie des marées, des lacs, des cours d'eau, quel que soit leur classement, sans une concession ou autorisation de l'Etat, la loi stipule en son article 4 que pour l'exécution des travaux indispensables à l'exploitation de la concession, le concessionnaire aura le droit d'occuper les propriétés privées nécessaires moyennant certaines indemnités. Le droit du propriétaire ainsi déposé était certes respectable, mais le législateur n'a pas hésité à le faire plier devant l'utilité sociale de la mise en exploitation des forces hydrauliques. Ce serait détourner ce droit de sa finalité que de l'invoquer pour mettre échec à des réalisations aussi indispensables au développement de la propriété nationale. La loi du 8 avril 1898 avait du reste déjà modifié l'article 641 du Code civil, en décidant que le propriétaire du fonds où jaillit une source ne pourrait s'en servir que « dans les limites et pour les besoins de son héritage ».

77. Par application des mêmes principes, la loi du

(1) D. P., 1920, 4, 60.

(2) D. P., 1920, 4, 111.

31 mars 1922, en son article 17 (1) interdit et sanctionne pénalement la transformation de locaux à usage d'habitation en établissements de spectacles, en dancings, en locaux à usage commercial ou industriel. Nouvelle et importante dérogation au droit commun, nouvelle restriction à l'exercice du droit de propriété. Le législateur estime qu'en raison des circonstances économiques, ces transformations constitueraient un exercice anormal du droit de propriété (2).

78. Enfin, rappelons que par la loi du 12 février 1921 (3) la Parlement français a modifié l'article 673 du Code civil. Cet article autorisait le propriétaire sur le fonds duquel avançaient les branches des arbres voisins, à faire ordonner leur suppression.

Par suite de la guerre, de nombreuses parcelles étaient restées incultes dans les régions dévastées. Les ronces et brindilles s'y étaient multipliées, et leur envahissement empêchait la culture paisible des terres. D'autre part, la jurisprudence (arrêt de la cour de Rouen, du 14 janvier 1899) (4) décidait que l'article 673 était spécial aux arbres et tolérait l'abus du propriétaire qui laisse avancer au-dessus du fonds voisin les branches d'arbustes ou arbrisseaux. La nouvelle loi ajoute au mot « arbres » les mots « arbustes et arbrisseaux » et reproduisant le texte de l'article 37 du Code rural belge de 1886, autorise le voisin lésé à se faire justice à lui-même en coupant les branches en question.

§ 2. — EN BELGIQUE.

79. En Belgique, la première restriction apportée par la guerre à l'exercice du droit du propriétaire immobilier fut

(1) D. P., 1922, 4, 99.

(2) *Comp. Coutume de Furnes*, p. 21.

(3) D. P., 1921, 4, 215.

(4) D. P., 1899, 2, 334.

la loi du 4 août 1914 prohibant toutes poursuites judiciaires contre les citoyens présents sous les drapeaux.

Notre législation sur les loyers ne prend corps que lors du retour du Gouvernement.

Le 30 avril 1919 (1), alors que la crise des logements ne se faisait guère sentir encore, le législateur belge prend des dispositions pour éviter le trouble social qu'apporteraient les poursuites en paiement des loyers de guerre arriérés, intentées par les propriétaires. Il juge abusive l'exigence d'un paiement intégral. Il permet, en conséquence, au juge saisi de semblables litiges, d'accorder des délais, des exonérations partielles et même totales suivant la catégorie de locataires. Remarquons qu'il s'agit plutôt ici d'une restriction du droit résultant pour le propriétaire de la convention de bail que d'une limitation du droit de propriété proprement dit. Quelques mois plus tard, la pénurie de logements s'aggrave. La démobilisation a eu lieu, les mariages sont de plus en plus nombreux, les réfugiés de France et de Hollande, les prisonniers rentrent. La loi du 24 août 1919 (2) enlève au propriétaire le droit d'exiger le déguerpissement de son locataire. Un an avant l'adoption de semblable système en France, la loi belge fait une application parfaite de la conception subjective de la doctrine de l'exercice antisocial des droits. Le propriétaire abuse de son droit, et le juge lui en refusera l'exercice, si son désir d'expulser n'est pas justifié par un motif grave. Importante dérogation au droit commun. Elle s'explique « par la nécessité de rétablir une harmonie sociale indispensable au relèvement du pays » (3). Les lois du 14 août 1920, du 23 février 1923, du 27 décembre 1924 reproduiront ces dispositions avec quelques variantes. La

(1) *Pasinomie*, 1919, p. 147.

(2) *Ibidem*, 1920, p. 359.

(3) Rapport de la commission de la Justice au Sénat (*Pasinomie*, 1923, p. 365).

dernière en date prévoit et réprime une nouvelle manifestation de l'exercice anormal d'un droit : le fait pour un locataire d'invoquer la prorogation tout en s'abstenant, « sans motif légitime », d'occuper un immeuble dont il est lui-même propriétaire.

80. Dans les régions dévastées, la crise était plus grave et l'intérêt public plus évident, car il importait de favoriser le retour des habitants. Aussi, le Parlement n'hésite-t-il pas à décider le 11 octobre 1919 (1) que les habitants seront tenus d'héberger, moyennant indemnité, les rapatriés qui ne trouveraient pas à se loger. Une sanction pénale est même prévue pour le cas de refus.

La loi du 14 août 1920 prémentionnée organisait du reste la réquisition des immeubles vacants dans tout le pays.

81. Plusieurs dispositions ont encore mis fin à d'autres exercices antisociaux du droit de propriété. L'arrêté royal du 14 juillet 1919 autorise les hauts commissaires royaux et les bourgmestres des communes des régions dévastées à réquisitionner les matériaux de construction non utilisés par les propriétaires.

82. La vente des navires à des étrangers a été interdite par l'arrêté-loi du 23 février 1915 (2).

83. Les sociétés touristiques s'étaient émues du danger couru par les sites belges à raison de l'usage de plus en plus répandu de l'édification de pancartes-réclames. Le législateur, écoutant leur sage conseil, a décidé d'enlever au propriétaire le droit de nuire au paysage. Il a estimé que la beauté du pays présentait un intérêt social supérieur à celui du maintien intégral du droit de propriété. Par l'article 13 de la loi du 14 août 1919 (3), il a autorisé le Gouvernement à interdire sous

(1) *Pasinomie*, 1919, p. 80.

(2) *Ibidem*, 1915, p. 5.

(3) *Ibidem*, 1919, p. 359.

peine d'amende l'apposition d'affiches dans des endroits déterminés.

84. Poussé par le souci constant de favoriser une restauration rapide des régions dévastées, le Parlement refusa de tolérer le fait, pour certains propriétaires, de laisser leurs terrains en friche.

La loi du 15 novembre 1919 (1) autorise la réquisition et la vente forcée à l'Etat de toutes les terres laissées à l'abandon (2); celle du 8 août 1922, la mise d'office en exploitation par l'Etat des terres laissées incultes (3).

Le 9 avril 1921 (4), voulant éviter que les propriétaires ne profitent abusivement du travail de restauration accompli par leurs locataires, la loi proroge les baux à ferme pour une durée de neuf ans.

85. Signalons encore l'arrêté royal du 13 septembre 1919 (5) coordonnant la législation sur les mines, réglant l'occupation par les exploitants des terrains de surface en vue des travaux indispensables, et organisant le règlement des indemnités dues de ce chef ou à raison des dégâts de voisinage.

86. Mentionnons également l'arrêté royal du 21 janvier 1920 autorisant la réquisition, au profit de l'industrie et de particuliers, des approvisionnements de charbons constitués dans un *but* d'accaparement (6).

87. Toujours dans le même ordre d'idées et dans un but d'intérêt général en vue d'empêcher l'exercice abusif du droit de propriété, la loi du 28 janvier 1921 (7) permet au Gouvernement de s'opposer « à toute mise à blanc étoc » des

(1) *Pasinomie*, 1919, p. 235.

(2) *Comp. Coutume de Bailleul* précitée, p. 203.

(3) *Pasinomie*, 1922, p. 355.

(4) *Ibidem*, 1921, p. 109.

(5) *Ibidem*, 1919, p. 448.

(6) *Ibidem*, 1920, p. 10.

(7) *Ibidem*, 1921, p. 47.

propriétés boisées. L'arrêté royal du 4 octobre 1923 (1) prescrit aux sucreries l'épuration des eaux résiduaires qu'elles déversent dans les cours d'eau et celui du 28 avril 1921 (2) confère au bourgmestre le pouvoir de faire cesser toute activité industrielle mettant manifestement en danger la salubrité du voisinage.

CHAPITRE II. — Le recours aux voies légales.

SECTION I^{re}. — France.

88. Les auteurs qui ont étudié la jurisprudence française ont consacré de nombreuses pages à l'abus du droit de recourir aux voies légales (3). Josserand estime que c'est le droit qui apparaît le plus irréductible et rappelle le mot d'Ihering : « Chaque individu est un lutteur né pour le droit dans l'intérêt de la société. » On trouvera dans les œuvres de ces auteurs les principes généralement admis. Nous les rappellerons brièvement en mentionnant simplement à leur appui les décisions les plus récentes.

L'exercice du droit de recourir aux voies légales, actions, saisies, etc., est susceptible de devenir abusif et peut motiver une condamnation à dommages et intérêts indépendants des dépens.

§ 1^{er}. — INTENTEMENT D'UNE ACTION.

89. Les modes de recours aux voies légales sont multiples. L'anormalité de l'exercice peut se manifester tout

(1) *Pasinomie*, 1923, p. 651.

(2) *Ibidem*, 1921, p. 205

(3) Voy. notamment : BARDESCO, *Abus du droit*, 1913, p. 118; JOSSE-RAND, *Abus des droits*, 1905, p. 21; DEMOGUE, *Des obligations*, t. IV, p. 317 à 326.

d'abord par l'intentement même d'une action judiciaire. Il en est ainsi lorsque le demandeur procède uniquement pour satisfaire une rancune de famille (1), accumule contre une société des actions « avec une opiniâtreté injustifiée » (2), assigne en faillite un débiteur solvable (3), introduit une action abusive en résiliation de marché même si le jugement prononce en même temps contre le défendeur une condamnation pour certaines inexécutions (4), agit « à la légère » contre le conservateur des hypothèques pour faute commise dans l'exercice de ses fonctions (5), s'attribue dans l'exploit introductif des qualités qu'il n'a pas, afin de vexer le cité (6). Il en est de même de celui qui dirige sans base plausible et en dehors des règles de la prudence une action en dommages et intérêts contre un notaire en alléguant des négligences (7), du demandeur en bornage alors qu'il savait en assignant qu'il lui serait impossible d'aboutir à la délimitation réclamée autrement que par une revendication de propriété (8); du propriétaire qui, par défaut, provoque l'expulsion de son locataire en référés en laissant ignorer au juge que ce dernier est mobilisé (9); du créancier qui, dans le seul but de provoquer un déplacement désagréable à son débiteur, l'assigne devant un tribunal qu'il sait incompétent (10).

(1) Cass. fr., 27 juillet 1903 (D. P., 1903, 1, 488).

(2) Cass. fr., 29 juin 1899 (SIR., 1899, 1, 409, et note); cass. fr. (civ.), 24 avril 1907 (D. P., 1907, 1, 293); 6 janvier 1909 (*ibid.*, 1909, 1, 79); cass. fr. (req.), 10 février 1909 (*ibid.*, 1909, 1, 376).

(3) Douai, 29 mai 1913 (*Rec. Douai*, 1913, 265).

(4) Cass. fr. (req.), 21 octobre 1913 (*Gaz. du pal.*, 13 novembre 1913).

(5) Trib. civ. Rochefort, 24 février 1914 (D. P., 1914, 5, 22).

(6) Cass. fr. (req.), 25 octobre 1909 (D. P., 1909, 1, 189).

(7) Cass. fr. (req.), 9 mai 1911 (*Gaz. du pal.*, 1911, 1, 730).

(8) Cass. fr. (civ.), 19 juin 1911 (D. P., 1912, 1, 150), avec note de Ripert dans la *Revue critique*, 1913, p. 312.

(9) Trib. Seine, 22 juin 1916 (*Monit. des huissiers*, 1916, 48).

(10) Cass. fr. (req.), 1^{er} mars 1911 (*Gaz. du pal.*, 1911, 1, 432).

§ 2. — DÉFENSE EN JUSTICE (1).

90. Plus même que le droit d'agir, le droit de se défendre en justice apparaît comme intangible. C'est à raison de ce caractère que le législateur a accumulé les dispositions de procédure organisant et protégeant la défense en justice. Mais il se présente fréquemment que, pour échapper à l'exécution d'une obligation à laquelle il se sait tenu ou, dans l'intention de nuire à son créancier, le défendeur use malicieusement de son droit. La jurisprudence n'a pas hésité, dans ces cas, à sanctionner par l'allocation de dommages-intérêts l'exercice anormal du droit de défense (2).

Elle condamne ainsi l'assigné qui, en guise de défense à une action en responsabilité pour rupture de promesse de mariage, allègue que la demanderesse était d'une conduite déplorable, alors même que la jeune fille échoue dans son action (3); l'acheteur qui, pour éviter la prise de possession de la marchandise, provoque inutilement l'intervention du service de répression des fraudes (4); le défendeur qui interjette appel, alors pourtant que les termes de la convention litigieuse sont absolument clairs (5); le cité qui emploie des voies de procédure dolosives pour obtenir un désistement (6); l'époux qui, par malice, retarde un divorce pendant douze ans, de manière telle que la procédure donne lieu à onze jugements, sept arrêts et quatre arrêts de cassation (7); le débiteur qui, dans le seul but de retarder la

(1) Voy. DEMOGUE, *Rev. trimestr. du droit civil*, 1905, p. 886 et suiv.

(2) Cass. fr., 26 janvier 1881 (*Sir.*, 1881, 1, 312); 9 juin 1891 (*ibid.*, 1894, 1, 1) et 6 avril 1909 (*D. P.*, 1911, 1, 105).

(3) Civ. Brive, 31 octobre 1923 (*D. P.*, 1923, 3, 13).

(4) Bordeaux, 13 janvier 1913 (*Rec. Bordeaux*, 1913, 1, 78).

(5) Paris, 24 février 1920 (*Gaz. du pal.*, 13 mars 1920).

(6) Cass. fr. (req.), 7 mars 1923 (*Gaz. du pal.*, 1923, 1, 655).

(7) Cass. fr. (req.), 30 mars 1920.

solution d'un procès engagé en vue du recouvrement d'une petite somme, s'inscrit en faux (1).

§ 3. — DÉPOT DE PLAINTES OU MODE D'EXÉCUTION DE JUGEMENTS.

91. En France, où l'usage de la plainte au parquet est beaucoup plus répandu qu'en Belgique, la jurisprudence a réprimé le dépôt, dans un but vexatoire, de plaintes évidemment mal fondées (2). Elle a de même sanctionné les abus commis au cours des exécutions de jugement, en condamnant notamment le créancier qui saisit un mobilier incontestablement très supérieur à sa créance (3), et le bailleur (4) qui, malgré un pourvoi non suspensif, exécute une décision d'expulsion cassée ultérieurement.

92. A propos de la question de l'abus du droit de recourir aux voies légales, un conflit s'est élevé entre la chambre des requêtes et la chambre civile de la cour de cassation de France.

La chambre civile ne reconnaissait l'existence juridique de l'abus que si l'exercice du droit avait été inspiré par « la malice, la mauvaise foi ou tout au moins une erreur grossière équipollente au dol » (5). La chambre des requêtes, au contraire, se montrait plus large dans son appréciation et admettait que l'imprudence, dans l'exercice du droit suffisait à justifier la condamnation du plaideur témé-

(1) Cass. fr. (req.), 23 mai 1911 (*Gaz. du pal.*, 1911, 2, 141).

(2) Châtelleraut, 11 avril 1913 (*Rec. des huissiers*, 1913, 467); cass. fr. (req.), 23 janvier 1912; trib. Grenoble, 13 juillet 1912 (*Rec. Grenoble*, 1912, 293); trib. Seine, 12 juillet 1923; cass. fr. (req.), 12 juillet 1911 (*Gaz. du pal.*, 1911, 2, 285); Paris, 25 février 1914 (*ibid.*, 1914, 1, 655).

(3) Paris, 26 janvier 1919 (*D. P.*, 1920, 2, 104).

(4) Poitiers, 29 janvier 1923 (*D. P.*, 1923, 1, 546).

(5) Cass. fr., 6 janvier 1909 (*Sir.*, 1909, 1, 144); 15 mars 1910 (*D. P.* 1910, 1, 259) et 20 novembre 1918 (*Sir.*, 1920, 1, 213), avec note de Japiot; *Revue trimestr. du droit civil*, 1921, p. 313 à 321.

raire (1). Par un arrêt du 18 juillet 1911 (2), la chambre des requêtes a adopté la thèse de la chambre civile et, depuis lors, elle reproduit à chaque occasion la formule ci-dessus rappelée.

SECTION II. — Belgique.

93. Nous venons de voir qu'en France, la jurisprudence paraît, à quelques exceptions près, s'être arrêtée à la formule adoptée par la cour de cassation : « dol, intention méchante ou erreur grossière équipollente au dol ».

En Belgique (3), au contraire, la jurisprudence reste hésitante. Dans la majorité des cas, elle a de l'action téméraire et vexatoire une notion plus large et assurément heureuse.

94. Un classement en deux catégories peut être opéré pour les décisions recueillies : d'une part les arrêts et jugements qui exigent, pour prononcer une condamnation, la preuve d'une intention méchante ou du caractère nettement téméraire (mauvaise foi ou erreur grossière équipollente au dol); d'autre part, les décisions qui se contentent de la constatation d'une simple légèreté.

Dans ce conflit de jurisprudence apparaissent les deux aspects distincts de la théorie étudiée : aspect subjectif et aspect objectif; abus par intention ou abus par exercice anormal du droit. Celui qui intente une action par pure méchanceté engage sa responsabilité, l'acte licite en soi devenant illicite par l'esprit dans lequel il est conçu; celui qui

(1) Cass. (req.), 9 mai 1911 (SIR., 1911, 1, 496), et note; 15 avril 1908 (*ibid.*, 1909, 1, 206) et 2 février 1910 (*Pand. pér.*, 1910, 1, 239).

(2) SIR., 1911, 1, 471.

(3) Voy. E. PICARD, « Les procès téméraires », *Belg. jud.*, 1867, col. 679; « La recevabilité de l'appel en matière de demande reconventionnelle de dommages et intérêts du chef d'action vexatoire », *ibid.*, 1900, col. 1233.

l'intente à la légère engage également sa responsabilité, puisqu'il détourne son droit du but en vue duquel il lui est conféré.

95. Dans la première catégorie sont à ranger les décisions ayant soit débouté le demandeur reconventionnel parce qu'il n'était pas établi que son adversaire eût méchamment usé de son droit en traînant un procès en longueur (1), refusé d'indemniser le plaideur, objet d'un procès en contrefaçon si la mauvaise foi évidente de celui qui agit n'était pas prouvée (2), déclaré non fondée l'action en réparation du préjudice subi par suite du dépôt au parquet d'une plainte injustifiée si le plaignant a pu être de bonne foi (3), soit estimé d'une manière générale que l'exercice de l'action judiciaire ou le recours aux voies légales ne pouvait devenir abusif, si le procès soulevait des points de droit controversés (4) ou si le caractère purement vexatoire et non pas seulement léger de l'action n'apparaissait pas de manière évidente (5).

Nous mentionnerons dans la même catégorie, puisqu'ils adoptent les mêmes principes dans des circonstances de fait différentes, les arrêts et jugements qui, vu la mauvaise foi

(1) Bruxelles, 25 octobre 1843 (*Pasic.*, 1844, II, 288).

(2) Verviers, 25 mars 1896 (*Belg. jud.*, 1896, col. 535); Bruxelles, 28 mars 1898 (*ibid.*, 1898, col. 786).

(3) Louvain, 26 mars 1886 (*Belg. jud.*, 1886, col. 1101).

(4) Trib. Bruxelles, 26 décembre 1888 (*Belg. jud.*, 1889, col. 302).

(5) Trib. Bruxelles, 11 mars 1879 (*Belg. jud.*, 1879, col. 846); Turnhout, 31 décembre 1863 (CL. et B., t. XII, 985); Bruxelles, 8 novembre 1880 (*Belg. jud.*, 1880, col. 1498); trib. Bruxelles, 22 décembre 1881 (*ibid.*, 1881, col. 55) et 12 juin 1852 (*ibid.*, 1852, col. 748); trib. Liège, 2 août 1851 (*ibid.*, 1851, col. 1620) (ordonnance de Villers-Cotterets tombée en désuétude); Gand, 13 août 1844 (*Pasic.*, 1844, II, 248); Bruxelles, 6 novembre 1884 (*Belg. jud.*, 1886, col. 1073); Tournai, 25 février 1897 (*ibid.*, 1897, col. 283); Bruxelles, 24 avril 1885 (*Pasic.*, 1886, II, 194); trib. comm. Anvers, 4 mai 1901 (*Journ. des trib.*, 1901, col. 777); Gand, 31 janvier 1912 (*Pasic.*, 1912, II, 121); Bruxelles, 31 décembre 1920 (*Belg. jud.*, 1921, col. 340) avec avis de M. l'avocat général de la Court, nettement hostile à la théorie étudiée.

évidente ont soit admis la responsabilité de l'auteur d'une action en contrefaçon non fondée (1), du plaideur qui commet une erreur grossière ou une faute inexcusable dans la manière dont il introduit et soutient un procès (2), soit condamné à des dommages-intérêts celui qui réclamait en justice une somme qu'il savait ne pas lui être due (3) ou qui réintroduisait un procès déjà plaidé (4). Le juge estimait dans ces deux derniers cas que la mauvaise foi résultait de la nature même de l'action intentée.

96. La seconde catégorie groupe des décisions tout aussi nombreuses. A citer parmi les plus caractéristiques un arrêt de la cour de Bruxelles du 2 août 1837 (5). Il faut appliquer, décide-t-il, à l'opposant qui ne motive son opposition par aucune circonstance justificative l'article 1382 du Code civil, « lequel prévoit tout fait de l'homme ». Le rédacteur de cette décision, en invoquant l'article 1382, oubliait d'une part la suite du texte « oblige celui par la faute duquel il est arrivé » et d'autre part ce principe de doctrine classique : « l'exercice d'un droit n'est jamais constitutif de faute ».

Un arrêt de la même cour, du 15 février 1875 (6), condamne le demandeur en dommages-intérêts pour contrefaçon s'il est établi qu'avant d'agir il a négligé de prendre des renseignements dont la connaissance lui eût fait renoncer à son action. Un autre, du 27 mars 1899 (7), est précédé d'un avis de M. l'avocat général Stas, lequel critique « les décisions qui mettent à l'allocation des dommages-intérêts contre un plaideur, la condition du dol, de la mauvaise foi, de la

(1) Bruxelles, 1^{er} avril 1861 (*Belg. jud.*, t. XXII, 71); Anvers, 26 avril 1898.

(2) Liège, 24 juillet 1895 (*Pasic.*, 1896, II, 63).

(3) Gand, 13 août 1844 (*Pasic.*, 1844, II, 248); Liège, 3 février 1824 (*ibid.*, 1824, p. 39).

(4) Anvers, 20 mars 1896 (*Port Anvers*, 1896, II, 63).

(5) *Pasic.*, 1837, p. 202.

(6) *Belg. jud.*, 1875, col. 483.

(7) *Belg. jud.*, 1889, col. 1063.

vexation, ou de l'abus méchant ». « Attendu, dit cet arrêt, que le principe de l'article 1382 ne subordonne pas à la malveillance ou à la mauvaise foi la responsabilité du préjudice causé mais suppose une simple faute. Il est applicable à celui qui par légèreté ou témérité, intente une action judiciaire ». L'article 1382 ne pouvait trouver ici son application que s'il était admis au préalable que celui qui use sans précaution ou à la légère du droit de recourir aux voies légales détourne ce droit de son but social.

De multiples jugements et arrêts se sont ralliés à cette thèse. Toute idée de vexation étant écartée, l'imprudence seule suffit à justifier la responsabilité du demandeur en contrefaçon et la condamnation à la publication du jugement (1). L'appel irréfléchi engage également la responsabilité de son auteur (2), tout comme l'action basée sur des faits inexacts (3) ou même la simple réclamation d'une somme supérieure à ce qui est dû (4).

L'Etat plaidant contre un particulier aux fins de restitution d'une parcelle de la voie publique peut, lui aussi, être condamné à des dommages-intérêts du chef d'action téméraire (5). Il en est de même de celui qui choisit à la légère la voie de la citation directe (6), agit sans s'entourer de renseignements utiles en résiliation de concordat (7), procède imprudemment à un appel en garantie (8) dans une affaire de

(1) Malines, 26 février 1874 (*Belg. jud.*, 1874, col. 365); Anvers, 26 avril 1875 (*ibid.*, 1875, col. 1164); Gand, 16 juillet 1874 (*ibid.*, 1875, col. 1466); Bruxelles, 11 janvier 1869 (*ibid.*, 1869, col. 706); trib. Bruxelles, 21 février 1877 (*ibid.*, 1877, col. 932) et 13 août 1861.

(2) Gand, 24 février 1885 (*Belg. jud.*, 1885, col. 681); Bruxelles, 16 février 1875 (*ibid.*, 1878, col. 387) et 20 octobre 1891 (*ibid.*, 1891, col. 1555).

(3) Trib. Bruxelles, 10 janvier 1866 (*Belg. jud.*, 1866, col. 347).

(4) Trib. Bruxelles, 5 avril 1865 (*Belg. jud.*, 1865, col. 695).

(5) Cass., 20 juin 1895 (*Pasic.*, 1895, I, 219; *Belg. jud.*, 1895, col. 818).

(6) Liège, 12 février 1896 (*Belg. jud.*, 1896, col. 431).

(7) Gand, 5 décembre 1885 (*Belg. jud.*, 1886, col. 1077).

(8) Trib. Furnes, 28 mai 1887 (*Belg. jud.*, 1887, col. 1178).

concurrence déloyale, intenté sans réfléchir une action en paiement d'un solde de souscription (1). Dans cette dernière espèce, il y eut compensation partielle avec le préjudice résultant pour le demandeur du fait que son adversaire possédant des indications propres à démontrer son erreur, s'était abstenu jusqu'au dernier moment de les lui communiquer. La simple légèreté (2) suffira encore dans bien des cas. Tel celui du demandeur qui intente un procès à un éditeur pour avoir laissé passer dans un annuaire une fausse indication de profession (3), tel aussi celui de l'auteur d'une saisie-arrêt, soit injustifiée (4), soit annulée pour vice de forme (5) ou d'une plainte non fondée (6), tel enfin celui du plaideur qui prend « abusivement un jugement par défaut » (7).

Même si la bonne foi est évidente l'existence d'une imprudence légère et d'un dommage suffit pour entraîner une condamnation. C'est ce que décide notamment la cour de Gand (8) en employant les termes suivants, absolument conformes à la théorie étudiée : « Attendu que s'il est vrai qu'agir en justice constitue l'exercice d'un droit, ce droit n'est pas absolu et doit être exercé de manière à ne pas *en abuser* au préjudice de la partie adverse en plaidant témérement ».

(1) Gand, 20 février 1889 (*Belg. jud.*, 1889, col. 403).

(2) Gand, 23 juillet 1902 (*Jur. comm. Fl.*, 1905, n° 1192); Bruxelles, 11 mars 1879 (*Belg. jud.*, 1879, col. 846); Anvers, 4 décembre 1908 (*Port Anvers*, 1909, p. 137).

(3) Bruxelles, 14 juin 1893 (*Belg. jud.*, 1893, col. 1446).

(4) Bruxelles, 10 janvier 1905 (*Belg. jud.*, 1905, col. 288); Anvers, 15 mai 1880 (*Port Anvers*, 1880, I, 226); Bruxelles, 13 mai 1913 (*Pand. pér.*, 1913, n° 1305) et 26 septembre 1861 (*Cl. et B.*, t. XI, p. 223).

(5) Bruges, 5 mai 1874 (*Cl. et B.*, t. XXIII, p. 1217).

(6) Trib. Bruxelles, 15 décembre 1869 (*Cl. et B.*, t. XIX, 765); Bruxelles, 8 mai 1891 (*Pasic.*, 1891, II, 365); Verviers, 5 juin 1901 (*Pand. pér.*, 1902, n° 1002); Namur, 25 février 1913 (*Belg. jud.*, 1913, col. 1036); Gand 19 juillet 1904 (*Pasic.*, 1905, II, 284).

(7) Bruxelles, 7 mars 1924 (*Pasic.*, 1924, II, 176).

(8) Gand, 19 juillet 1904 (*Pand. pér.*, 1905, n° 1192).

97. Le fait de retarder le cours de la justice même par des moyens réguliers et sans mauvaise foi; la procédure injustifiée contre un avoué (1); le maintien en cause d'un tiers en appel et sans raison plausible (2); l'action mal fondée en annulation de libéralité (3) peuvent être également par eux-mêmes générateurs de responsabilité (4).

Signalons enfin une espèce assez intéressante. Un arrêt avait autorisé sa publication au lieu et place du jugement *a quo*. Le gagnant les publia tous les deux. La cour de Bruxelles estima qu'il avait abusé de son droit d'exécution et le condamna à des dommages-intérêts (5).

SECTION III. — La législation.

98. Plusieurs dispositions de nos codes font application de la théorie de l'abus des droits dans des cas spéciaux et prévoient l'allocation de dommages-intérêts à la victime du plaideur téméraire. L'article 179 du Code civil décide que si l'opposition au mariage est rejetée, les opposants, autres que les ascendants, pourront être condamnés à des dommages-intérêts. L'article 246 du Code de procédure stipule que le demandeur en faux qui succombera sera condamné à tels dommages-intérêts qu'il appartiendra. L'article 879 du même code prévoit des dommages-intérêts à payer par la partie dont la tierce opposition sera mal fondée. Signalons également l'indemnité de 150 francs prévue par l'article 58 de la loi du 4 août 1832 à payer au défendeur par le demandeur en

(1) Trib. Bruxelles, 22 juin 1911 (*Pand. pér.*, 1914, n° 327).

(2) Bruxelles, 29 octobre 1913 (*Pand. pér.*, 1913, n° 73).

(3) Trib. Liège, 26 novembre 1923 (*Pasic.*, 1924, III, 139).

(4) App. Luxembourg, 28 juin 1901 (*Pasic.*, 1902, IV, 151); trib. Liège, 4 décembre 1907 (*Jur. cour Liège*, 1908, p. 198).

(5) Bruxelles, 20 mars 1901 (*Pand. pér.*, 1901, n° 444).

cassation, en cas de rejet du pourvoi. Enfin, une loi toute récente a fait en matière d'organisation judiciaire une application très caractéristique de la doctrine étudiée. C'est la loi du 20 avril 1920 (1). Une clause de style décidant que le tribunal du domicile de l'assureur est seul compétent était généralement insérée dans les polices d'assurance. Cet usage avait pour conséquence « d'entraîner pour l'assuré défendeur, des frais de justice absolument disproportionnés et de le mettre en fait sous la dépendance de l'assureur par ce moyen indirect de pression » (2). Cette clause permettait aux assureurs d'exercer anormalement leur droit de recourir aux voies légales. Il s'agissait d'y remédier. Le législateur a décidé à cette fin que le tribunal compétent serait désormais soit celui de la situation des immeubles ou meubles assurés, soit celui du domicile de l'assuré et que toute convention contraire serait nulle de plein droit.

CHAPITRE III. — Droit d'exprimer sa pensée.

SECTION I^{re}. — En France.

99. Le vaste domaine de la liberté de la presse, consacrant le droit d'exprimer sa pensée, nous fournit à nouveau de nombreux cas d'application de la théorie étudiée (3).

§ 1^{er}. — LIBERTÉ DE LA PRESSE PROPREMENT DITE.

100. Après avoir reconnu le droit absolu pour chacun d'exprimer sa pensée par la voie de la presse, le législateur a prévenu l'exercice antisocial de ce droit par des textes

(1) *Pasinomie*, 1920, p. 124.

(2) Exposé des motifs : *Pasinomie*, 1920, p. 124.

(3) Voy. JOSSERAND, *op. cit.*, p. 24; BARDESCO, *op. cit.*, p. 110; DOBROVICI, *op. cit.*, p. 61; DEMOGUE, *Des obligations*, t. IV, p. 332.

répressifs. Nous nous trouvons ici en présence d'une sanction pénale de l'abus d'un droit. Si le sujet détourne de sa destination sociale la libre sphère d'activité juridique conférée, nous avons vu jusqu'ici que la jurisprudence s'efforçait par des applications conscientes ou indirectes de notre théorie, soit de refuser de sanctionner cet exercice antifinaliste, soit d'assurer la réparation du préjudice qu'il causait. Mais il arrive que la société redoute à ce point le détournement d'un droit reconnu à ses membres qu'elle estime devoir le maintenir par des sanctions pénales dans ses limites normales.

Il en est ainsi en matière de presse. Plusieurs délits dits « de presse » sont prévus par les lois françaises et belges. Ce n'est du reste pas le seul exemple de sanction pénale de l'abus du droit.

101. D'autre part l'être juridique qui exprime sa pensée par la voie de la presse commet fréquemment des abus préjudiciables sans que le fait incriminé tombe sous l'application des dispositions pénales. C'est une question de plus ou de moins. Que l'anormalité de l'exercice se révèle par l'intention du sujet du droit ou par ses conséquences antisociales, la jurisprudence accorde réparation du préjudice.

Détourne la liberté de la presse de son but social, s'expose au paiement de dommages-intérêts, décident les juges français, le journaliste qui exhorte le public à ne plus se fournir chez tel négociant parce que celui-ci n'observe pas le repos dominical (1), le polémiste qui publie une liste de commerçants francs-maçons (2), le reporter qui donne le nom d'une personne arrêtée sous l'inculpation d'un vol sensationnel, si la personne est relâchée ensuite (3).

102. Un arrêt de la cour de Lyon du 10 juillet 1896 (4)

(1) Cass. fr., 8 mai 1876 (D. P., 1876, 1, 259).

(2) Lyon, 15 mai 1898 (SIR., 1899, 2, 278).

(3) Montpellier, 25 mai 1909 (*Gaz. des trib. Midi*, 2 mai 1909).

(4) SIR., 1897, 2, 76.

mérite une mention spéciale : « Considérant, dit la cour, que si le journal *La France libre* a pu user de son droit de discussion en dévoilant les agissements secrets de la franc-maçonnerie et en signalant la situation de l'un de ses membres rétribué comme organiste de la paroisse Saint-Paul, il a manifestement excédé ce droit et commis une faute en exerçant à l'égard du curé de la paroisse une véritable contrainte morale pour obtenir la révocation de l'organiste; qu'il a ainsi porté atteinte au droit de Perrand au libre exercice de sa profession; qu'il ne saurait échapper à la responsabilité de cette faute, sous le prétexte qu'il aurait agi par des motifs d'intérêt général et sans intention de nuire; que l'article 1382 du Code civil atteint tous les faits dommageables qui sont de nature à porter atteinte au droit d'autrui sans qu'il soit nécessaire qu'ils aient été commis avec intention de nuire ».

Il y a ici une interprétation largement extensive de l'article 1382. L'arrêt reconnaissait que le défendeur avait usé sans intention de nuire de « son droit de libre discussion ». Il le condamne néanmoins pour avoir excédé ce droit en portant atteinte au droit du demandeur. La maxime : *Qui suo jure utitur neminem lædit* est méconnue. La responsabilité naît en vertu du principe que l'exercice d'un droit a des conséquences antisociales inadmissibles s'il lèse le droit d'autrui. C'est la brèche dans la notion classique de la faute.

103. Bien entendu la jurisprudence française adopte également l'aspect purement subjectif de la théorie étudiée. Elle décide que la responsabilité du journaliste est nécessairement engagée lorsqu'il exerce son droit dans l'intention exclusive de nuire.

La loi française du 29 juillet 1881 stipule spécialement en son article 41 : « Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, ni le compte rendu fidèle fait

de bonne foi des débats judiciaires, ni les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux ». Néanmoins, le tribunal de Reims n'a pas hésité le 3 novembre 1892 (1) à condamner l'auteur d'un compte rendu judiciaire qui l'avait publié dans l'intention manifeste de nuire à l'avocat de l'une des parties en cause.

§ 2. — CRITIQUE POLITIQUE, LITTÉRAIRE, ARTISTIQUE
ET DRAMATIQUE (2).

104. Le droit de critique est libre, il répond à un besoin. Mais, pour échapper à la réparation du préjudice que toute critique cause ou occasionne, l'auteur de celle-ci ne doit faire usage de son droit que dans l'intérêt général. S'il agit méchamment ou en vue de satisfaire un intérêt particulier, s'il porte atteinte à l'honorabilité de l'auteur par des violences de langage, il détourne son droit de sa finalité. Il en est ainsi notamment du critique de mauvaise foi (3) et de celui qui afin d'empêcher la vente d'un ouvrage en publie une analyse à ce point complète que le livre lui-même en perd tout intérêt (4), ou même des citations trop nombreuses (5).

Abuse de son droit le journaliste qui glisse dans un article de critique des insinuations manifestement inspirées par une intention malveillante (6), l'auteur d'une critique exceptionnellement sévère, toute pensée de nuire étant écar-

(1) D. P., 1893, 2, 486.

(2) Conf. CHOSSON, *Droit de l'auteur dramatique*, p. 75. Paris, 1913; PIERRE CHARRIN, *Les droits du critique littéraire dramatique et ses limites*. Paris, librairie Schleicher.

(3) Trib. Seine, 6 janvier 1922 (PATAILLE, 1922, p. 253); 29 janvier 1923 (*ibid.*, 1923, p. 96) et 23 juillet 1921 (*ibid.*, 1921, p. 300) (*Atlantide*, de P. Benoit).

(4) Paris, 17 juin 1897 (PATAILLE, 1898, p. 297).

(5) Trib. Seine, 15 décembre 1882 (*Gaz. du pal.*, 1883, 1, 172); Lyon, 24 juin 1903 (PATAILLE, 1904, p. 88).

(6) Lyon, 6 décembre 1921 (*Monit. jud. de Lyon*, 3 février 1922).

tée (1), l'évêque qui dans ses lettres pastorales, porte indirectement atteinte à l'honorabilité d'une institution en faisant le procès des écoles laïques (2).

Signalons encore un jugement du tribunal de Rennes du 7 mars 1910 (3). Par des attendus très intéressants, adoptant nettement la théorie étudiée, il condamne à des dommages et intérêts pour exercice anormal du droit de critique et de celui de réunion, l'homme politique qui organise une manifestation devant la demeure d'un commerçant coupable d'une infraction.

§ 3. — DROIT DU ROMANCIER DE FAIRE DES EMPRUNTS
A LA VIE PRIVÉE DES PARTICULIERS.

105. La jurisprudence estime généralement que les romanciers ont le droit de faire des emprunts à la vie privée des particuliers et que ceux-ci ne sont pas fondés à se plaindre de cette situation (4). Mais dès que le romancier abuse de ce droit en reproduisant des épisodes de vies privées dans une pensée malveillante (5) ou excède les limites de ce droit en allant jusqu'à citer le nom des personnes (6) visées (7) ou à les ridiculiser (8), les tribunaux interviennent et protègent les particuliers lésés.

106. Quelques décisions intéressantes ont été rendues à cet égard en matière de cinématographie et de photographie.

Un journal avait publié la photographie truquée d'une personnalité politique très en vue. Le cliché la représentait en

(1) Trib. Seine, 11 février 1908 (*Gaz. des trib.*, 1908, col. 222).

(2) Trib. Reims, 25 février 1910 (*Gaz. du pal.*, 1910, 1, 324).

(3) *Recueil de Rennes*, 1910, 110.

(4) *SIR.*, 1897, 4, 9.

(5) Trib. Seine, 9 décembre 1896 (*SIR.*, 1898, 2, 267).

(6) Trib. Seine, 15 novembre 1882 (*Pand. fr.*, 1884, I, 428) (Zola).

(7) *SIR.*, 1904, 1, 173.

(8) Trib. Grenoble, 21 mai 1909 (*Rec. Grenoble*, 1909, 187).

compagnie d'un tiers. Une rubrique : « Les mensonges de la photographie » indiquait l'intention du rédacteur d'attirer l'attention du lecteur sur les résultats que l'on pouvait obtenir par le truquage des épreuves.

La cour de Paris condamna néanmoins le journaliste. Par arrêt du 23 avril 1903, la cour de cassation rejeta le pourvoi dirigé contre cette décision estimant que puisqu'il était acquis en fait que le défendeur avait obéi à une intention malveillante, il avait abusé de son droit et engagé sa responsabilité.

Abuse encore de son droit, dit la cour de Paris, l'auteur d'un film cinématographique qui, reproduisant sur l'écran, dans un scénario dramatique, un hôtel meublé déterminé, laisse croire aux spectateurs que c'est le lieu d'un assassinat (1).

De même, motivant son dispositif par une application très nette de la théorie étudiée, la cour de Grenoble condamna, le 15 juillet 1919, un pharmacien qui, ayant reproduit la photographie d'un lieu de pèlerinage, sur l'affiche-réclame d'un médicament, porta ainsi préjudice à une congrégation religieuse, locataire des lieux photographiés (2).

§ 4. — DROIT DE RÉPONSE.

107. Organisé en France par l'article 11 de la loi du 25 mars 1882, modifié par l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 et par la loi du 29 septembre 1919, le droit de réponse accordé à toute personne nommée et désignée a fait l'objet de controverses ardentes.

108. A de multiples reprises, on a compris la nécessité de limiter et de réprimer les abus auxquels son exercice donne

(1) *D. P.*, 1920, 2, 9, avec note de M. André Rouast sur la théorie de l'abus du droit.

(2) Espèce analogue, Rennes, 23 novembre 1903 (*D. P.*, 1905, 2, 69).

lieu. La jurisprudence française lui reconnaît généralement une limite objective. Elle décide selon une formule couramment adoptée, que la réponse ne doit pas être insérée si elle contient un passage contraire à la loi, à l'intérêt légitime d'un tiers ou à la considération et à l'honneur du journaliste mis en cause. C'est l'aspect finaliste de la théorie de l'abus des droits. Le droit de réponse détourné de son but devient illicite et ne mérite plus d'être sanctionné (1).

109. D'autre part, suivant ainsi la majeure partie de la jurisprudence belge, les juristes français tentèrent d'ajouter au droit de réponse une limite subjective. Pour que la personne désignée jouisse du droit de réponse, estimèrent-ils à juste titre, il faut qu'elle ait un intérêt légitime à satisfaire. Cet intérêt légitime n'existe que pour autant que cette personne ait été l'objet d'une attaque. Si elle est simplement citée et prétend néanmoins exercer son droit de réponse, elle agit sans motif sérieux et partant vexatoirement. Le défaut d'intérêt à l'exercice du droit lui confère un caractère anormal. La protection de la loi ne se justifie plus. C'est l'aspect subjectif de la théorie étudiée.

Il a été adopté, le 10 novembre 1922 (2), par la cour de Paris, dans le fameux procès Doumic contre Sylvain.

L'acteur bien connu avait fait représenter sur la scène du Théâtre-Français une traduction en vers des *Perses*, d'Eschyle. La *Revue des deux mondes* publia un article de critique dramatique. Sylvain, cité dans l'article, prétendit user du droit de réponse. Doumic estimant d'une part,

(1) Cass. fr., 11 juillet 1913 (D. P., 1915, 1, 133); 11 décembre 1920 (*ibid.*, 1920, 1, 159); 21 mai 1898 (*ibid.*, 1900, 1, 32); Paris, 21 novembre 1922 (PATAILLE, 1924, p. 35); 8 mai 1923 (*ibid.*, 1924, p. 61) et 30 octobre 1923 (*ibid.*, 1924, p. 88) (mise en cause du Président de la République). En sens contraire : cass. fr., 8 juin 1892 (SIR., 1892, 1, 168); 3 juin 1892 (D. P., 1893, 1, 461) et 6 février 1886 (SIR., 1888, 1, 281).

(2) D. P., 1922, 2, 129. — Voy. avis de M. l'avocat général Dreyfus.

qu'il avait critiqué l'œuvre et non l'homme et d'autre part que si chaque auteur critiqué avait le droit de répondre, la critique littéraire et dramatique deviendrait impossible, refusa d'insérer la réponse. Le tribunal lui donna tort.

La cour d'appel, sur conclusions conformes de M. l'avocat général Dreyfus, réforma ce jugement par un arrêt dont nous extrayons ce passage : « Considérant que si, avec raison, peut être opposé à Doumic le caractère général du droit de réponse, ce droit, contrairement à ce qu'a jugé le tribunal, ne saurait être tenu pour tellement absolu qu'il doive, sans réserve, être reconnu à toute personne nommée ou désignée dans un journal ou une revue; que pour appliquer ce texte laconique, il convient de ne pas perdre de vue que ce qu'il autorise, c'est une réponse, c'est-à-dire un acte de défense, une riposte qui, nécessairement et par définition, suppose une attaque; que la chambre des pairs a reconnu la nécessité de laisser aux tribunaux le soin de prévenir les abus dont le droit de réponse pourrait devenir le prétexte. »

Malheureusement, par arrêt du 21 mai 1924 (1), la cour de cassation a cassé cette décision.

La question reste soumise à la juridiction de renvoi.

(1) D. P., 1924, p. 409, n° 22; PATAILLE, 1924, p. 58, avec note. Dans le même sens : Paris, 8 mai 1923 (PATAILLE, 1924, p. 61), avec avis de M. l'avocat général Mancel, critiquant la théorie étudiée; cass. fr., 3 mai 1923 (*ibid.*, 1924, p. 58), avec note.

SECTION II. — Belgique.

§ 1^{er}. — LIBERTÉ DE LA PRESSE PROPREMENT DITE.

110. La liberté de la presse est peut-être la matière qui a permis à nos cours et tribunaux de donner leur adhésion la plus nette à la théorie de l'exercice antisocial des droits. Bien avant que les auteurs aient songé à édifier cette théorie au moyen des matériaux mis à leur disposition par la jurisprudence française, avant même le fameux arrêt de Colmar, les décisions belges l'ont appliquée de manière très catégorique.

111. Les principes que nous rappelions plus haut au sujet de la sanction pénale de l'abus du droit d'exprimer sa pensée par la voie de la presse, ont été énoncés par notre cour de cassation dans un arrêt du 28 mars 1839 (1). On y lit : « Considérant que les délits de presse ne sont autres que ceux qui se commettent par l'abus de ce droit. »

Plusieurs décisions ont très exactement résolu la question des sanctions civiles de l'exercice anormal de ce droit.

112. Considérons d'abord l'aspect finaliste de l'abus du droit. Un arrêt de la cour de Liège du 31 mars 1855 (2) s'exprime en des termes rappelant l'article fondamental du Code civil suisse : « Considérant que ce serait faire de la liberté de la presse un abus des plus répréhensibles que d'en user pour satisfaire des sentiments de vengeance ou de petite passion; que soutenir le contraire serait prétendre que l'abus manifeste serait protégé par la loi. »

La cour de cassation, le 14 juin 1883 (3), décide avec toute la netteté désirable : « Considérant que l'article 18

(1) *Pasic.*, 1839, I, 55.

(2) *Pasic.*, 1855, II, 263 et suiv.

(3) *Pasic.*, 1883, I, 267.

de la Constitution n'autorise nullement l'abus de la liberté qu'il garantit; que toute lésion d'un droit légitime est un abus. » Et M. le procureur général Faider avait conclu en déclarant : *L'article 1382 du Code civil assure les effets moraux et sociaux de l'article 18 de la Constitution.*

Détourne en conséquence la liberté de la presse de sa destination sociale et s'expose à la réclamation de dommages-intérêts le polémiste qui, sans intention de nuire, injurie par passion au cours d'une campagne électorale (1); l'historien en relatant imprudemment des faits inexacts (2); le reporter en racontant avec des appréciations malveillantes, des faits qui se sont passés sur la voie publique (3) ou en rapportant, ironiquement et de façon désobligeante pour un avocat, le compte rendu des débats judiciaires (4); le journaliste en signalant au public des perquisitions judiciaires reconnues ensuite mal fondées (5); celui qui sans agir méchamment mêle un magistrat à une campagne électorale et porte atteinte au désir et au droit éminemment respectable de celui-ci de rester en dehors de toute lutte politique (6); celui enfin qui répand, sans la contrôler, la nouvelle du suicide d'une personne déterminée (7).

113. Voici, d'autre part, quelques exemples d'abus du droit d'exprimer sa pensée révélés par l'intention de celui qui l'exerce.

Un jugement du tribunal de Mons s'exprime comme suit : « Considérant que le journaliste reste comme en toute matière soumis au droit commun s'il fait de son droit un usage abusif

(1) Gand, 3 mai 1865 (*Pasic.*, 1866, II, 33).

(2) Trib. Bruxelles, 30 mai 1877 (*Pasic.*, 1877, III, 193).

(3) Bruxelles, 2 mai 1881 (*Pasic.*, 1881, II, 356).

(4) Verviers, 1^{er} mars 1882 (*Pasic.*, 1882, III, 93); Arlon, 2 juillet 1891 (Cl. et B., t. XL, p. 1023); Verviers, 20 janvier 1897 (*Pand. pér.*, 1900, n° 84).

(5) Trib. Bruxelles, 18 mai 1889 (*Journ. des trib.*, 1889, col. 693).

(6) Furnes, 25 octobre 1890 (*Belg. jud.*, 1890, n° 1467).

(7) Gand, 11 novembre 1908 (*Pand. pér.*, 1909, n° 493).

et dommageable; que la publication d'un jugement est licite pourvu qu'elle ne soit pas effectuée dans le but de nuire » (1).

Notons encore un arrêt de la cour de Bruxelles du 2 juin 1862 (2) condamnant un journaliste pour avoir, dans l'intention évidente de nuire, publié une imputation à l'égard d'un tiers; un arrêt de Liège décidant que cette intention peut être prouvée par la simple absence de tout motif plausible ou de toute justification de l'écrit incriminé (3).

Mentionnons enfin le cas du chroniqueur judiciaire qui, par esprit de méchanceté, publie un compte rendu partial (4) ou passe sous silence dans la même intention toute une partie des débats (5).

§ 2. — CRITIQUE POLITIQUE, PROFESSIONNELLE,
LITTÉRAIRE OU DRAMATIQUE.

114. La jurisprudence s'est, en cette matière, montrée tout d'abord hésitante. La cour de Bruxelles avait décidé le 13 décembre 1850 (6), que la critique artistique de la presse est l'exercice d'un droit qui, si préjudiciable soit-il, ne peut donner ouverture à aucune action en dommages et intérêts.

De même, il était couramment décidé qu'en temps de lutte électorale, il y avait lieu de se montrer très large dans l'appréciation des articles publiés. Cela se conçoit aisément. Si le but ordinaire de la liberté de la presse n'est pas de favoriser les discussions politiques, il en est autrement en période d'élections. La critique même acerbe doit être à ce moment plus facilement acceptée (7).

(1) Trib. Mons, 20 décembre 1877 (*Belg. jud.*, 1878, col. 30).

(2) *Pasic.*, 1863, II, 386.

(3) *Pasic.*, 1855, II, 266 et suiv.

(4) Bruxelles, 22 février 1871 (*Belg. jud.*, 1871, col. 627); Verviers, 1^{er} mars 1903 (*Pand. pér.*, 1906, p. 290).

(5) Arlon, 8 mars 1838 (Cl. et B., t. XXXVII, p. 270).

(6) *Belg. jud.*, 1850, col. 71.

(7) Liège, 15 juillet 1854 (*Pasic.*, 1855, II, 66); Gand, 28 décembre 1868 (*ibid.*, 1869, II, 73) et Bruxelles, 31 mai 1869 (*Belg. jud.*, 1869, col. 1028).

115. Bientôt pourtant nos tribunaux reconnurent que ce droit de critique si largement compris avait des limites. Une fois de plus, l'intention de celui qui l'exerce ou les conséquences sociales de cet exercice lui donneront un caractère normal ou abusif.

Ainsi dépasse son droit de polémiste en imputant à un adversaire des opinions que ce dernier n'a jamais professées (1), le journaliste qui se livre à des attaques personnelles sous prétexte de critiquer la politique du clergé (2).

Abuse de son droit, dit la cour de Bruxelles le 8 juillet 1881 (3), le politicien qui adresse des reproches aux élèves d'un institut, dans l'intention évidente de nuire à l'établissement.

Il n'est pas permis non plus à l'écrivain de dénaturer les faits afin de rendre une critique mal fondée (4); au médecin d'adresser publiquement des reproches malveillants à un pharmacien s'il agit non dans un intérêt public, mais avec la pensée arrêtée de nuire à celui-ci (5); au chroniqueur théâtral, de se montrer sévère à l'égard d'une représentation dans le seul but de porter préjudice à la direction du théâtre (6), d'aller jusqu'à l'injure (7) ou d'agir par pure vexation (8) et de mauvaise foi (9).

(1) Verviers, 10 mars 1880 (Cl. et B., t. XXVIII, p. 1104).

(2) Arlon, 25 novembre 1880 (Cl. et B., 1882, p. 706).

(3) *Belg. jud.*, 1882, col. 794.

(4) Bruxelles, 16 février 1884 (*Belg. jud.*, 1884, col. 239).

(5) Liège, 24 mars 1882 (*Belg. jud.*, 1882, col. 630).

(6) Bruxelles, 24 mai 1882 (*Journ. des trib.*, col. 249); trib. Bruxelles, 13 janvier 1892 (*Pasic.*, 1892, III, 53), et trib. Liège, 31 mai 1905 (*Pand. pér.*, 1905, n° 410).

(7) Arlon, 25 octobre 1888 (Cl. et B., t. XXXVII, p. 430) et 18 juin 1896 (*ibid.*, t. VI, p. 889).

(8) Liège, 10 février 1923 (*Jur. cour Liège*, 1923, p. 79).

(9) Bruxelles, 5 février 1913 (*Pand. pér.*, 1913, n° 353); trib. Bruxelles, 31 juillet 1922 (*ibid.*, 1922, n° 247).

§ 3. — LE DROIT DE RÉPONSE.

116. Plus encore que la jurisprudence française, la jurisprudence belge manifeste des hésitations quant au caractère absolu de ce droit.

Si nous ne trouvons dans la jurisprudence française que de rares décisions adoptant la limitation subjective du droit de réponse, la jurisprudence belge nous en offre, au contraire, de nombreuses. Elle reste néanmoins divisée. On peut citer en faveur de la limitation subjective un arrêt de Bruxelles du 12 août 1884 (1) énonçant ce principe : « le droit de réponse n'est donné qu'à celui qui est l'objet d'une attaque mais non pas à celui qui est seulement nommé ».

Plusieurs jugements de Bruxelles (2) accordent au tribunal le pouvoir d'apprécier si la personne nommée a un intérêt à répondre, « car ce serait commettre un abus que d'exiger une réponse par pure vexation » (3).

On le voit, la décision prémentionnée de la cour de Paris n'a rien innové. Depuis longtemps la question de l'interprétation de l'article 13 du décret du 20 juillet 1831 avait été posée et résolue en Belgique dans un sens social.

Les auteurs se sont généralement montrés très favorables à la limitation subjective du droit de réponse (4). Laurent (5), justement ému du système adopté par la jurisprudence opposée (6), rédigea en 1884 un projet de loi qui devait mettre

(1) *Pasic.*, 1884, II, 333.

(2) 31 mars 1881; 10 février 1871 (*Belg. jud.*, 1871, col. 526); 2 décembre 1844 (*ibid.*, 1845, col. 85).

(3) Trib. Bruxelles, 10 décembre 1900 (*Pand. pér.*, 1901, n° 329); Tournai, 28 juin 1913 (*ibid.*, 1913, n° 964); Charleroi, 21 juin 1912 (*ibid.*, 1912, n° 30); Gand, 4 septembre 1886 (*Journ. des trib.*, 1886, col. 1145) et Tournai, 23 juillet 1913 (*Pasic.*, 1913, III, 365).

(4) Voy. notamment : VANDEN BOSCH, *Le droit de réponse*, p. 56; DUPLAT, *Le Journal*, 1909, p. 306; SCHUERMANS, *Code de la presse*, t. II, p. 98.

(5) *Délits de presse*, p. 301.

(6) Bruxelles, 16 mars 1866 (*Pasic.*, 1867, II, 318) et 31 octobre 1878

fin à la controverse. Il était ainsi conçu : « Toute personne citée dans un journal a le droit d'y faire insérer une réponse si elle y a un intérêt légitime ». Ce projet n'a pas abouti en Belgique, mais il est vraisemblable que le tolle soulevé dans le monde journalistique français par l'arrêt de cassation Sylvain contre Doumic forcera le législateur à intervenir, et que nous verrons prochainement le parlement français voter une formule analogue à celle proposée par Laurent.

117. Reste à examiner la question de la limitation objective du droit de réponse. Ici, notre jurisprudence est fixée. On ne doit pas insérer une réponse non destinée à atteindre le but en vue duquel ce droit est organisé. Il en est ainsi de la réponse portant atteinte aux intérêts légitimes de tiers (1), sauf si les tiers ont été mis en cause par le journaliste (2) à l'article duquel il est répondu. Pourront être également refusées les réponses qui blessent l'honneur ou la considération de la personne à laquelle on répond (3) et celles qui ne sont pas adéquates à l'article visé (4). Signalons enfin, à titre de curiosité judiciaire, un jugement de Hasselt (5). Il déclare que la réponse ne peut être contraire

(*ibid.*, 1879, II, 36); cass., 3 novembre 1880 (*ibid.*, 1880, I, 300); Gand, 12 février 1881 (*Belg. jud.*, col. 277); Bruxelles, 10 avril 1883 (*Journ. des trib.*, col. 269); Namur, 27 juin 1884 (*ibid.*, col. 397) (même si éloge).

(1) Gand, 14 janvier 1891 (*Pasic.*, 1891, II, 183); Liège, 27 juin 1863 (*ibid.*, 1864, p. 94); Bruxelles, 31 décembre 1857 (*ibid.*, 1858, p. 192 et 295); Gand, 29 novembre 1875 (*ibid.*, 1876, II, 72); Bruxelles, 14 juillet 1880 (*ibid.*, 1880, II, 228 et note); Liège, 19 avril 1905 (*Pand. pér.*, 1905, n° 1030); Bruxelles, 12 août 1884 (*Pasic.*, 1884, II, 333); Gand, 14 janvier 1891 (*ibid.*, 1891, II, 183); trib. Bruxelles, 20 janvier 1886 (*ibid.*, 1886, III, 306); Liège, 30 avril 1891 (*Belg. jud.*, 1891, col. 677); Bruxelles, 14 janvier 1885 (*Pasic.*, 1885, II, 47); Bruxelles, 6 février 1925 (Jeanne, c. *Libre Belgique*) inédit.

(2) Gand, 7 avril 1897 (*Pasic.*, 1898, II, 47); Liège, 11 janvier 1907 (*ibid.*, 1908, II, 211).

(3) Ch. cons. Courtrai, 31 mai 1878 (*Pasic.*, 1882, III, 13), sur réquisitoire conforme de M. Paul van Iseghem; trib. Liège, 24 septembre 1881 (*Belg. jud.*, 1882, col. 687); Bruxelles, 5 avril 1882 (*Pasic.*, 1882, II, 170).

(4) Liège, 27 juillet 1909 (*Pand. pér.*, 1909, n° 1336).

(5) *Journ. des trib.*, 1889, col. 1289.

aux bonnes mœurs et ajoute qu'elle est telle si elle nie l'existence de Dieu !

CHAPITRE IV. — La puissance maritale.

118. On sait comment, à l'origine du droit romain, le mariage formé par l'*usus*, la *coemptio* ou la *confarreatio* soumettait la femme à la *manus mariti* qui donnait à l'époux le droit de châtimement et de mort (1). On connaît également l'évolution qui se produisit et qui donna lieu tout d'abord au mariage *sine manu*, ensuite au contrôle des pouvoirs du mari par un tribunal domestique ou par un juge investi de la puissance publique; puis enfin, après des stades divers, à la disparition complète sous Théodose de la tutelle de la femme.

119. La France coutumière vit le rétablissement partiel de l'autorité maritale, le droit du mari allant même parfois jusqu'à la mort en cas d'adultère (2).

Cette autorité ne se rétablit cependant pas immédiatement dans toute la France; les populations méridionales restèrent longtemps sous l'influence des lois romaines et contrairement à ce qu'on est généralement tenté de croire, le pouvoir du mari resta tempéré en droit coutumier. « Comme il est dans la nature, dit Morizot-Thibaut (3), que le *dépositaire du pouvoir en abuse*, on impose à l'autorité maritale un certain nombre de contrepoids, organisant le pouvoir de l'époux moins dans son intérêt propre que pour la protection de celle qui le subissait ».

120. A la Révolution française, Condorcet réclama l'indépendance complète des femmes et l'égalité des sexes (4).

(1) CORNIL, *op. cit.*, p. 32.

(2) *Ancienne coutume du Berry*, t. I^{er}, IV.

(3) MORIZOT-THIBAUT, *Autorité maritale*, p. 61.

(4) CONDORCET, *Œuvres*, t. X, p. 121.

Dans le premier projet de Code civil présenté le 9 août 1793 par Cambacérès, l'égalité entre époux était prévue (1). Cette tendance ne se maintint pas. Le Code civil exagéra au contraire le principe de l'autorité maritale. Ses rédacteurs furent influencés par l'esprit de réaction du moment et peut-être par le sentiment anti-féministe de Bonaparte. Basé à la fois sur « l'infirmité d'esprit de la femme » et sur la nécessité de l'obéissance au maître dans la société conjugale, l'autorité maritale se traduit par toutes les dispositions relatives à l'incapacité de la femme mariée et par les articles 213 et 214, forçant la femme à suivre son mari et à lui obéir. Si absolu que soit le droit du mari, le Code civil lui-même en ses articles 218 et 219 en réprime l'exercice anormal. Si le mari refuse sans justes motifs l'autorisation d'agir en justice ou de passer acte, le tribunal pourra suppléer cette autorisation (2).

La jurisprudence interviendra du reste également pour éviter les abus.

SECTION I^{re}. — France.

121. Le 30 novembre 1898 (3), la cour de cassation, estimant que le mari détourne son droit de sa destination sociale, lui fait grief d'interdire à sa femme, sans justes motifs, toutes relations avec ses proches parents.

Il est généralement admis que le mari a le droit de contrôler la correspondance de sa femme, mais ce serait en abuser que d'exercer un contrôle tracassier et incessant (4) alors surtout que la lettre de l'épouse ne représente qu'une expansion légitime de son individualité féminine (5).

(1) DOBROVICI, *Abus du droit*, p. 122.

(2) FENET, t. I^{er}, p. 20.

(3) D. P., 1899, 1, 35; trib. Seine, 13 janvier 1878 (*ibid.*, 1878, 3, 40).

(4) Cass., 6 avril 1907 (D. P., 1907, 1, 512).

(5) Nîmes, 6 janvier 1888 (SIR., 1891, 2, 54).

L'exercice abusif de son autorité pourra être considéré comme une injure grave justifiant une action en divorce contre le mari. Il en sera ainsi notamment si l'époux maintient sans nécessité sa femme dans une subordination absolue et vexatoire en l'empêchant de vaquer aux simples occupations de son ménage (1). Signalons également la loi du 14 juillet 1907 (2), intervenue heureusement pour garantir, contre les dilapidations auxquelles le mari était en droit de se livrer, le produit du travail de la femme.

Par une curieuse réciprocité, le législateur français, après avoir ainsi remédié à l'exercice antisocial du droit du mari, voulut aussitôt prévenir les abus du droit qu'il venait de conférer à la femme. Il décida en son article 2 que le retrait total ou partiel des pouvoirs de la femme pourrait être prononcé *en cas d'abus* commis par celle-ci.

122. Enfin, la jurisprudence algérienne nous offre un cas intéressant de limitation de la puissance maritale. La loi religieuse israélite permet à l'homme de se remarier après le divorce. La femme ne le peut qu'à la condition que son mari lui ait préalablement consenti dans les formes voulues une répudiation dite « *guit* ». Si elle passait outre, ainsi que la loi civile l'y autorise, la femme israélite s'exposerait au blâme et au mépris de ses coréligionnaires. Dès lors, a-t-il été décidé (3), si le mari refuse obstinément et sans motif plausible d'accorder « le *guit* » dans les formes de la loi mosaïque, il cause à sa femme un préjudice dont elle peut demander réparation.

(1) Cass. fr., 11 janvier 1921 (D. P., 1921, 1, 70).

(2) HENRI LALOU, *Droits de la femme mariée*. Paris 1910.

(3) Trib. Guelma, 15 mai 1924 (*Gaz. du pal.*, 1924, p. 424); Alger, 9 avril, 1908 (D. P., 1910, 2, 380).

SECTION II. — Belgique.

123. Avant même la jurisprudence française, la cour de Bruxelles fit une application très nette de la théorie étudiée du droit incontesté du mari de prendre connaissance de la correspondance de sa femme. « Attendu, dit-elle, le 28 avril 1875 (1), qu'il ne peut être permis au mari de s'immiscer arbitrairement dans la correspondance particulière d'une épouse irréprochable, sans le libre consentement de celle-ci, dans le seul but de satisfaire une curiosité jalouse et blessante ». M. Hanssens, dans *Le secret des lettres* (2), commentant cet arrêt, s'exprime très justement comme suit : « Tant que cette jouissance maritale existe, elle est absolue. Seulement, si le mari en fait un *usage abusif*, s'il s'écarte de la mission à l'occasion de laquelle cette autorité lui est dévolue (finalité du droit), s'il s'occupe moins de veiller aux intérêts qui lui sont confiés que de satisfaire sa curiosité et de soumettre sa femme à des tracasseries injustifiables, celle-ci trouvera dans la loi le moyen de se soustraire à cette autorité vexatoire. *L'exercice abusif de l'autorité maritale* peut servir de base à une demande en divorce ». Geny (3) estime aussi qu'il s'agit bien en l'occurrence d'une application de la théorie de l'abus des droits (4).

124. Les articles 1353 et 1354 du Code civil allemand disposent que s'il appartient au mari de fixer le lieu d'habitation commune, la femme n'est pas tenue de suivre son mari si sa décision constitue un *abus du droit* (5).

La loi espagnole contient une disposition analogue. La loi

(1) D. P., 1876, 2, 25.

(2) P. 275.

(3) *Lettres missives*, 1911, t. II, p. 211 et 217.

(4) Voy. GAUDEMET, *Revue trimestr. de droit civil*, 1910, t. IX, p. 414.

(5) Voy. cass. fr., 25 juin 1923, son pourvoi contre arrêt du tribunal supérieur de Colmar (*Gaz. des trib.*, 1923, 1, 211).

belge est muette à cet égard. Notre jurisprudence n'a pas craint pourtant de suppléer le texte. Elle a, par des décisions relativement récentes, autorisé la femme à ne pas suivre son mari dans le cas où celui-ci s'établit à l'étranger sans justifier complètement de ses moyens d'existence (1), et à se refuser à toute cohabitation si elle motive ce refus par des raisons légitimes (2).

125. Les pouvoirs du mari sur la communauté persistent jusqu'au divorce qui la dissout. En conséquence le mari conserve son droit pendant la procédure. Ce droit serait cependant détourné de sa destination si son titulaire, au lieu de l'exercer en vue de conserver et d'augmenter l'avoir commun, s'en servait à des fins personnelles. Il y aurait là un abus nécessitant une sanction (3).

126. La loi du 10 février 1900 a organisé l'épargne de la femme mariée, limitant ainsi la puissance maritale. « L'autorité du chef de famille n'est pas un droit absolu, elle a sa source et sa raison d'être dans l'intérêt de ceux sur qui elle s'exerce. Si le mari *abuse de son autorité* le législateur a le droit d'intervenir » écrivait M. de Smet de Naeyer dans l'exposé des motifs (4). C'est dans le même esprit que le législateur a voté l'article 30 de la loi du 10 mars 1900, autorisant la femme, sous quelque régime qu'elle soit mariée, à toucher son salaire et à en disposer pour les besoins du ménage. Le mari jouit uniquement d'un droit d'opposition.

(1) Anvers, 12 novembre 1904 (*Belg. jud.*, 1905, col. 734).

(2) Verviers, 9 mars 1910 (*Pasic.*, 1910, III, 268).

(3) Bruges, 5 juin 1907 (*Pasic.*, 1908, III, 27).

(4) *Pasinomie*, 1910, p. 43, col. 1.

CHAPITRE V. — La puissance paternelle.

127. Comme la puissance maritale, la puissance paternelle est absolue aux premiers stades du droit romain.

Le *jus vitæ necisque* du *pater familias* subira pourtant une évolution moins large que celle de la *manus mariti*, mais pourtant conséquente. Le *consilium propinquorum* interviendra; l'exercice du droit de quasi-possession sera subordonné à l'existence d'une juste cause souverainement appréciée par le magistrat (1). La vie de l'enfant sera définitivement protégée.

128. Dans le droit ancien la puissance paternelle maintient au père un droit de garde et d'éducation presque sans réserve. Elle revêt néanmoins un caractère assez modéré. Pour la maintenir dans de justes limites, les coutumes comptèrent beaucoup sur l'influence de la mère (2) et conférèrent également un pouvoir de réglementation et de surveillance aux Parlements (3).

La puissance paternelle sera battue en brèche par les juristes de la Révolution (4). Après une vive réaction, le Code civil lui rend toute sa vigueur et lui reconnaît pour fondement la loi naturelle. De là les articles 371 et 379 qui vont jusqu'à donner au père le droit de faire incarcérer ses enfants. Première sauvegarde contre l'abus pourtant : il faut qu'il justifie de motifs spécialement graves. Les cours et les tribunaux d'une part, le législateur d'autre part en édifieront d'autres.

(1) Voy. p. 9.

(2) *Coutumes de Chartres*, art. 103; *coutumes de Dreux*, art. 93 et *coutumes de Montargis*, t. VII, art. 3.

(3) TARDIÈRE, *Puissance paternelle*, p. 65.

(4) NOURISSON, *Puissance paternelle*, p. 28.

SECTION I^{re}. — France.

129. Il sera bientôt admis en droit moderne, comme il l'était en droit romain (1), que les droits du père de famille lui appartiennent bien moins dans son propre intérêt que dans celui de l'enfant et de la société. Dès lors, constatant que c'est détourner ce droit de son but que de l'exercer à d'autres fins que cet intérêt même, les tribunaux décideront, bien avant l'organisation légale de la déchéance de la puissance paternelle, que le droit de garde peut être enlevé au père si la santé ou la moralité de l'enfant est en péril (2).

130. Dans le même esprit la jurisprudence estimera qu'il y a lieu pour les tribunaux d'apprécier les motifs en vertu desquels un père interdit à ses enfants d'être en relation avec des tiers (3) et de voir leurs grands-parents (4) : « Attendu, dit la cour de Paris (5), que la puissance paternelle comporte pour le père le droit de choisir les relations de son enfant et de déterminer les personnes qu'il devra voir ou ne pas voir; que, toutefois, lorsqu'il s'agit des relations des enfants avec leurs ascendants, les pouvoirs du père ne peuvent être absolus et qu'il ne lui est pas permis de briser arbitrairement les liens qui unissent

(1) CORNIL, *Contribution à l'étude de la patria potestas*, p. 70, Paris, 1897.

(2) Cass. fr., 15 mars 1864 (D. P., 1864, 1, 301) et 5 avril 1865 (SIR., 1865, 1, 25); trib. Seine, 15 décembre 1869 (D. P., 1869, 3, 104); cass. fr., 27 juin 1879 (*ibid.*, 1879, 1, 223).

(3) Cass. fr., 8 juillet 1857 (D. P., 1857, 1, 27); 28 juillet 1891 (*ibid.*, 1892, 1, 70); 12 février 1894 (*ibid.*, 1894, 1, 218) et 11 juillet 1866 (SIR., 1867, 1, 151).

(4) Trib. Bordeaux, 10 janvier 1900; Paris, 6 juillet 1905 (*Gaz. des trib.*, 1905, col. 44) et 5 août 1908 (SIR., 1908, 2, 280); Caen, 27 janvier 1900 (*La Loi*, 17 janvier 1911); Amiens, 3 janvier 1912 (*ibid.*, 19 février 1912); cass. fr., 3 juillet 1912 (*Gaz. du pal.*, 1912, 2, 120); Aix, 30 octobre 1912 (*ibid.*, 1912, 2, 551).

(5) Paris, 12 juin 1913 (*Gaz. des trib.*, 1913, col. 27).

les grands-parents à leurs petits-enfants, liens fondés sur la nature; qu'aussi, lorsque le père, sans motifs graves, interdit toute communication entre ses enfants et leurs ascendants, il n'y a plus exercice d'un droit mais abus d'un droit.»

131. Une limitation fort intéressante de la puissance paternelle a été apportée par la jurisprudence relative aux promesses de mariage. Il a été admis à différentes reprises qu'un père engageait sa responsabilité à l'égard du fiancé de son enfant en refusant sans motifs légitimes son consentement au mariage, et en entraînant ainsi la rupture des fiançailles par l'autre futur époux. Ces décisions invoquent chaque fois la théorie étudiée (1).

132. Le législateur interviendra également pour réprimer les abus de la puissance paternelle et organisera par les lois des 24 juillet 1889 et 10 avril 1898 la déchéance de celle-ci.

SECTION II. — Belgique.

133. Nous rencontrons ici un second cas de sanction pénale à l'abus du droit.

Un père avait frappé ou fait frapper ses enfants. Traduit devant les tribunaux répressifs, il soutint qu'il n'avait fait qu'user du droit de correction, attribut reconnu de la puissance paternelle. Le tribunal (2) et la cour de Bruxelles (3) répondirent que « si des corrections légères pouvaient être considérées comme ne constituant ni crime ni délit, l'excès ou l'abus du droit de correction devait être pénalement réprimé ».

(1) Lyon, 23 janvier 1907 (SIR., 1909, 2, 310); Paris, 26 juin 1894 (*ibid.*, 1894, 2, 266); Lyon, 30 avril 1871 (D. P., 1886, 2, 238); Paris, 16 décembre 1874 (SIR., 1875, 1, 112); Alger, 9 avril 1895 (D. P., 1895, 2, 320); Nice, 19 novembre 1923 (*Gaz. du pal.*, 1924, 1, 185) (implicite).

(2) Trib. Bruxelles, 12 avril 1859 (*Belg. jud.*, 1859, col. 486).

(3) Bruxelles, 6 mars 1830 (*Pasic.*, 1830, II, 63).

134. Bien avant la loi sur la protection de l'enfance, nos tribunaux n'hésitèrent pas, en se basant sur un argument d'analogie tiré de l'article 444 du Code civil, organique de la déchéance de la tutelle, à priver le père de sa puissance en cas d'exercice antisocial estimant, à juste titre, qu'il détournait son droit de sa fin s'il ne l'exerçait pas essentiellement dans l'intérêt de l'enfant (1).

135. Enfin, notre jurisprudence après s'être montrée tout d'abord réfractaire, vu l'absence de tout texte, à la limitation de la puissance du père par l'octroi, contre son gré, d'un droit de visite aux grands-parents (2), s'est pourtant laissé fléchir et applique tantôt sciemment, tantôt inconsciemment, la théorie de l'abus du droit à ce cas particulier (3). La décision la plus récente (4) est, à cet égard, absolument nette, et mérite d'être partiellement reproduite : « Attendu qu'il n'est pas contestable qu'un droit quelconque, pour absolu qu'on le puisse tenir, ne peut aller jusqu'à l'*abus*; attendu que dans le domaine de l'autorité paternelle, le droit du père est absolu, en ce sens qu'il s'étend à tout ce qui relève de l'éducation de ses enfants et ce, dans une mesure qui n'a de limite que l'*usage abusif* que le possesseur, au grand dam de sa descendance, pourrait faire d'un pouvoir qui ne lui a été conféré dans toute sa plénitude qu'eu égard précisément aux avantages que

(1) Verviers, 24 janvier 1883 (*Pasic.*, 1883, III, 68); trib. Bruxelles, 6 avril 1889 (*ibid.*, 1890, III, 127) et 19 avril 1913 (*ibid.*, 1913, III, 326); Gand, 30 décembre 1903 (*ibid.*, 1904, II, 105) et 9 juin 1911 (*ibid.*, 1911, II, 201); Bruxelles, 6 décembre 1893 (*ibid.*, 1894, II, 211) et Courtrai, 8 février 1890 (*ibid.*, 1890, III, 183).

(2) Trib. Gand, 19 novembre 1877 (*Pasic.*, 1878, III, 271); Charleroi, 26 juin 1890 (*Pand. pér.*, 1890, n° 1874).

(3) Trib. Gand, 23 juillet 1912; trib. Bruxelles, 26 décembre 1907 (*Belg. jud.*, 1908, col. 62), avec avis de M. Sartini; cass., 14 octobre 1915 (*Pasic.*, 1915-1916, I, 455), sur avis conforme de M. le vicomte Terlinden.

(4) Trib. Liège, 26 décembre 1922 (*Jur. cour Liège*, 1923, p. 109).

les enfants peuvent en retirer; attendu qu'il y a lieu de rechercher si, en l'espèce, le défendeur *abuse de son droit* et si le demandeur peut supprimer ce droit dans l'intérêt de ses enfants.»

136. Une ordonnance du tribunal de Huy a fait tout récemment (1) une claire application de la théorie étudiée. Deux époux se disputaient la propriété du corps d'un enfant décédé. Le père invoquait son droit de garde et sa puissance paternelle : « Attendu, répondit le tribunal, que la mort n'a pu transformer en droit de propriété exclusif le droit de garde que le père possède du vivant de l'enfant; qu'il serait, en effet, contraire à toute idée d'équité et d'humanité de considérer dans le chef du père le droit de garde comme un droit de propriété dont il pourrait user et *abuser* à son gré; que des motifs d'ordre supérieur qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier peuvent prévaloir contre le bon plaisir ou la volonté du père. »

137. En matière législative, nous signalerons la loi du 15 mai 1912 qui organise la protection de l'enfance : « Si les parents *abusent* de leur puissance, dit l'exposé des motifs (2), il est juste que la loi leur enlève une autorité qu'ils sont indignes d'exercer. » La loi du 10 février 1900 déjà citée protège l'épargne de l'enfant mineur comme celle de la femme mariée. A mentionner surtout l'article 1^{er}, alinéa 2, § 9 de la loi du 20 novembre 1896 qui permet d'exclure du droit d'usufruit le conjoint survivant « privé des droits attachés à la puissance paternelle à raison de l'*abus* qui en a fait. »

(1) Trib. Huy, 3 janvier 1923 (*Pasic.*, 1923, III, 47).

(2) MAUS, *Protection de l'enfance*, p. 25.

CHAPITRE VI. — Les obligations.

138. La théorie de l'abus du droit est à examiner en matière contractuelle dans les quatre phases de la vie du contrat : les négociations préalables au contrat ou ce qui est appelé la période précontractuelle; la conclusion du contrat; l'exécution du contrat; la résiliation du contrat.

SECTION I^{re}. — Période précontractuelle.

139. Le principe de l'autonomie de la volonté, principe s'inspirant essentiellement des tendances individualistes du XIX^e siècle est, à tort ou à raison (1), à la base même de l'organisation civiliste des obligations. De ce principe découle cette conséquence capitale : les êtres juridiques capables sont libres de passer entre eux tous les actes qui leur conviennent, et leurs conventions n'ont d'autres limites que l'ordre public (2).

Tout particulier a donc indubitablement le droit de conclure et surtout de refuser de conclure une convention.

Ce droit n'est pas resté plus absolu que ceux examinés jusqu'ici. Une réaction anti-individualiste se dessine. La jurisprudence et même parfois la loi ont admis que le refus de contracter pouvait devenir abusif (3) s'il avait des conséquences antisociales ou s'il était inspiré par l'intention de nuire.

(1) Voy. DUGUIT, *Transformations générales du droit privé*.

(2) DEMOGUE, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 82 et 83.

(3) Voy. JOSSERAND, *Abus des droits*, p. 30; DEMOGUE, *Des obligations*, t. II p. 197; MOREL, « Du refus de contracter », *Revue trimestr. de droit civil*, 1908, p. 289.

§ 1^{er}. — EN FRANCE.

A. — TRANSACTION.

140. Le droit du créancier de refuser ou d'accepter une transaction paraît assurément intangible. Il a été décidé pourtant que celui qui, sans motifs légitimes, s'obstinait à refuser de transiger et nécessitait une procédure d'ordre, engageait sa responsabilité (1).

B. — VENTE ET ENTREPRISE.

141. Les fabricants de draperies du Nord de la France étaient tributaires de teinturiers jouissant d'un monopole de fait dans la région. Un drapier annexa une teinturerie à ses usines. Il ne put y teindre qu'une partie de ses marchandises et dut, pour le surplus, continuer à s'adresser aux teinturiers de profession. L'Union des teinturiers, pour parer à l'atteinte portée à son monopole de fait, décida de refuser toute prestation « aux drapiers qui possédaient une teinturerie » ou tout au moins de leur faire des conditions pratiquement inacceptables. La cour de Douai estima, le 13 juillet 1900, que les teinturiers en refusant de livrer dans ces conditions abusaient de leurs droits (2).

142. Une compagnie d'éclairage jouissant d'un quasi-monopole refusait de raccorder à ses installations l'immeuble d'un particulier. Le tribunal civil de Mâcon jugea qu'elle ne pouvait prendre cette attitude sans justifier de motifs légitimes (3).

143. Un entrepreneur de spectacles ne peut par caprice

(1) Trib. Chaumont, 17 décembre 1859 (SIR., 1868, 2, 253); Grenoble, 10 avril 1869 (*ibid.*, 1869, 2, 232).

(2) SIR., 1903, 2, 293 avec note plaçant résolument la question sur le terrain de l'abus des droits.

(3) *Gaz. des trib.*, 1912, col. 304.

ou par rancune refuser à une personne déterminée l'entrée de son établissement (1).

C. — LOUAGE DE SERVICES OU CONTRAT DE TRAVAIL.

144. C'est surtout le refus de conclure une convention de travail ou de louage de services qui a donné lieu à des décisions caractéristiques. Le contrat de travail est une matière juridique particulièrement délicate. Tout ce qui y touche est à ce point imprégné de l'esprit des luttes sociales ou des tendances politiques qu'il est malaisé de se maintenir, en l'étudiant, sur le terrain du droit pur. Il faut bien le reconnaître : le juge, malgré tout son désir de rester impartial, est parfois impuissant à planer au-dessus des contingences de la vie sociale dont il est lui-même un élément.

Le législateur, inspiré par des courants variés, a souvent pris, dans un sens ou dans l'autre, des mesures violant les principes juridiques les plus élémentaires. La théorie de l'abus du droit reposant essentiellement sur la notion de l'intérêt général primant l'intérêt individuel, a trouvé dans le contrat de travail un terrain particulièrement favorable à son développement.

145. L'article 416 du Code pénal français réprimait le délit de coalition.

La loi du 21 mars 1884 abrogea cette disposition et organisa le statut légal des syndicats professionnels. Quelques années plus tard, deux propositions de loi furent soumises au Parlement. L'une était due à Bovier-Lapierre (2) et punissait de l'emprisonnement et de l'amende « tous patrons, entrepreneurs d'ouvrages ou contremaîtres convaincus d'avoir par refus motivé d'embauchage porté atteinte à la liberté syndicale ».

(1) Cass. fr., 19 février 1896 (D. P., 1896, 1, 449).

(2) *Journal officiel*, 5 avril 1892.

L'autre projet disposait : « L'entrave volontaire apportée à la liberté syndicale par voie de refus d'embauchage constitue un délit civil donnant lieu à l'action en réparation du préjudice causé ». Il émanait de Waldeck-Rousseau qui s'exprimait comme suit dans l'exposé des motifs : « La loi de 1884 est une loi d'intérêt public et d'ordre social. Il suit de là que celui qui entre dans un syndicat exerce un droit reconnu qui ne peut être lésé sans qu'une sanction n'intervienne. Assurément celui qui refuse d'engager un employé exerce un droit légitime. Mais c'est une erreur juridique grave de penser que l'exercice d'un droit légitime soit illimité. La jurisprudence reconnaît constamment que le droit le plus légitime en soi ne peut être abusivement exercé. *C'est abuser de ce droit que d'exclure un employé parce qu'il fait partie d'un syndicat* » (1).

146. La proposition Waldeck-Rousseau, votée à la Chambre fut rejetée au Sénat. La question en était restée là lorsque le 14 décembre 1903, le tribunal de Bordeaux fut saisi de l'espèce suivante : Un patron avait refusé d'embaucher un ouvrier, puis un autre, puis un autre encore, parce qu'ils avaient avoué faire partie d'un syndicat. Le syndicat à la suite de ces faits avait vu plusieurs de ses membres démissionner. Il assigna le patron en dommages et intérêts. Le défendeur fit valoir qu'en refusant d'embaucher, il usait d'un droit incontestable; qu'il était libre de contracter avec qui bon lui semblait. Il invoqua la maxime *qui suo jure utitur neminem lædit*. Le juge répondit : « Attendu que rien dans la législation ne paraît empêcher un patron d'annoncer son intention de ne pas faire travailler les ouvriers d'un syndicat déterminé, mais attendu que les principes généraux du droit conduisent à limiter cette faculté (2), qu'on doit la dénier,

(1) *Journal officiel*, novembre 1899 (Doc. parl. de la Chambre des députés, p. 125).

(2) *SIR.*, 14 décembre 1903, 6, 19, avec note de M. G. Ferron.

quand l'intérêt du patron n'étant pas en jeu, *il s'agit simplement de nuire* au syndicat mis par lui à l'index ». Sur pourvoi, la chambre des requêtes confirma les principes énoncés (1).

Depuis lors, cette jurisprudence a été suivie à diverses reprises, notamment par le tribunal de commerce d'Épernay (2) qui a placé nettement la question sur le terrain de l'exercice antisocial des droits en s'exprimant comme suit : « Mais attendu que le fait de refuser de prendre un employé sous le seul prétexte qu'il fait partie d'un syndicat constitue non pas l'exercice naturel et normal d'un droit, mais un véritable *abus* engendrant une faute réelle ».

Même solution admise par le tribunal civil de Lille (3), par la cour d'Aix (4). Cette dernière reconnaît pourtant, avec raison semble-t-il, que l'attitude du patron est légitime s'il agit en même temps dans le but d'éviter une grève. Ces principes ont été à nouveau implicitement reconnus par le tribunal de la Seine (5).

147. Deux curieuses décisions de caractère quelque peu différent doivent encore être mentionnées. Elles posent très nettement également le principe de la responsabilité pour refus abusif de contracter.

C'est d'une part un jugement de Grenoble du 16 janvier 1913 (6). Il déclare engagée par abus du droit la responsabilité du patron qui subordonne l'embauchage d'ouvriers à la condition qu'ils ne prennent pas pension chez telle personne déterminée. Ce refus de contracter, guidé par des

(1) 13 mars 1905 (D. P., 1906, 1, 113) avec note Planiol.

(2) Trib. comm. Épernay, 28 février 1906 (D. P., 1908, 2, 73) avec note Jossierand.

(3) Trib. civ. Lille, 12 novembre 1913.

(4) Aix, 21 décembre 1910 (SIR., 1912, 2, 97), avec note Maquet.

(5) Trib. Seine, 12 décembre 1922 (Gaz. du pal., 1923, 1, 46).

(6) Rec. Grenoble, 1913, n° 157.

mobiles purement vexatoires, doit entraîner la condamnation à des dommages-intérêts vis-à-vis de l'aubergiste visé.

C'est d'autre part, un arrêt de la cour de Paris (1). Il estime abusifs les refus successifs opposés par une compagnie d'assurance à l'agrément du successeur d'un de ses agents si elle agit uniquement en vue de priver son agent du droit qu'il détenait contractuellement de désigner un successeur préalablement agréé par la dite compagnie.

148. Le législateur lui-même a estimé que le droit pour le patron de choisir des employés à sa convenance devait être limité si les circonstances sociales l'exigeaient. Le 22 novembre 1918, il a en effet imposé aux employeurs la réintégration des employés démobilisés.

§ 2. — EN BELGIQUE.

149. La jurisprudence belge contient peu d'applications de la théorie de l'abus des droits en matière précontractuelle. A notre connaissance un seul exemple mérite d'être rapporté. Il s'agit d'un jugement du tribunal d'Anvers (2). L'espèce est intéressante. Les statuts d'une société en nom collectif accordaient à chaque associé le droit de vendre sa part. L'assemblée générale devait agréer le cessionnaire et restait libre, en conséquence, de refuser un nouvel associé. Le tribunal fut saisi de la question de savoir si l'assemblée pour refuser ce nouvel associé devait faire valoir de justes motifs, ou si elle pouvait user de son droit par pur caprice et selon son bon plaisir. « Attendu, dit le jugement, que les conventions doivent être exécutées de bonne foi; que la seule interprétation qui arrive à ce résultat consiste à dire que l'assemblée générale ne dispose pas du droit arbitraire d'agréer ou de ne pas agréer l'acquéreur. » Il convient d'ajouter

(1) Paris, 3 juillet 1913 (Revue trimestr. de droit civil, 1913, p. 805).

(2) 26 octobre 1900 (Pand. pér., 1901, n° 745.)

que ce jugement fut réformé par la cour de Bruxelles, le 16 janvier 1902 (1), mais dans des termes qui ne portaient aucunement atteinte au principe énoncé. La cour estimait qu'en droit la société pouvait encourir une responsabilité si le refus d'agrégation était déterminé par une intention malveillante. Elle ajoutait qu'en fait le caractère de cette intention n'était pas démontré. C'est le seul cas que nous ayons relevé dans la jurisprudence belge. Il a le mérite d'être formel.

150. On s'étonnera peut-être en constatant que la théorie de l'exercice antisocial des droits n'a pas été aussi fréquemment appliquée en Belgique qu'en France, au refus de contracter. L'explication est simple. La plupart des cas relevés dans la jurisprudence française sont relatifs aux conflits entre patrons et syndicats. Or, en Belgique, l'existence légale des syndicats n'est point reconnue. La loi sur les Unions professionnelles est restée lettre morte. Elle imposait aux associations des conditions à ce point préjudiciables que la plupart des syndicats belges, et notamment tous les syndicats socialistes, ont préféré renoncer aux rares avantages qu'elle conférait.

D'autre part, la seule existence de fait des syndicats était considérablement entravée par le maintien de l'article 310 du Code pénal qui prévoyait des peines sévères contre « toute personne qui dans le but de forcer la hausse ou la baisse des salaires ou de porter atteinte au libre exercice de l'industrie ou du travail, aura prononcé des amendes, des défenses, des interdictions ou toute autre proscription contre ceux qui font travailler ».

En présence de ce texte, il va de soi que le problème résolu par les jugements ci-dessus rapportés des tribunaux de Bordeaux, Epernay et Lille ne s'est jamais posé devant les juridictions belges.

(1) *Pasic.*, 1902, II, 128.

151. L'article 310 a été supprimé le 24 mai 1921. Le même jour a été promulguée une loi garantissant la liberté d'association. Elle constitue vraisemblablement le cas d'application le plus typique de la théorie de l'exercice antisocial des droits dans le domaine législatif. Elle pose et résout de façon catégorique la question du refus abusif de contracter. Voici ce texte : « Sera puni d'une peine de... *quiconque aura méchamment, dans le but de porter atteinte à la liberté d'association, subordonné la conclusion d'un contrat de travail soit à l'affiliation, soit à la non-affiliation d'une ou plusieurs personnes à une association* ».

Nouvel exemple de sanction pénale de l'abus du droit. On peut du reste le regretter. Une sanction civile eut peut-être suffi (1). Le problème n'est pas là. Le législateur a redouté à ce point l'exercice anormal d'une faculté reconnue, qu'il a voté des textes répressifs à seule fin de prémunir la société contre cet exercice. Il lui a paru que le droit de refuser de conclure un contrat de travail devait être contenu dans des limites conformes aux nécessités économiques et sociales du moment.

152. Une autre question pourtant se pose. Sommes-nous en présence d'un abus par intention ou par exercice anti-finaliste? Est-ce l'aspect subjectif ou l'aspect objectif de la théorie étudiée? En d'autres termes, le législateur a-t-il estimé que le caractère antisocial du refus de conclure un contrat de travail se révélait par les conséquences de l'acte ou par l'intention du sujet? La sanction pénale devait-elle jouer dès que par le seul fait de l'acte, il était porté atteinte à la liberté d'association ou seulement dès que la pensée de nuire se manifestait? La loi a-t-elle considéré que le droit de refuser de contracter étant, comme tous les droits subjectifs examinés, conféré à l'être juridique pour des fins

(1) *Voy. Pasic.*, 1921, p. 274, col. 2.

sociales, il le détournait de cette fin, s'il préjudiciait à la liberté d'association? A-t-elle voulu, au contraire, par l'insertion du mot « méchamment », exiger, avant son application, la constatation dans le chef du prévenu d'un *animus vexandi* à l'égard de telle association nettement déterminée?

L'exposé des motifs disait (1) : « Il y a abus encore lorsque le syndicat ouvrier disposant de la majorité dans le personnel d'une entreprise ou d'une région, prétend à la faveur d'un contrat collectif de travail faire exclure des ouvriers affiliés à une autre association ou qui ne sont affiliés à aucune. Ce n'est pas l'usage *normal* de la liberté contractuelle ». Ce texte semble bien envisager la conception objective de l'abus du droit.

Par contre au cours de la décision relative au mot « méchamment », M. Carton de Wiart, reconnaissant que la manifestation d'une intention est chose délicate, disait : « S'il n'y a pas intention méchante, si le désir de nuire n'est pas établi, pourquoi condamnons-nous des actes qui peuvent n'être que des manifestations parfaitement licites de la liberté des individus? » (2). Et ceci est l'adoption nette de la conception subjective.

Pour justifier une sanction pénale, il nous paraît qu'une intention méchante, « un dol spécial » eût été nécessaire. Il est difficile d'admettre que le simple fait de porter atteinte à la liberté syndicale, sans que ce fait soit nécessairement inspiré par un désir de vengeance ou de haine à l'égard d'un individu ou d'une association, puisse constituer un délit.

153. C'est ce que la cour de Liège a compris le 24 mai 1922 (3) en acquittant un patron dont l'intention avait été

(1) *Pasinomie*, 1921, p. 237.

(2) MARCOTY, « Loi sur la liberté d'association », *Belg. jud.*, 1923, col. 70.

(3) *Pasic.*, 1922, II, 122.

non de nuire à autrui mais d'éviter une grève dont il était menacé. La cour de cassation a décidé (1) au contraire que le patron ou l'ouvrier agit méchamment dès que l'acte a pour but de porter atteinte à la liberté d'association d'une personne déterminée.

154. Signalons d'autre part qu'en Belgique comme en France, le législateur a par les lois du 3 août 1919 et du 21 juillet 1924, imposé dans des conditions déterminées la réintégration des employés démobilisés.

SECTION II. — La conclusion du contrat.

155. Le refus de contracter est l'aspect négatif de la liberté contractuelle. La conclusion du contrat en est l'aspect positif. Le fait de contracter, tout comme le fait de refuser de contracter, peut être constitutif d'abus (2).

A raison de l'importance toute particulière de la matière et à seule fin de mettre plus de clarté dans notre exposé, nous distinguerons ici entre la conception étroite et la conception élargie de la théorie étudiée. Nous envisagerons tout d'abord l'exercice anormal considéré comme une faute engageant la responsabilité civile de son auteur. Nous étudierons ensuite l'application du principe de réglementation sociale au droit de contracter.

I. — Conception étroite de l'abus du droit de contracter.

§ 1^{er}. — LOUAGE DE SERVICES.

156. Chacun jouit du droit incontestable de conclure un contrat de travail ou de louage de services. En embauchant

(1) *Pasic.*, 1923, I, 329.

(2) Voy. DEMOGUE, *op. cit.*, t. II, p. 263, n° 598; *Revue trimestr. du droit civil*, 1905, p. 330.

L'ouvrier qui lui convient, en engageant l'employé qui lui plaît, le patron use d'une faculté indiscutée. Il est admis pourtant que s'il contracte dans le seul but de nuire à autrui, le patron abuse de son droit et engage sa responsabilité.

A. — FRANCE.

157. Déjà l'article 417 du Code pénal français fait une application de ce principe en édictant une sanction pénale contre ceux qui embauchent des ouvriers et les envoient travailler à l'étranger dans le but de nuire à l'industrie française. De même la loi du 22 février 1851 contenait en son article 13 une disposition ainsi conçue : « Tout fabricant, chef d'atelier ou ouvrier convaincu d'avoir détourné un apprenti de chez son maître, pour l'employer en qualité d'apprenti ou d'ouvrier, pourra être passible de tout ou partie de l'indemnité à prononcer au profit du maître abandonné ».

158. La jurisprudence hésita tout d'abord. La question (1) semble avoir été soumise aux tribunaux dès 1856 (2). Elle fut très nettement posée le 28 mai 1892 devant la cour de Paris. L'arrêt (3) refusa de condamner le patron ayant débauché les ouvriers d'un concurrent. Il estimait qu'il n'avait fait qu'user de son droit. La thèse contraire n'allait pas tarder à s'imposer. Le 8 novembre 1904 la cour de cassation décide (4) : « lorsqu'il a été stipulé entre deux associés par une clause de l'acte de dissolution qu'il était interdit à l'un d'eux de s'occuper en aucune façon, dans un périmètre déterminé, de la branche de commerce à laquelle appartenait l'exploitation commune, le tiers qui exerçait

(1) Voy. POUILLET, *Concurrence déloyale*, p. 1022.

(2) Paris, 26 janvier 1856 (PATAILLE, 1856, p. 125); 21 octobre 1858 (*Le Droit*, n° 252); 19 février 1859 (PATAILLE, 1859, p. 125).

(3) D. P., 1893, 2, 399.

(4) D. P., 1906, 1, 489, avec note de Lacour.

le même commerce, loue les services de l'un des associés et le fait voyager pour ses propres affaires dans le périmètre en question, tout en n'ignorant pas les droits de l'ex-associé de son voyageur, cause à cet ex-associé un préjudice dont il lui doit réparation aux termes de l'article 1382 ».

159. Cet arrêt faisait l'application la plus nette de la théorie de l'exercice anormal des droits à la libre faculté de conclure une convention de louage de services. Il admettait en effet que le défendeur contractant tout en ayant connaissance du préjudice causé à l'ex-associé de son co-contractant, était tenu à réparation. L'intangible droit de conclure, libre manifestation d'une volonté autonome, devenait générateur de responsabilité si l'intention du sujet qui l'exerçait visait à nuire. Cette intention ne devait du reste pas être déterminante. Il suffisait qu'elle fût certaine.

Une autre question éminemment moderne et tout aussi intéressante était résolue affirmativement par l'arrêt. Il se ralliait de façon catégorique à la *théorie du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*. Cette théorie fit l'objet d'une thèse présentée par M. Hugoney (1) à Lyon en 1909. Nous pensons avec cet auteur (2) que la théorie de l'abus des droits n'absorbe pas complètement la théorie du tiers complice. M. Hugoney doit pourtant reconnaître que dans les cas les plus caractéristiques le fait de complicité résulte de l'exercice anormal d'un droit par le tiers responsable. De deux choses l'une, en effet : ou bien le fait de complicité ne résulte pas de l'exercice d'un droit et dès lors, puisqu'il y a préjudice et « fait quelconque de l'homme », la conception de la faute aquilienne suffit à justifier la responsabilité du tiers. Ou bien le fait de complicité constitue

(1) *Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*. Paris (Rousseau), 1910.

(2) *Ibidem*, p. 253.

l'exercice d'un droit; il est partant licite et ce n'est qu'en se fondant sur la théorie de l'abus des droits (1) et en repoussant l'interprétation classique de l'adage : *qui suo jure utitur neminem lædit* que cette responsabilité peut naître.

160. L'arrêt de 1904 a porté ses fruits. Ses motifs ont été reproduits depuis à de multiples reprises. C'est en les adoptant que les tribunaux ont condamné au paiement de dommages-intérêts le directeur de théâtre qui, connaissant l'engagement contracté par une artiste avec une entreprise concurrente, a facilité à cette artiste par des offres plus avantageuses acceptées par elle, la violation de son engagement (2); la société qui en connaissance de cause engage en qualité de directeur le cédant d'un fonds de commerce lié par une clause de non-concurrence (3); le patron qui par l'appât d'un gain plus élevé, amène un employé ou un contremaître à abandonner son travail brusquement et sans préavis (4). Dans ces diverses espèces, le complice est condamné solidairement avec l'auteur de la violation contractuelle, à la réparation du préjudice. Un arrêt de la cour de Paris (5) mérite une mention particulière. Il précise que la connaissance dans le chef du tiers de la clause de non-concurrence ou de la réalité de l'obligation violée doit exister au moment de la conclusion de la convention de louage de services. C'est la preuve que le fait générateur

(1) RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925, p. 304.

(2) Paris, 24 novembre 1904 (SIR, 1905, 2, 284) et 28 décembre 1905 (*Le Droit*, 25 août 1906).

(3) Paris, 1^{er} mars 1905 (*Pand. fr.*, 1906, 2, 286); Saint-Étienne, 11 décembre 1906; Caen, 23 janvier 1913 (PATAILLE, 1919, 1, 109); Besançon, 9 juin 1913 (*Pasic.*, 1913, IV, 146).

(4) Comm. Seine, 17 juin 1921 (PATAILLE, 1922, p. 295) avec note; comm. Cambrai (*ibid.*, 1921, p. 153) avec note; trib. Seine, 30 juin 1913 (*La Loi*, 7 juillet 1913); cass. fr., 27 mai 1908 (D. P., 1908, 1, 459); trib. paix Sauveterre, 17 février 1921 (PATAILLE, 1924, p. 168) (ouvrière agricole).

(5) HUGENEY, *op. cit.*, p. 128.

de responsabilité est bien la conclusion du contrat, c'est-à-dire l'exercice d'un droit accompagné de la connaissance du dommage causé.

161. Il peut se faire d'ailleurs que la conclusion du contrat de louage de services et de travail accompagnée d'une intention de nuire à un tiers n'entraîne pas nécessairement la violation d'une obligation contractuelle, toute n'étant abusive et génératrice de responsabilité.

Si l'employé engagé ou l'ouvrier embauché respecte le préavis d'usage, s'il n'est lié par aucune clause de non-concurrence, il ne viole en louant ses services à un tiers aucune obligation. Cependant, si ce tiers agit dans le but unique de nuire à un concurrent en désorganisant ses services ou en recherchant des secrets de fabrication, il exerce son droit de manière anormale et doit être condamné à des dommages-intérêts (1).

La tierce complicité disparaît, l'abus du droit demeure.

B. — BELGIQUE.

162. La jurisprudence belge précédant la jurisprudence française, adopta de bonne heure et très nettement la théorie du tiers complice en matière de louage de services (2). Elle décida dès le 21 décembre 1892 (3) qu'une société engageait sa responsabilité en embauchant un certain nombre d'ouvriers d'une société concurrente et en les poussant à cet effet à violer les contrats qui les liaient envers celle-ci. Cette théorie a été affirmée à nouveau le 20 mars 1895 par le tribunal de commerce de Bruxelles (4). Lorsqu'un commerçant, disait-il,

(1) Douai, 30 janvier 1912 (*Le Droit*, 12 octobre 1912); trib. Seine, 18 février 1909 (*Gaz. du pal.*, 12 mars 1909).

(2) MOREAU, *Concurrence illicite*.

(3) Liège, 21 décembre 1892 (*Jur. cour Liège*, 1893, p. 18).

(4) *Pand. pér.*, 1895, n° 980.

n'a pu ignorer l'obligation contractée par quelqu'un de ne pas s'occuper directement ou indirectement de la fabrication ou de la vente d'un produit, et que néanmoins il engage cette personne à son service, pour la vente de ce produit, il se rend complice du fait de son agent et fait acte de concurrence déloyale.

163. Une jurisprudence très nombreuse a décidé, qu'en dehors de toute participation à la violation d'une obligation contractuelle, le fait d'embaucher des ouvriers ou employés dans le but de nuire à un tiers, de désorganiser ses services ou de surprendre ses secrets de fabrication, constituait un exercice abusif du droit de contracter librement (1).

Une décision du tribunal de Termonde invoqua nettement la théorie étudiée (2). Le défendeur avait conclu en priant le tribunal de constater qu'il n'avait fait qu'user d'un droit incontestable. Certes, répondit le tribunal, mais ce droit d'embaucher, vous aviez deux manières de l'exercer : l'une n'était pas préjudiciable, elle consistait à engager des ouvriers libres; l'autre l'était : « or, entre deux modes d'exercer un droit, on ne peut choisir impunément celui qui entraîne un dommage pour autrui ».

§ 2. — VENTE.

164. La conclusion d'une vente, soit comme vendeur, soit comme acheteur peut, elle aussi, être considérée comme l'exercice anormal d'un droit à raison du mobile auquel obéit le contractant.

(1) Bruxelles, 11 juillet 1866 (*Pasic.*, 1866, II, 327); Anvers, 20 juin 1861 (*Port Anvers*, 1861, I, 345) et 11 juin 1863 (*ibid.*, 1863, I, 333); trib. comm. Gand, 25 mai 1907 (*Pasic.*, 1908, III, 15); trib. Bruxelles, 4 juillet 1898 (*ibid.*, 1898, III, 295); 28 février 1923 (*Jur. comm. Bruxelles*, 1923, p. 154); 25 octobre 1912 (*ibid.*, 1913, p. 59); 9 février 1914 (*ibid.*, 1914, p. 225); 11 janvier 1921 (*ibid.*, 1921, p. 114); 5 février 1921 (*ibid.*, 1921, p. 143) et 19 avril 1924 (*ibid.*, 1924, p. 353) (implicite).

(2) *Belg. jud.*, 1867, col. 1325.

Il est inutile de revenir sur l'action paulienne. Elle n'est qu'un cas d'application du principe (1). Si l'acheteur des biens d'un débiteur contracte dans le seul but de nuire aux créanciers de celui-ci, l'achat conclu en fraude de leurs droits pourra être attaqué par eux.

La jurisprudence nous fournit d'autres exemples intéressants.

A. — FRANCE.

165. Le concurrent d'un éditeur lui achète quelques ouvrages tout nouvellement édités. Puis, dans l'intention de nuire à son rival, il les met en vente à un prix notablement inférieur à celui pratiqué par le dit éditeur. Ce faisant, disait déjà la cour de Paris, le 13 janvier 1857 (2), il engage sa responsabilité et doit réparer tout le dommage qu'il cause. Il s'était pourtant contenté d'user de son droit de vente, mais avait obéi à un mobile méchant (3).

Ces principes ont été repris depuis. C'est ainsi qu'il a été décidé qu'un éditeur avait certainement le droit de solder ou de vendre au rabais les invendus. Mais il sera tenu à dédommagement vis-à-vis de l'auteur « s'il agit vexatoirement dans le but évident de lui causer un préjudice » (4).

166. En matière de vente se retrouve également la relation de la théorie étudiée avec celle du tiers complice. Signalons notamment un arrêt de Toulouse du 15 novembre 1904 (5). Il condamne au paiement de dommages et intérêts le négociant qui, connaissant l'obligation contractée par l'agent d'un fabricant de ne pas vendre en dessous d'un certain prix, achète néanmoins à cet agent à un prix infé-

(1) Voy. JOSSERAND, *op. cit.*, p. 34, avec note.

(2) PATAILLE, p. 7.

(3) Trib. comm. Seine, 9 novembre 1923 (*Belg. jud.*, 1925, col. 221) (vente d'un produit spécialisé).

(4) Trib. Seine, 3 avril 1903 (*Pasic.*, 1904, IV, 133).

(5) D. P., 1905, 2, 394.

rieur à celui fixé, puis remet lui-même en vente à un prix également inférieur les marchandises ainsi acquises. Il faut rapprocher de ces espèces la jurisprudence qui accorde une action au fabricant d'un produit contre le commerçant auquel ce produit avait été demandé et qui pour nuire au fabricant en livre un autre (1). Il a été jugé enfin que se rend coupable de concurrence déloyale, par complicité à la violation d'une obligation contractuelle, l'association qui, grâce au concours de son agent fournisseur, annonce et consent à ses adhérents des réductions de tarif, alors que l'interdiction imposée par le fabricant à cet agent de consentir de telles réductions lui avait été notifiée (2).

Se basant sur ce principe, Chenevard (3) écrit : « Le négociant a le droit absolu de vendre ses marchandises aux prix qu'il lui plaît. Toutefois, il ne saurait être fait de ce droit un usage abusif : la mise en vente de produits à prix réduit est constitutive de concurrence déloyale lorsqu'elle a pour but essentiel de nuire à un concurrent ou à un fournisseur ».

Et Demogue, parlant du procédé classique du « dumping » : « Cette vente à perte peut être une cause de demande d'indemnité de la part de rivaux menacés car il y a là un abus du droit » (4).

B. — BELGIQUE.

167. Dès 1853, nos tribunaux (5) rencontrent des cas d'exercice anormal du droit de conclure une vente et

(1) Rennes, 18 juin 1906 (*La Loi*, 28 novembre 1906); cass. fr. (req.), 25 juin 1907 (*Sir.*, 1907, 1, 455); Aix, 19 novembre 1904 (*ibid.*, 1905, 2, 263); Paris, 8 juin 1904 (*ibid.*, 1904, 2, 300; *Rev. trim. de droit civ.*, 1924, p. 753); Alexandrie, 18 avril 1923 (*Gaz. trib. mixtes*, t. XIV, p. 45).

(2) PATAILLE, 1914, 1, 118, avec note sur la tierce complicité.

(3) *Concurrence déloyale*, n° 631.

(4) DEMOGUE, *Obligations*, t. II, n° 680.

(5) Trib. comm. Bruxelles, 2 mai 1853 (*Belg. jud.*, 1853, col. 623); Bruxelles, 2 août 1856 (*ibid.*, 1859, col. 111).

condamnent le libraire qui dans « le seul but malveillant de lui nuire », offre en vente à un prix notablement inférieur des brochures éditées par un concurrent.

Malgré certaines hésitations, cette jurisprudence a été généralement maintenue (1). Mais il est bien entendu que l'*animus vexandi* doit être nettement démontré (2) : « Attendu, dit le tribunal de commerce de Bruxelles (3), que rien ne s'oppose à ce qu'un commerçant vende une marchandise à un prix inférieur à son prix d'achat mais qu'il ne peut par faute ou par malice causer préjudice à autrui; que le droit de chacun a pour limite le droit d'autrui et qu'il n'est licite que d'user de son droit d'une façon normale et prudente de manière à permettre aux autres l'exercice de droits semblables; qu'on ne peut notamment choisir pour l'exercice de son droit, un mode qui doit avoir pour des tiers des conséquences préjudiciables ».

168. La tierce complicité est également admise par nos juridictions. Elles condamnent au paiement de dommages-intérêts vis-à-vis des créanciers d'une faillite le commerçant, qui, connaissant la situation d'un débiteur, lui achète des marchandises en dessous du cours normal, facilitant ainsi l'insolvabilité recherchée par le vendeur (4). Elles déclarent engagée la responsabilité de la femme mariée qui, en vue de permettre à son époux de violer une interdiction de concurrence librement consentie par lui, vend des marchandises et exerce le commerce défendu en ses lieu et place (5). Ce

(1) Liège, 31 octobre 1908 (*Pasic.*, 1909, II, 254); *Contra* : trib. comm. Liège, 10 janvier 1910 (*ibid.*, 1910, III, 87); Bruxelles, 29 juillet 1909 (*ibid.*, 1909, II, 362).

(2) Bruxelles, 14 mai 1912 (*Jur. comm. Bruxelles*, 1912, p. 322); 6 novembre 1912 (*ibid.*, 1912, p. 169) et 22 novembre 1908 (*ibid.*, 1909, p. 104).

(3) Trib. comm. Bruxelles, 20 mars 1905 (*Jur. comm. Bruxelles*, 1905, p. 281).

(4) Trib. comm. Gand, 12 juin 1897 (*Belg. jud.*, 1899, col. 190).

(5) Bruxelles, 19 octobre 1897 (*Pasic.*, 1898, II, 72); Paris, 10 octobre 1923 (PATAILLE, 1924, p. 242).

dernier arrêt contenait un attendu très explicite : « que la complicité dans les faits constitutifs d'infraction à des engagements contractuels d'un tiers peut, suivant les circonstances, entraîner la responsabilité civile de son auteur ».

§ 3. — ASSOCIATION.

169. Le simple fait de conclure une convention d'association peut semblablement engager la responsabilité de son auteur. Le droit de s'associer est exercé abusivement s'il l'est dans la pensée de nuire à un tiers ou de permettre à son co-associé la violation de ses obligations contractuelles.

A. — FRANCE.

170. Ainsi doit être condamné à des dommages et intérêts celui qui s'associe avec un commerçant si cette association est conclue pour permettre à ce dernier d'exercer, sous le nom de son co-associé ou de la nouvelle société, un négoce auquel il lui était contractuellement interdit de se livrer (1).

B. — BELGIQUE.

171. Une décision semblable a été rendue par la cour de Bruxelles, le 1^{er} juin 1905 (2).

§ 4. — LOUAGE DE CHOSE.

172. Enfin, la conclusion du bail peut elle-même devenir abusive. C'est ce qui a été décidé dans une espèce fort curieuse et d'un intérêt pratique considérable, le 2 février 1910 par la cour de cassation de France (3). Une personne avait pris un appartement en location sous son nom dans le

(1) Paris, 21 février 1861 (*Journ. trib. comm.*, 1861, p. 32); 7 juillet 1866 (*ibid.*, t. XVI, p. 25) et 21 décembre 1892 (*ibid.*, 1893, p. 48).

(2) *Journ. des trib.*, 14 octobre 1906.

(3) *Gaz. du pal.*, 1910, 1, 597.

but de permettre à un ami de l'occuper et de se rendre insolvable. Un procès-verbal de carence ayant été dressé à la requête des créanciers de l'ami, ceux-ci réclamèrent et obtinrent à titre de dommages et intérêts la condamnation au paiement des sommes dues. Ils soutenaient qu'en contractant le défendeur s'était rendu complice des efforts faits par le débiteur en vue de se rendre insolvable.

II. — *Conception élargie de l'exercice anormal du droit de contracter.*

173. Comme tous les droits subjectifs, le droit de conclure un contrat n'est conféré aux êtres juridiques qu'en vue de leur permettre de contribuer à la vie sociale, tout en satisfaisant leur intérêt particulier. Ainsi leur volonté autonome peut se manifester. Elle reste néanmoins subordonnée aux règles du droit objectif.

Or, inspiré une fois de plus par sa tendance essentiellement individualiste, le législateur du Code civil a refusé au juge le pouvoir de rechercher les mobiles qui dictaient aux contractants telle ou telle manifestation de leur volonté. Il s'est borné à introduire dans son œuvre la notion de la cause. Mais telle qu'elle était prévue par les textes et entendue par la doctrine, la conception de la cause était stricte au point de ne jamais permettre aux tribunaux la recherche de la conformité des actes de volonté au but social en vue duquel ils étaient autorisés. La jurisprudence ne s'est pas laissé enfermer dans ce cadre étroit. Elle a adopté une conception de la cause illicite absolument opposée à celle de la doctrine. Cette conception n'est qu'une application spéciale des principes de la théorie de l'abus du droit envisagée comme facteur de réglementation juridique et sociale. Il importe de rappeler très brièvement les vicissitudes de la théorie de la cause illicite.

174. On connaît la conception traditionnelle de la cause. On sait comment, distinguant soigneusement la cause du motif, la *causa proxima* de la *causa remota*, les auteurs enseignent que la cause est le mobile immédiat, direct; et le motif, le mobile secondaire, éloigné qui incite à contracter. Recherchant avec toute la minutie voulue le mobile le plus immédiat, ils soutinrent que dans les contrats synallagmatiques, l'obligation d'une partie a pour cause l'obligation de l'autre (1), que dans les contrats unilatéraux l'obligation de celui qui s'engage a pour cause la prestation fournie (argent prêté, gage remis), que dans les contrats à titre gratuit l'obligation de celui qui donne a pour cause l'intention de donner, le désir de gratifier. Surpris de l'étroitesse de cette notion, de nombreux auteurs, au lieu de chercher à l'élargir, ont tenté de la supprimer. Ils estimèrent qu'ainsi comprise la cause se confondait avec l'objet. A force de rechercher le motif le plus immédiat on en était arrivé à une confusion complète. C'est de Belgique que partit le mouvement. Un professeur à l'université de Liège, M. Ernst, publia en 1826 une brochure intitulée : *La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions?* (2). Il répondait négativement à cette question. Laurent se rallia à cette opinion (3), ainsi que Cornil (4) et certains auteurs français (5). Planiol y apporta le poids de son autorité (6). Elle a été défendue récemment en Belgique dans une thèse due à M. Dabin (7), professeur à l'université de Louvain.

175. La jurisprudence entreprit au contraire un mouve-

(1) DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 346.

(2) *Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste*, t. I^{er}, p. 250 (1820).

(3) LAURENT, t. XVI, n° 111.

(4) CORNIL, *La cause dans les conventions*. Bruxelles, 1890.

(5) HUC, t. VI, n° 39; BAUDRY-LACANTINERIE, *Des obligations*, 2^e édit., t. I^{er}, n° 321 et 327.

(6) PLANIOL, t. II, p. 346.

(7) *Théorie de la cause*. Liège, 1919.

ment d'élargissement de la notion de la cause, surtout de la cause illicite. Elle comprit qu'elle devait rechercher, pour apprécier la validité des obligations, le but déterminant auquel avait obéi l'auteur de la manifestation de volonté incriminée. Elle estima qu'elle devait vérifier si l'être juridique agissait conformément à la finalité du droit et du pouvoir qui lui était conféré. Elle décida que si loin d'agir conformément à cette finalité, il obéissait à un sentiment, à un mobile, à un but antisocial, il se rendait coupable d'un exercice anormal de son droit. La nullité radicale de l'obligation qui en résultait devait être constatée.

176. Mais quels textes invoquer ?

L'article 6 du Code civil était assurément insuffisant. Il ne défend pas de déroger à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Il défend seulement de déroger *aux lois* qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs (1). La plupart des décisions que nous allons mentionner ne se basent du reste pas sur ce texte. Restaient l'article 1131 : « L'obligation sur cause illicite ne peut avoir aucun effet », et l'article 1133 : « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ». Comment s'appuyer sur ces deux articles pour rechercher le mobile de l'acte si la doctrine s'accordait à limiter leur effet dans le sens préindiqué? La jurisprudence passa outre, malgré les protestations des auteurs. Examinons-la en France et en Belgique.

(1) DEMOGUE, *Des obligations*, t. II, p. 542; CAPITANT, *De la cause*, p. 222; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris, 1925, p. 58.

§ 5. — LES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES.

A. — FRANCE.

1^o VENTE.

177. La cause de l'obligation de payer le prix d'une chose vendue est, selon la conception traditionnelle, l'obligation du co-contractant de livrer cette chose.

Si l'on vend un objet dont la vente est prohibée par la loi, la livraison de cet objet est illicite, l'article 1131 joue et l'obligation de payer le prix ne peut avoir aucun effet. Voilà l'exemple classique au sens de la doctrine.

Si, au contraire, l'être juridique achète un immeuble en vue d'y exercer une activité contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, l'obligation de payer le prix ne pourra être déclarée « sur cause illicite », puisque sa cause au sens traditionnel est la livraison de l'immeuble et que l'intention d'y exploiter un commerce immoral n'est que le motif de l'achat, la *causa remota* de l'obligation de payer. Tel est le raisonnement doctrinal.

178. Dès 1867 pourtant, le tribunal de la Seine déclara « sur cause illicite » l'obligation de payer le prix d'une maison de tolérance (1). Depuis lors, cette jurisprudence fut constamment suivie (2). Elle annulera semblablement la vente d'une maison de jeu (3) et la vente d'une pharmacie

(1) Trib. Seine, 5 février 1867 (D. P., 1867, 3, 62).

(2) Cass. fr. (civ.), 15 décembre 1873 (SIR., 1874, 2, 625); Caen, 20 juillet 1874 (*ibid.*, 1875, 2, 1131); Douai, 24 décembre 1887 (*ibid.*, 1890, 2, 99); cass. fr. (req.), 1^{er} avril 1895 (D. P., 1895, 1, 263); Paris, 14 février 1889 (*ibid.*, 1890, 2, 189); trib. Macon, 28 février 1913 (*Gaz. des trib.*, 1^{er} sem., col. 390); cass. fr., 17 juillet 1905 (SIR., 1909, 1, 188); Aix, 28 février 1923 (*Gaz. du pal.*, 1^{er} sem., col. 759); Pau, 31 juin 1889 (SIR., 1889, 2, 52).

(3) Rouen, 24 décembre 1901 (D. P., 1902, 2, 397); Grenoble, 16 décembre 1902 (*Gaz. du pal.*, 1903, 1, 390); cass. fr. (req.), 24 novembre 1902 (D. P., 1903, 1, 80); Paris, 11 décembre 1903 (SIR., 1905, 2, 133).

à un acheteur non diplômé (1), bien que dans chacun de ces cas, selon la doctrine, la cause de l'obligation de payer soit la livraison de l'immeuble et l'intention d'y organiser un jeu de hasard ou d'y exercer illégalement la profession de pharmacien, l'un des motifs. De même a-t-il été décidé que ne pourrait être sanctionné l'engagement pris par un politicien envers un cabaretier de payer toutes les consommations offertes aux électeurs en vue d'obtenir leur vote (2), ni l'obligation de payer des fournitures destinées à une maison de tolérance (3) ou des consommations prises dans des établissements de ce genre (4). On le voit; seul le motif est immoral ou illicite dans chacun de ces cas. Les tribunaux comprenant pourtant que les stipulants et les promettants abusent de leur droit de contracter, en l'exerçant dans une pensée antisociale, ont adopté cette conception de la cause désapprouvée par la doctrine.

Notons également cette espèce particulièrement intéressante qui nous ramène à la théorie du tiers complice. La cour d'Aix, le 6 juin 1909, constate la nullité, pour cause illicite, de l'obligation de l'acheteur qui sciemment se fournit chez un commerçant obligé par une convention de non-concurrence à ne pas livrer les produits achetés.

2^o LOUAGE DE CHOSSES.

179. Des espèces aussi fréquentes et aussi nettes se sont présentées en matière de louage de choses. L'obligation du preneur de payer le loyer a, dit-on, pour cause l'obligation du bailleur de procurer la jouissance paisible de l'immeuble. Est pourtant sur cause illicite, déclarent à l'envi cours et

(1) Tarbes, 14 mars 1889 (SIR., 1900, 2, 219); trib. Castelnaudary, 25 juin 1902 (D. P., 1904, 2, 20); Rion, 21 avril 1862 (SIR., 1863, 2, 81).

(2) *Rec. Marseille*, 1909, 1, 340.

(3) Trib. Marseille, 7 novembre 1913 (*Gaz. du pal.*, 1914, 1, 266).

(4) Poitiers, 23 janvier 1860 (D. P., 1860, 3, 40).

tribunaux, l'obligation de payer le loyer d'un immeuble loué en vue d'y exploiter une maison de tolérance (1), d'y installer une maison de rendez-vous (2) ou de jeu (3), celui d'une cave destinée à y déposer des marchandises pour frauder la régie des contributions directes (4), celui d'un appartement loué dans le but d'y réunir des parieurs aux courses de chevaux (5).

3° LOUAGE DE SERVICES.

180. L'obligation de payer un salaire en matière de louage de services, a pour cause, selon la conception traditionnelle, la prestation par l'employé d'un travail convenu. Il importe peu en principe de savoir pourquoi le patron désire que ce travail soit accompli ou pourquoi il veut que ce soit tel employé déterminé qui l'accomplisse. C'est la *causa remota*, le motif et non la cause. Et pourtant, la cour de cassation (6) saisie de la question, s'empresse de déclarer que les obligations résultant d'un louage de services ont une cause illicite, si elles ont été contractées alors qu'au su du patron une clause de non-concurrence liait l'employé. Voici donc la tierce complicité à la violation d'une obligation contractuelle qui devient la cause illicite des obligations résultant d'une convention, alors qu'assurément elle n'en était que le motif. La jurisprudence réprime par cet artifice l'abus du droit de contracter.

(1) Rennes, 17 mai 1909 (*Rec. Rennes*, 1909, 119); Alger, 13 novembre 1893 (D. P., 1894, 2, 528); trib. Seine, 11 février 1885 (*Gaz. du pal.*, 1888, 2, 41); Rennes, 21 février 1890 (*ibid.*, 1890, 1, 624); Bourges, 13 juin 1889 (D. P., 1889, 5, 329).

(2) Trib. Seine, 4 février 1910 (*Gaz. des trib.*, 17 septembre 1910).

(3) Pau, 28 juin 1906 (D. P., 1910, 5, 5).

(4) Paris, 18 février 1837 (DALLOZ, *Répert.*, v° *Obligations*, n° 593).

(5) Trib. Seine, 26 juin 1885 (*La Loi*, 18 juillet 1885).

(6) Cass. fr., 23 octobre 1912 (*Gaz. du pal.*, 1912, 2, 490).

4° ASSOCIATION.

181. La loi elle-même pour réprimer l'exercice anormal du droit de contracter, va confondre la cause et le motif. L'article 3 de la loi française du 1^{er} juillet 1901, relative au contrat d'association, stipule : « Toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite ou qui aura pour *but* de porter atteinte à l'intégrité du territoire national est nulle et de nul effet ». C'est évidemment le mobile que le législateur a voulu viser. Il ne peut du reste pas être question de la cause de l'association mais seulement de la cause des obligations des associés. Or, la cause de l'obligation d'un associé devrait être, selon la doctrine, l'obligation des autres associés.

B. — BELGIQUE.

1° VENTE.

182. Nos tribunaux sont d'accord avec la jurisprudence française pour estimer que l'obligation de payer le prix d'un immeuble acquis en vue d'y exploiter une maison de tolérance a une cause illicite résultant de l'intention dans laquelle l'immeuble est acheté (1); tout comme l'obligation de payer le prix d'un mobilier destiné au su du vendeur à la même exploitation (2) ou des boissons qui y sont consommées (3). Il va de soi que la connaissance de cette destination dans le chef du vendeur doit être nettement démontrée. *Le but* auquel il obéit doit être de favoriser cette exploitation, dit le tribunal de Liège le 27 janvier 1914 (4), repoussant ainsi la notion classique. En l'occurrence, la cause ne pouvait être que la livraison du mobilier ou des boissons.

(1) Trib. Bruxelles, 9 décembre 1891 (*Pasic.*, 1892, III, 49).

(2) Trib. Liège, 12 mai 1909; 18 février 1910 et 14 novembre 1896 (*Pasic.*, 1897, III, 75).

(3) Trib. Hasselt, 19 mars 1879 (*Pasic.*, 1879, III, 216).

(4) *Jur. cour Liège*, 1914, 128.

C'est de même en confondant le motif et la cause, que le tribunal de Bruxelles (1) annula, comme étant contraire aux bonnes mœurs la vente de cigares destinés à être introduits en contrebande dans un pays étranger. Une fois de plus, la cause de l'obligation de livrer des cigares était l'obligation de les payer, celle de l'obligation de payer, l'obligation de livrer mais, en concluant en vue de frauder, les acheteurs et vendeurs avaient exercé anormalement leur droit de contracter.

Les exemples similaires ne manquent pas. Un adjudicataire des travaux de l'Etat achète à un tiers les matériaux nécessaires et lui écrit : « Je dois fournir telle qualité; livrez m'en telle autre inférieure afin que je puisse tromper l'Etat ». Cause illicite, déclare le tribunal de commerce de Bruxelles (2), visant à nouveau un motif qui décelait chez les contractants un exercice antisocial de leur activité juridique.

Un négociant en vins et alcools cède son commerce. En achetant le fonds cédé, le cessionnaire, au su du cédant, pense y trouver le matériel qui lui permettra de se livrer à la fabrication de produits falsifiés. Nouvelle cause illicite qui rend nulle toute la convention (3).

Dernier exemple récent. L'achat de charbon à un officier allemand pendant la guerre est « sur cause illicite » dit le tribunal de Hasselt, le 20 février 1924 (4), *parce qu'il est contraire à l'intérêt général*. Et qui mieux est, il engage comme tel la responsabilité de son auteur vis-à-vis de l'Etat, puisque celui-ci devait à brève échéance entrer en possession de ce charbon en vertu du droit de la guerre. Solution

(1) Bruxelles, 17 février 1886 (*Pasic.*, 1886, II, 173).

(2) Trib. comm. Bruxelles, 21 octobre 1908 (*Jur. comm. Bruxelles*, 1909, p. 60).

(3) Trib. Charleroi (*Pasic.*, 1900, III, 259).

(4) *Pasic.*, 1924, III, 142.

équitable bien que le tribunal ne la justifie que par un artifice juridique évident au lieu de recourir à la théorie élargie de l'abus du droit.

183. Le législateur a suivi le mouvement. C'est encore en confondant la cause et le mobile que l'arrêté royal du 20 janvier 1920 défend tout achat ou vente de devises étrangères si elles n'ont pas *pour cause...* des opérations commerciales effectives.

2° LOUAGE DE CHOSSES.

184. Conformément à la jurisprudence française les obligations de payer le loyer d'immeubles destinés à la prostitution (1) ou à un établissement de jeu (2) sont reconnues inexistantes.

3° ASSOCIATION.

185. Nous avons rappelé que dans la convention d'association, l'obligation d'un des associés avait pour cause l'obligation des autres associés. Donc dès que la société possède un objet licite, que chacune des obligations des associés est licite, le juge ne peut, selon la conception classique, se préoccuper des autres mobiles plus ou moins immédiats qui ont poussé les contractants à s'entendre. Cependant, bien que l'association ait un objet parfaitement licite, elle sera considérée comme nulle si les associés ont été notamment unis par le désir, soit d'éviter la surenchère dans les ventes publiques (3), soit de permettre une concurrence illicite en profitant de renseignements apportés par l'un des associés (4), soit encore de porter

(1) Trib. Bruxelles, 17 janvier 1883 (*Pasic.*, 1883, III, 116); Anvers, 16 juillet 1874 (*ibid.*, 1875, III, 98); trib. Gand, 31 décembre 1879 (*ibid.*, 1880, III, 206).

(2) Bruxelles, 13 février 1899 (*Pasic.*, 1899, II, 265); trib. Liège, 3 mai 1904 (*Jur. cour Liège*, 1904, 166).

(3) Trib. comm. Bruxelles, 10 avril 1908 (*Jur. comm. Bruxelles*, 1908, 314); trib. Anvers, 31 mars 1876 (*Port Anvers*, 1876, V, 243).

(4) Bruxelles, 26 juin 1906 (*Jur. comm. Bruxelles*, 1909, p. 172).

les denrées alimentaires à un prix supérieur à celui résultant de la libre concurrence (1). Nos tribunaux n'ont pas hésité à tenir compte du mobile déterminant, accueillant les fins de non-recevoir basées sur le caractère antisocial de l'intention des associés ou soulevant même d'office la question.

186. La loi du 18 juillet 1924, sanctionnant pénalement l'exercice antisocial du droit de contracter, vise en son article 1^{er}, § 3 « ceux qui, même sans l'emploi de moyens frauduleux, ont par convention maintenu ou tenté de maintenir sur le marché national la hausse ou la baisse anormale du prix des denrées, marchandises, papiers ou effets publics ».

4^o TRANSPORT.

187. L'obligation du transporteur a pour cause l'obligation de payer le prix du transport. Néanmoins, le tribunal de Bruxelles déclarant « qu'il y a cause illicite quand le contrat blesse un intérêt général », estima « sur cause illicite » l'obligation contractée par l'Etat de transporter des publications contenant des articles ou annonces contraires aux bonnes mœurs (2).

188. Il convient de signaler également à propos du contrat de transport la tendance qui se manifeste de considérer comme nulles parce qu'antisociales, les clauses d'irresponsabilité en matière contractuelle. Des juristes de plus en plus nombreux estiment que c'est faire du droit de contracter un usage contraire à sa finalité que d'imposer de semblables clauses. « La loi a pour fonction d'organiser la vie sociale. Il est, dès lors, anormal qu'un futur débiteur se ménage par avance la possibilité de faillir sans risque à ses obligations » (3).

(1) Trib. Huy, 26 mars 1924 (*Jur. cour Liège*, 1924, p. 212).

(2) Trib. Bruxelles, 21 décembre 1891 (*Pasic.*, 1892, III, 32).

(3) BONNECASE, *Deuxième supplément au Traité de BAUDRY-LACANTINERIE*, 1925, p. 666; *Belg. jud.*, 1925, col. 114; MARTINESCO, *L'abus du droit de contracter appliqué aux clauses d'exonération en matière de transport*. Paris, 1920.

Un jugement du tribunal d'Anvers avait adopté cette manière de voir (1). La cour de cassation a refusé de s'y rallier (2).

§ 6. — LES CONTRATS UNILATÉRAUX.

189. Les auteurs signalent qu'il faut distinguer entre les contrats réels tels que le prêt, le nantissement et le dépôt qui sont en réalité des contrats synallagmatiques dont l'une des obligations est exécutée au moment du concours des consentements, et les contrats unilatéraux proprement dits tels que le règlement de compte, la novation et le cautionnement. Selon la conception traditionnelle, la cause du prêt est la remise des fonds; celle du nantissement, la remise du gage; celle du dépôt, la remise de l'objet déposé, c'est-à-dire l'obligation déjà accomplie.

Dans le cautionnement, au contraire, la cause de l'obligation de la caution est une intention libérale (3) selon certains auteurs, la dette principale, selon d'autres.

Il est intéressant d'examiner comment la jurisprudence a fait évoluer la conception classique.

A. — FRANCE.

1^o PRÊT.

190. Se basant sur l'article 1133 du Code civil, les tribunaux refusent toute action au prêteur ayant prêté pour permettre à l'emprunteur de jouer (4) même s'il ne participe pas lui-même au jeu (5), d'acheter une maison de prostitution (6), d'exploiter un établissement de jeu (7) ou d'entre-

(1) Trib. Anvers, 8 juin 1923 (*Belg. jud.*, 1925, col. 110).

(2) Cass., 13 novembre 1924 (*Pasic.*, 1925, I, 18; *Belg. jud.*, 1925, col. 112).

(3) VOY. CAPITANT, *op. cit.*, p. 62; BUFNOIR, *Propriété et contrat*, p. 533.

(4) D. P., 1892, 1, 500; Paris, 8 février 1917 (*Gaz. des trib.*, 1918, 2, 372).

(5) Paris, 8 février 1917 (*Gaz. des trib.*, 1918, 2, 372).

(6) Cass. fr., 1^{er} avril 1895 (D. P., 1896, 1, 289) avec note de critique, et 17 juillet 1905 (*Sir.*, 1909, 1, 188).

(7) Trib. Nice, 10 avril 1891 (*Gaz. des trib.*, 21 mai 1891).

tenir une concubine (1). Autant de solutions par lesquelles le juge s'insurge contre l'exercice contraire à l'utilité sociale du droit ou de la liberté de contracter. A cet effet, il recherche le mobile du prêt et ne s'occupe point de la cause au sens classique du mot.

2^o NANTISSEMENT.

191. De même, loin de s'estimer satisfait en décidant que la cause de nantissement est l'intention d'obliger ou la dette principale, les tribunaux scrutent le motif de cette intention et examinent le but de cette dette. Ils constatent la nullité de l'obligation de la caution qui a simplement désiré faciliter à un ami les achats indispensables à la continuation de relations « coupables » (2).

B. — BELGIQUE.

1^o PRÊT.

192. Les juridictions belges ont reconnu la nullité du prêt consenti en vue de faciliter l'exécution d'une convention illicite (3). Elles ne sont pas unanimes. Une certaine hésitation s'est manifestée en même temps qu'une tendance à respecter à la notion traditionnelle. On relève, en effet, deux décisions qui ont refusé d'admettre la nullité pour cause illicite du prêt consenti en vue de permettre à l'emprunteur de jouer (4) ou d'assurer l'existence de sa maîtresse (5).

La dernière décision est particulièrement intéressante et catégorique. Nous y relevons cet attendu : « Qu'il importe

(1) Trib. Seine, 9 mai 1905 (*Gaz. des trib.*, 1^{er} février 1922).

(2) Nancy, 12 novembre 1904 (D. P., 1905, 2, 158); Toulon, 14 décembre 1886 (*Gaz. du Midi*, 6 mars 1887).

(3) Verviers, 13 juillet 1859 (Cl. et B., 8, 718).

(4) Trib. Bruxelles, 27 janvier 1893 (*Sir.*, 1894, 4, 32).

(5) Trib. Liège, 30 mai 1919 (*Jur. cour Liège*, 1919, p. 285).

peu de rechercher si le motif d'un prêt est immoral, considérant que c'est l'immoralité de la cause et non celle du motif qui forme la base de la nullité édictée par l'article 1133 du Code civil.» La théorie classique de la cause y est exposée dans le surplus des motifs.

Dans cette lutte entre le droit strict et le droit social, la cour de Bruxelles fournit, le 3 mai 1921 (1), une nouvelle arme à ce dernier. Le prêt à un taux excédant l'intérêt légal, décide-t-elle, obtenu en vue d'abuser de la faiblesse de l'emprunteur, est nul comme ayant une cause immorale. Voilà bien la recherche du mobile déterminant et rien que du mobile. Classiquement, la cause du prêt était la remise des fonds. Elle était donc licite mais le mobile du prêteur était contraire à la morale sociale. Dès lors, cet abus du droit de contracter devait être réprimé.

2^o LE CONTRAT DE NANTISSEMENT.

193. L'obligation du créancier de restituer le gage a pour cause la remise du dit gage. Cette obligation est pourtant sur « cause illicite », si le nantissement est conclu pour sûreté d'une dette contractée en vue d'offrir des toilettes à une concubine (2).

3^o CAUTIONNEMENT.

194. En matière de cautionnement enfin le point de savoir si l'obligation a une cause licite ou non pourra dépendre de l'intention de la caution. Le cautionnement sera reconnu nul si celle-ci a voulu favoriser des relations « coupables » (3).

(1) *Rev. prat. notariat*, 1922, p. 475.

(2) Bruxelles, 18 mars 1902 (*Pasic.*, 1902, II, 317).

(3) Termonde, 15 avril 1859 (*Belg. jud.*, 1859, col. 1037).

§ 7. — LES CONTRATS A TITRE GRATUIT.

195. La cause de la donation est, dit-on couramment, l'intention libérale, l'*animus donandi*. Comment, dès lors les tribunaux, en se basant sur la seule notion de la cause, ont-ils pu réprimer l'abus du droit de donner et de disposer entre-vifs ou par testament? Dès que l'intention abstraite de donner est prouvée, devaient-ils s'incliner et ne pouvaient-ils scruter plus avant la pensée du disposant en recherchant si le mobile auquel il avait obéi répondait au rôle social des donations et des testaments? Ils eussent été contraints à cette réserve s'ils avaient respecté et suivi l'opinion de la doctrine. Ils ont su, au contraire, tenir compte des motifs déterminants de la libéralité et du but du disposant.

A. — FRANCE.

196. L'incapacité de disposer à titre gratuit entre concubins, prévue par l'ancien droit, a disparu de notre code. Pourtant il est de jurisprudence constante que lorsque les libéralités entre concubins ont pour but, dans l'intention du disposant, soit de nouer ou de continuer des relations coupables (1), soit d'obtenir le silence lorsque ces relations cessent (2), elles doivent être déclarées nulles parce qu'elles ont pour fondement une cause illicite. Comment les jugements et arrêts justifient-ils leur dispositif? Il arrive fréquemment que la libéralité soit déguisée sous forme de

(1) Cass. fr. (req.), 2 février 1853 (D. P., 1853, 1, 57); cass. fr. (civ.), 21 mars 1898 (SIR., 1898, 1, 513); Dijon, 22 mars 1900 (D. P., 1901, 2, 45); cass. fr. (req.), 26 mars 1860 (D. P., 1860, 1, 255); Paris, 14 novembre 1894 (*ibid.*, 1895, 2, 115); Bastia, 31 juillet 1907 (*ibid.*, 1909, 2, 266); cass. fr. (req.), 4 mars 1914 (*Gaz. des trib.*, 1914, col. 270); Paris, 23 juillet 1914; Lyon, 30 mars 1916 (D. P., 1918, 2, 51); cass. fr. (civ.), 11 mars 1918 (*ibid.*, 1918, 1, 100).

(2) Lyon, 3 juin et 25 juin 1910 (*Moniteur jud. de Lyon*).

reconnaissance de dette ou de convention. Cela permet aux tribunaux de recourir à un expédient. Le juge prétend voir dans la disposition ainsi faite un véritable contrat synallagmatique. Il croit respecter la théorie classique de la cause en considérant que l'obligation du disposant est le prix honteux (*pretium stupri*) des faveurs accordées par la concubine. Ces obligations, dit-il, étant contraires aux bonnes mœurs, l'obligation corrélatrice du disposant est sur cause illicite.

C'est un véritable artifice juridique (1). Qui ne voit que, déguisée ou non, la libéralité n'en reste pas moins une disposition à titre gratuit? Qui oserait prétendre sérieusement que les parties ont eu en vue de former une convention synallagmatique et que la concubine a pris des engagements et des obligations déterminés? Dans la plupart des cas, d'ailleurs, la libéralité n'est faite qu'en reconnaissance des services rendus.

197. D'autres décisions se sont engagées plus délibérément sur le terrain du mobile déterminant opposé à la conception traditionnelle de la cause. Un arrêt de Toulouse (2) a même déclaré que la prétendue obligation avait pris sa source dans *un motif* illicite et contraire aux bonnes mœurs.

En présence de libéralités (3) non déguisées et alors qu'il ne leur était pas permis de recourir à l'expédient du contrat commutatif, les tribunaux n'en ont pas moins constaté la nullité pour cause illicite, en se bornant à dire que le contrat était contraire aux bonnes mœurs. M. Dabin estime cette solution parfaitement juridique et conforme à l'article 6 du Code civil (4). Bornons-nous à

(1) Voy. DABIN, *De la cause*, p. 244.

(2) Toulouse, 9 mars 1885 (D. P., 1887, 1, 442).

(3) Grenoble, 30 avril 1858 (D. P., 1858, 2, 164); Bordeaux, 14 août 1876 (SIR., 1879, 2, 970); Bastia, 31 juillet 1907 (D. P., 1909, 2, 266).

(4) DABIN, *op. cit.*, p. 247, n° 263.

répéter que l'article 6 ne défend que la dérogation aux lois relatives aux bonnes mœurs, et non aux bonnes mœurs mêmes. Or, aucune loi ne prohibe les unions libres.

198. La vérité nous paraît autre. Les juges ont compris que le donataire, en obéissant aux mobiles préindiqués, faisait de son droit de disposer un usage antisocial dont la répression s'imposait. Ils n'ont pas toléré cet abus. Hésitant à puiser dans les textes individualistes du Code les bases juridiques de cette conception sociale, ils ont élargi la notion de la cause en assimilant celle-ci au mobile déterminant.

C'est guidée par la même notion du but déterminant, critérium du caractère normal ou anormal de l'exercice du droit de disposer, que la jurisprudence reconnaît la nullité des donations entre époux, consenties en vue d'assurer l'efficacité d'une séparation amiable (1).

199. Cette conception du but déterminant et l'application des principes de l'exercice abusif du droit de contracter ont amené les tribunaux à donner à l'article 900 du Code civil une interprétation curieuse. Cet article stipule : « Dans toutes dispositions entre-vifs ou testamentaires, les conditions impossibles et celles qui seront contraires aux lois et aux mœurs seront réputées non écrites ». Liée par cette disposition et par la conception classique de la cause ne permettant que de rechercher l'intention abstraite de donner et non le motif de cette intention, la jurisprudence se voyait contrainte d'adopter, en présence d'une disposition sous condition impossible ou immorale, cette solution inique consistant à maintenir la libéralité tout en ne respectant pas sa condition. Une fois de plus elle passa outre et la notion du mobile impulsif et déterminant lui apporta son précieux concours. Elle décida donc que si la condition imposée

(1) Cass. fr. (civ.), 2 juin 1917 (D. P., 1917, 1, 13).

dénotait que le but poursuivi par l'auteur de la donation était illicite, toute la libéralité devait être annulée (1).

La conception de l'utilité sociale de l'acte juridique révélée par l'intention de son auteur apparaissait à nouveau. Permettant aux tribunaux d'annuler l'acte tout entier elle favorisait l'adoption de solutions beaucoup plus équitables et plus justes.

B. — BELGIQUE.

200. La jurisprudence belge est conforme à la jurisprudence française quant à la question des libéralités entre concubins. Elle annule les libéralités consenties en vue de nouer ou de maintenir les relations. Que la libéralité soit déguisée ou non, elle essaye de justifier ses décisions en ayant recours à l'artifice du contrat synallagmatique (2). La cour de Gand dans son souci de respecter la doctrine a poussé si loin ce système qu'elle a prétendu voir dans un legs, un contrat à titre onéreux. « Attendu, dit-elle en effet le 2 mai 1906 (3), que les libéralités entre concubins sont condamnables et sujettes à annulation dès qu'elles ont pour but de provoquer, de favoriser ou de maintenir dans l'avenir des rapports immoraux; attendu que ce dernier principe est vrai, quelle que soit la manière de voir que l'on adopte sur la théorie de la cause en matière de libéralité; que si l'on admet avec Domat que l'engagement de celui qui donne a son fondement sur quelque motif raisonnable

(1) Cass. fr. (req.), 3 juin 1863 (D. P., 1863, 1, 424); cass. fr., 19 mars 1884 (*ibid.*, 1884, 1, 288); cass. fr. (req.), 29 novembre 1892 (*ibid.*, 1893, 1, 67); 8 mai 1901 (*ibid.*, 1902, 1, 220) et 9 juin 1909 (*ibid.*, 1913, 5, 35); cass. fr. (civ.), 20 février 1895 (SIR., 1897, 1, 211) et 23 juin 1913 (*Gaz. des trib.*, 1913, col. 97).

(2) Cass., 14 mai 1903 (*Pasic.*, 1903, I, 216); Neufchâteau, 28 mars 1922 (*ibid.*, 1923, III, 10); Bruxelles, 13 janvier 1922 (*ibid.*, 1923, II, 26); Gand, 8 décembre 1919 (*Belg. jud.*, 1921, col. 283); Bruxelles, 7 janvier 1911 (*ibid.*, 1911, col. 275).

(3) *Pand. pér.*, 1907, n° 371.

et juste, il ne saurait être douteux que la cause des libéralités dont il est question est illicite; que si au contraire on admet que la cause dans les libéralités n'est autre chose qu'un *animus donandi* se distinguant par la volonté de ne rien recevoir en retour, il faut reconnaître que les legs faits en vue de relations illicites constituent en dernière analyse des contrats à titre onéreux ».

Une tendance plus franche se manifeste depuis peu. Elle permettra l'annulation des libéralités pour autant que *le concubinage en soit l'unique cause* (1). La notion du mobile impulsif et déterminant apparaît clairement.

201. Nos juridictions ont semblablement annulé la stipulation de rente présentée comme purement gratuite, si cette stipulation était de nature à favoriser les relations illicites (2) et les libéralités, déguisées ou non, ayant pour but d'éviter les scandales postérieurs à une rupture (3).

202. La question de la nullité de la libéralité faite sous condition immorale ou impossible met notre jurisprudence actuelle en complète opposition avec la jurisprudence française. Elle maintient la libéralité tout en constatant la nullité de la condition. Peut-être considère-t-elle que puisque le disposant a exercé son droit contrairement à sa finalité, il importe peu que la libéralité ait un effet ou n'en ait point du moment qu'elle ne produit pas l'effet antisocial visé par son auteur? Fait digne de remarque : ce sont nos juridictions qui indiquèrent à la jurisprudence française la voie qu'elle suit aujourd'hui. En effet, la cour de Gand, le 12 mai 1859 (4) et la cour de cassation, le 8 novembre 1860 (5), adoptèrent formellement la théorie de

(1) Bruxelles, 2 février 1887 (*Belg. jud.*, 1887, col. 970).

(2) Trib. Liège, 26 novembre 1923 (*Pasic.*, 1924, III, 139).

(3) Bruxelles, 18 mars 1912 (*Pasic.*, 1912, II, 167); Liège, 26 juillet 1919 (*ibid.*, 1919, II, 161) (implicite).

(4) *Pasic.*, 1859, II, 394.

(5) *Pasic.*, 1861, I, 159.

la cause impulsive et déterminante. Ce n'est que plus tard que le revirement se produisit. Notre jurisprudence s'en montre à présent absolument adverse (1).

203. Nous pouvons tirer de l'examen des tendances jurisprudentielles relatives à la théorie de la cause quelques brèves conclusions.

Le mot d'ordre actuel paraît être, pour les tribunaux, de tenir de moins en moins compte de la conception traditionnelle de la cause, pour rechercher au contraire, dans tous les contrats synallagmatiques, réels, unilatéraux, à titre gratuit, le mobile déterminant (2) ayant inspiré la manifestation de volonté soumise à leur examen et à leur contrôle. Si le mobile impulsif déterminant la conclusion d'une vente, d'un bail, d'une association est, non la livraison et la jouissance d'un immeuble, la mise en commun d'un commerce et d'une industrie, mais l'intention manifeste de favoriser le jeu, la débauche ou toute passion coupable; si le mobile impulsif déterminant la conclusion d'un prêt, d'un nantissement, d'un cautionnement est, non d'obtenir la restitution des fonds et objets remis, ou le désir d'obliger un tiers, mais l'intention évidente de faciliter l'assouvissement de ces mêmes passions; si le mobile impulsif déterminant un acte à titre gratuit est non l'*animus donandi in abstracto* mais l'intention certaine de favoriser, récompenser, rémunérer des relations immorales, de tourner la loi, ou d'imposer l'observation de conditions illicites; si, en résumé, ce mobile impulsif et déterminant révèle chez l'auteur de la manifestation de volonté un exercice antisocial ou anormal de son droit de conclure, les tribunaux s'arrogent le pouvoir

(1) Cass., 31 juillet 1869 (*Pasic.*, 1869, I, 547) et 26 février 1874 (*ibid.*, 1874, I, 82).

(2) BONNEGASE, *Deuxième supplément au Traité de BAUDRY-LACANTINERIE*, 1925, p. 672 à 753.

de sanctionner cet abus en constatant l'inexistence ou la nullité radicale de l'acte juridique envisagé.

204. Deux ouvrages récents d'auteurs éminents ont remis la théorie de la cause en honneur. Demogue (1) et surtout Capitant (2) ont essayé de concilier la conception classique et la jurisprudence moderne. Il n'entre pas dans le cadre de notre étude d'apprécier ces efforts et leurs résultats. Bornons-nous à signaler que tous deux, et plus particulièrement Demogue, ont mis en relief le rôle essentiel joué par la théorie de la cause dans les transformations juridiques actuelles. Ils ont aperçu la nécessité absolue de conformer cette théorie non plus à la notion individualiste mais à la notion sociale du droit. « La jurisprudence, constate Capitant, annule tous les contrats synallagmatiques qui, bien qu'ayant pour objet des prestations licites, poursuivent cependant dans l'intention commune des parties *une fin* contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ».

Quant à Demogue, il fait sien ce mot de Gounot (3) : « Le véritable sens de la théorie de la cause est peut-être l'affirmation de la nécessaire subordination de la volonté contractuelle à la justice, ou même la reconnaissance de l'élément *fonction sociale* inclus dans chaque manifestation juridique des droits individuels ». Puis, rappelant qu'il s'agit une fois de plus d'un conflit entre la moralisation des rapports privés et le respect de la liberté individuelle, il écrit : « Les tribunaux voient dans la réalité des choses si l'obligation est socialement utile. L'utilité sociale de l'obligation, tout est là (4). Les contrats sont des actes de coopération sociale placés sous la tutelle de la loi ».

Il consacre ainsi tout un chapitre à ce qu'il appelle la

(1) DEMOGUE, *Des obligations*, t. II, nos 743 à 890.

(2) CAPITANT, *De la cause*, 1923.

(3) Thèse, 1912, p. 24.

(4) DEMOGUE, t. II, p. 540.

théorie de la cause illicite ou de l'utilité sociale des obligations. Il termine par ces mots : « Finalement, la théorie de la cause est un des aspects de la théorie de l'abus des droits. La loi condamne toute personne qui use de ses droits dans des fins autres que les fins morales et licites, soit en usant d'un droit antérieur, soit en contractant » (1).

SECTION III. — Exécution des conventions.

205. La matière de l'exécution des conventions est minutieusement réglée par le code. La nécessité d'assurer à la fois la sécurité des transactions et le respect de la volonté individuelle manifestée dans le cadre de la loi inspira la plupart de ses dispositions. Aussi les droits dérivant des obligations ont-ils opposé à la théorie étudiée la plus longue et la plus efficace résistance.

206. Le législateur du Code avait pris soin afin, peut-être, de mieux défendre les principes et les textes au respect absolu desquels il tenait le plus, d'édicter certaines règles permettant au juge d'atténuer dans une mesure modérée les rigueurs de la loi et les exigences des contractants.

Ce sont l'article 1134, § 3, qui décide que les conventions doivent être exécutées de bonne foi; l'article 1246, qui stipule que si la dette est une chose déterminée uniquement par son espèce, le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure mais qu'il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise; l'article 1244 enfin, qui autorise les tribunaux à accorder des termes et délais aux débiteurs malheureux et de bonne foi.

207. Mais la jurisprudence, aidée parfois par la doctrine, inspirée par la conception sociale juridique se substituant petit à petit à la conception individualiste ébranlera l'édifice

(1) DEMOGUE, t. II, p. 818.

si habilement et si vigoureusement protégé. Elle reconnaîtra que les droits subjectifs dérivant des contrats ne peuvent, pas plus que tous ceux examinés jusqu'ici, être exercés de façon contraire au but social auquel ils répondent. L'anormalité de l'exercice se révélera par l'intention du sujet du droit ou par ses conséquences mêmes.

I. — Anormalité de l'exercice des droits contractuels se révélant par l'intention du sujet.

§ 1^{er}. — LOUAGE DE CHOSES.

208. La jurisprudence relative au louage de choses s'est laissé facilement influencer par les tendances du droit social.

A. — FRANCE.

209. L'article 1717 du Code civil décide que le bailleur a le droit d'interdire la sous-location ou la cession. Il ajoute : cette clause est de rigueur. Les baux contiennent fréquemment une clause interdisant au preneur de sous-louer à des personnes qui n'auront pas l'agrément du propriétaire. Dès 1847, la question s'est posée de savoir si le propriétaire acquérait ainsi un droit absolu d'agrément ou de refuser un sous-locataire. Ne devait-il point faire connaître les motifs de son refus ? Pouvait-il refuser d'agrément par pure tracasserie ? La cour de Paris (1) répondit que le propriétaire en refusant son agrément par simple caprice se rendait coupable d'une extension arbitraire de son droit. Le même principe fut adopté par la cour de Colmar (2). Elle décida que le propriétaire devait justifier son refus par des motifs sérieux et légitimes. Ce point est aujourd'hui acquis (3).

(1) Paris, 6 août 1847 (SIR., 1847, 448).

(2) Colmar, 12 avril 1864 (SIR., 1864, 285).

(3) Besançon, 27 mai 1884 (Gaz. du pal., 1884, 2, 700); Grenoble, 7 avril

210. C'était un premier pas. La clause comportant l'interdiction de sous-louer ou de céder sans le consentement du bailleur paraît plus absolue. Il n'est plus question d'agrément, mention qui emportait en somme une autorisation de principe à la sous-location. Ici, la sous-location est interdite à toute personne quelconque, le bailleur se réservant le droit d'y consentir éventuellement.

Les auteurs estiment généralement que dans ce cas les tribunaux ne peuvent jamais être admis à apprécier les motifs opposés par le propriétaire à une demande d'autorisation (1).

211. La jurisprudence guidée par les nécessités sociales a, au contraire, une tendance certaine à accorder aux tribunaux un pouvoir d'appréciation. La première décision en ce sens est due à la cour de Rouen (2). Elle n'a pas toute la netteté désirable mais déclare néanmoins que si le bail porte sur un fonds de commerce, le juge peut rechercher si les motifs qui poussent le propriétaire à refuser son consentement sont justes. La cour paraît avoir été surtout impressionnée par cette circonstance : une interprétation rigoureuse du contrat aurait eu pour le preneur propriétaire du fonds de commerce des conséquences désastreuses.

Tout récemment un mouvement absolument net s'est produit. Une thèse diamétralement opposée à l'opinion de la doctrine a prévalu. Voici l'espèce. La Compagnie des chemins de fer Paris-Orléans avait donné à bail un terrain et divers immeubles à la société « Les parqueteurs réunis », qui y exerçait son commerce. Le preneur tombe en faillite. Le syndic met en

1866 (SIR., 1867, 2, 44); Lille, 28 juillet 1924 (D. P. hebdomadaire, 1924, p. 614); cass. fr. (req.), 19 novembre 1924 (Gaz. du pal., 1925, 1, 47); Paris, 4 juillet 1924 (D. P. hebdomadaire, 1924, p. 657). *Contra* : Douai, 7 décembre 1881 (SIR., 1881, 1, 676).

(1) BAUDRY-LACANTINIERE, t. XX, p. 636; PLANIOL, t. II, p. 571; AUBRY et RAU, t. IV, p. 491, § 398.

(2) Rouen, 24 juin 1881 (SIR., 1882, 2, 187).

adjudication le fonds de commerce en y comprenant les droits aux baux, malgré la défense de cession et de sous-location sans autorisation du bailleur, insérée dans les contrats. Par exploit d'huissier, le bailleur fait défense de comprendre ces droits dans l'adjudication. Tous les acquéreurs se retirent. Le syndic assigne le propriétaire en dommages-intérêts. Le tribunal (1) le condamne à payer 10.000 francs. « Attendu, dit-il, que les baux constituant un élément du fonds de commerce dont on ne pouvait tirer avantageusement parti qu'en le cédant dans son intégralité, la Compagnie des chemins de fer d'Orléans, en signifiant la défense sans l'appuyer d'aucun motif a pour le moins *commis un usage abusif du droit que lui confèrent les baux* ».

La cour de Paris (2) confirma ce jugement le 29 janvier 1921, sur avis conforme de M. l'avocat général Dreyfus, Cet avis du plus haut intérêt place nettement la question sur le terrain de l'exercice antisocial des droits. C'est, nous semble-t-il, par erreur que son auteur voit en l'occurrence un abus du droit de propriété. Il s'agit d'un exercice anormal du droit dérivant pour le propriétaire de la convention de bail intervenue. Josserand, dans une note au Dalloz (3), écrit très justement : « Du moment que le problème est ainsi transporté sur le terrain de l'abus des droits, il cesse d'être de pur fait et tombe sous le contrôle de la cour de cassation. Il faut savoir si le mobile du bailleur doit être considéré ou non comme légitime, s'il cadre avec l'esprit de l'institution, avec la finalité du droit ».

La cour de cassation saisie (4) a paru effrayée de la

(1) Trib. comm. Seine, 3 mars 1920 (*Gaz. du pal.*, 1920, 2, 41).

(2) Paris, 29 janvier 1921 (*Gaz. du pal.*, 1921, 1, 402).

(3) D. P., 1923, 2, 173.

(4) Cass. fr., 18 février 1924 (*Gaz. des trib.*, 1924, 1, 217; *Revue trimestr. de droit civil*, 1924, p. 719). Voy. également note d'Esmein au *SIREY*, 1924, 1, 37.

décision à prendre. Elle a trouvé un biais et déclaré qu'il y avait en l'occurrence exercice du pouvoir souverain du juge du fond. Ce faisant, elle a singulièrement rabaisé la portée de l'arrêt de la cour de Paris en le ramenant à une question de fait.

212. L'arrêt de la cour de Paris a néanmoins porté ses fruits. Les principes qu'il avait adoptés furent appliqués à une clause interdisant « la sous-location sans le consentement du propriétaire *qui sera entièrement libre de la refuser* » (1). Ils furent suivis par la cour de Caen (2). Elle décida que le bail d'un immeuble où s'exploite un fonds de commerce cédé par le bailleur au preneur ne peut interdire sans motifs plausibles la sous-location, car il créerait une impossibilité presque absolue pour le preneur de céder à son tour le dit fonds.

213. La jurisprudence française est actuellement unanime (3). Il est à remarquer que dans chacune de ces décisions il s'agit d'un bail portant sur un immeuble commercial. La théorie étudiée revêt ici son double aspect : anormalité révélée par l'intention du sujet, le propriétaire agissant sans intérêt légitime; anormalité révélée par les conséquences antisociales de l'exercice, le principe de la libre circulation des biens exigeant la possibilité des aliénations pratiques et rapides des fonds de commerce.

214. D'autres applications d'abus du droit d'exécution d'un contrat de louage de choses peuvent être relevées. Il a été décidé que le bailleur engage sa responsabilité en annonçant la relocation (4) d'un immeuble commercial trop

(1) Montpellier, 19 décembre 1921 (*Gaz. du pal.*, 1922, 1, 17).

(2) Caen, 26 janvier 1921 (*Rec. du Havre*, 1922, 2, 23).

(3) Saint-Malo, 23 février 1923 (*Gaz. du pal.*, 1923, 1, 663); Lyon, 5 juin 1924 (*D. P. hebdom.*, 1924, 521); Rennes, 6 décembre 1922; civ. Le Havre, 1^{er} juillet 1922; Nancy, 12 janvier 1923 (*D. P.*, 1923, 1, 169); Lyon, 19 novembre 1924 (*Gaz. du pal.*, 1925, 1, 203).

(4) Toulouse, 13 juin 1906 (*Gaz. des trib. Midi*, 11 mars 1906).

longtemps avant l'expiration du bail ou en signalant aux supérieurs hiérarchiques du preneur que celui-ci ne paye pas son loyer (1). Le 17 janvier 1923 (2), le tribunal de la Seine déclare abusif le fait pour un propriétaire de sommer le preneur de payer le loyer portable, après avoir refusé sans motif sérieux un mandat poste.

B. — BELGIQUE.

215. Comme en France, certains de nos tribunaux ont estimé que le juge avait le droit de contrôler les motifs du refus opposé par le bailleur pour autant que le contrat soumette la sous-location à l'agrément du propriétaire (3). Il est intolérable, décident-ils, que le propriétaire agisse « par hostilité ou tracasserie ».

216. Les efforts tentés par les plaideurs n'ont pu faire admettre ce même droit de contrôle, en présence d'un bail contenant une clause exigeant purement et simplement le consentement du bailleur (4). Peut-être l'influence de la jurisprudence française se fera-t-elle sentir. Sa tendance correspond à un besoin certain. Laurent s'était montré partisan résolu du système adopté par elle (5).

217. Les abus auxquels peuvent se livrer les propriétaires d'immeubles commerciaux en obtenant la résiliation du bail ou en empêchant la cession des fonds de commerce sont de

(1) Trib. Seine, 30 janvier 1924 (*Gaz. du pal.* [sommaries], 1924, p. 66; *Revue trimestr. de droit civil*, 1924, p. 998).

(2) CORNIL, *Le droit privé*, p. 119.

(3) Trib. Liège, 7 août 1880 (Cl. et B., t. XXX, 1248); trib. Bruxelles, 9 mai 1879 (*Pasic.*, 1880, III, 61). *Contra* : Verviers, 11 janvier 1905 (*Pand. pér.*, 1905, 180).

(4) Bruxelles, 22 juin 1889 (*Belg. jud.*, 1889, col. 954); 25 janvier 1872 (Cl. et B., t. XXI, 1175) et 6 janvier 1873 (*Pasic.*, 1873, II, 61); Anvers, 6 juin 1888 (*Journ. des trib.*, 1888, 937); trib. Bruxelles, 17 mars 1914 (*Pasic.*, 1914, III, 180) et 16 janvier 1925 (non publié) (Clereen c. Vette).

(5) LAURENT, t. XXV, p. 245, n° 218.

plus en plus opposés aux nécessités sociales actuelles et le législateur est saisi de projets de loi tendant à sauvegarder les intérêts des preneurs.

Généralement, les tendances jurisprudentielles nées de besoins nouveaux précèdent la loi. Le contraire s'est produit en l'occurrence. Le Parlement se trouve, en effet, saisi par M. Wauwermans d'un projet de loi ayant pour objet de protéger la propriété du fonds de commerce.

« Autoriser ces pratiques, dit l'auteur du projet dans son exposé des motifs, c'est permettre au propriétaire de tirer un avantage considérable de l'accroissement de clientèle créée ou acquise par locataire. La proposition a pour but de mettre obstacle à ce que le locataire puisse être l'objet de mesures qui constitueraient à son égard *un abus de droit* ne pouvant se réclamer d'aucun intérêt légitime ».

218. Ajoutons que dans d'autres manifestations juridiques de la convention de bail, nos tribunaux marquent une tendance à réprimer l'exercice abusif du droit du propriétaire. Les baux stipulent ordinairement que le preneur ne pourra effectuer des travaux sans l'autorisation du bailleur. « Attendu, dit la cour de Bruxelles, le 20 mai 1903 (1), que semblable interdiction doit s'entendre dans un sens raisonnable, qu'on ne peut considérer comme une violation de cette clause les actes qui, sans porter préjudice au propriétaire, ont permis au locataire de tirer profit de la chose louée d'une façon normale ».

Mais la cour de cassation (2) a cru devoir s'insurger contre cette tendance. Elle a cassé pour violation de la foi due aux actes un arrêt de la cour de Bruxelles du 27 octobre 1922, qui avait justement établi la distinction nécessaire entre les

(1) *Pasic.*, 1903, II, 275; Gand, 5 février 1908 (*ibid.*, 1908, II, 333).

(2) Cass., 6 mars 1924 (*Pasic.*, 1924, I, 234). Dans le même sens, cass. fr., 12 mars 1924 (*Gaz. des trib.*, 1925, 1, 1).

travaux préjudiciables à l'immeuble et ceux qui ne compromettent en rien sa solidité, ni son exploitation normale.

§ — CONTRAT DE TRANSPORT.

219. L'exécution du contrat de transport a également donné lieu à de curieuses applications de la théorie étudiée. En vertu des conventions intervenues avec les industriels raccordés, les compagnies de chemin de fer jouissent d'un certain délai pour fournir les wagons sollicités. Peuvent-elles, si elles disposent de wagons, en retarder l'envoi jusqu'au dernier moment, étant acquis qu'il n'y a aucun intérêt sérieux à les laisser dans les gares de formation? Non, répond la cour de cassation de France, ce serait abuser du droit au délai et cet abus engagerait la responsabilité de son auteur (1).

Il est admis que les compagnies de chemin de fer ont le droit d'ouvrir les colis qui leur sont remis, pour vérifier le poids, la valeur, la nature des objets transportés. Mais, déclare M. Josserand dans son *Traité du contrat de transport*, invoquant l'autorité d'un arrêt de Paris du 16 août 1853 (2), ce droit ne peut dégénérer en vexation : « Tous les droits, si directs qu'on les conçoive, ont été concédés en vue d'une destination particulière en dehors de laquelle leur exercice devient abusif. L'intention de nuire ne saurait en aucun cas constituer la finalité d'un droit » (3).

§ 3. — PAYEMENT PARTIEL.

220. L'article 1244 du Code civil décide que le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir le paiement

(1) Cass. fr., 7 mai 1902 (*Gaz. du pal.*, 16 juin 1902).

(2) D. P., 1855, 1, 217.

(3) JOSSERAND, *Contrat de transport*, p. 274.

partiel d'une dette même indivisible. Il est admis, que par application de cet article les acheteurs peuvent s'opposer à toute livraison fractionnée. Le pourront-ils même s'ils n'y ont aucun intérêt? Non, répond le tribunal de Charleroi le 28 février 1883 (1). Et la cour de Bruxelles déclare le 14 mars 1870 que les tribunaux peuvent, à raison des circonstances, ne pas prononcer la résiliation du marché si un solde peu important n'est pas fourni (2).

§ 4. — IMPUTATION DE PAYEMENT.

221. L'article 1253 du Code civil dispose : « Le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter ». Ce serait abuser de ce droit, décide la cour de cassation de France (3), que de faire une imputation déterminée dans le but unique de nuire à un tiers.

Il est de même admis par la jurisprudence belge que si l'exercice du droit d'imputation nuit au créancier (4), il est détourné de son but et ne peut être sanctionné.

§ 5. — SOCIÉTÉ.

222. Enfin la cour de cassation de France nous offre un exemple intéressant d'exercice anormal des droits dérivant d'un contrat d'association. Les statuts d'une société prévoyaient la constitution de parts de fondateur auxquelles était attribuée une fraction des bénéfices réalisés, et ils conféraient en même temps à l'assemblée générale la faculté de prononcer la dissolution anticipée de la société à l'existence

(1) Charleroi, 28 février 1883 (*Pasic.*, 1883, III, 329).

(2) Bruxelles, 14 mars 1870 (*Pasic.*, 1871, II, 25).

(3) Cass. fr., 14 novembre 1922; Bordeaux, 20 mai 1912 (*Gaz. du pal.*, 1922, 2, 754, et *Revue trimestr. de droit civil*, 1922, p. 157).

(4) Gand, 14 juin 1882 (*Pasic.*, 1882, II, 393); Arlon, 5 février 1924 (*Jur. cour Liège*, 1924, p. 71).

de laquelle étaient liés les droits des fondateurs. L'arrêt reconnaît aux tribunaux le pouvoir d'examiner si au regard des porteurs de ces parts, l'assemblée n'a pas fait un usage abusif de son droit et si elle en a usé dans des conditions légitimes ou suffisamment justifiées (1).

A *fortiori* il doit être admis que les décisions de l'assemblée générale ne seront valables que si elles sont inspirées par l'intérêt de la société ou de la collectivité des actionnaires mais non si elles sont dictées par l'intérêt personnel d'une majorité d'actionnaires abusant de leur autorité (2). Ce principe a été appliqué par la cour de Paris le 16 février 1911 (3). Elle a annulé la décision d'une assemblée générale extraordinaire augmentant les tantièmes des administrateurs parce qu'il était établi que ceux-ci avaient profité de leur majorité en tant qu'actionnaires pour faire voter l'augmentation.

223. La doctrine belge approuve l'arrêt de cassation prémentionné et y reconnaît une application certaine de la théorie étudiée (4). La jurisprudence nous fournit (5) une décision qui semble adopter implicitement le même point de vue.

§ 6. — VENTE.

224. Lorsqu'un marché de fournitures réserve à l'acheteur le droit de faire dépendre l'agrément des marchandises livrées de sa seule volonté, le refus d'agrément ouvrirait un recours en justice s'il était démontré que l'acheteur abuse de son droit en agissant par pur caprice ou mauvais vouloir systématique. Tel est le cas d'exercice abusif du droit dérivant d'un contrat de vente à relever dans notre jurisprudence (6).

(1) Cass. fr., 4 juillet 1893 (*Rev. prat. des sociétés*, 1894, p. 10 avec note).

(2) HOUPIN et BOSVIEUX, *Sociétés anonymes*, t. II, p. 353.

(3) *Journal des sociétés*, 1911, 274 et note Houpin.

(4) WAUVERMANS, *Sociétés anonymes*, 4^e édit., p. 126, n^o 201.

(5) Trib. comm. Bruxelles, 24 octobre 1898 (*Rev. prat. des sociétés*, 1898, p. 121).

(6) Bruxelles, 16 mars 1910 (*Pasic.*, 1910, II, 239). Voy. également

II. — *Anormalité de l'exercice se révélant par le caractère antisocial de ses conséquences.*

225. L'exécution d'une convention répond à un besoin social tout comme la convention elle-même. Chaque fois que deux êtres juridiques promettent l'exécution d'obligations réciproques, ils accomplissent un acte directement ou indirectement utile au point de vue social. Le marchand en vendant, le propriétaire en donnant à bail, l'industriel en fabriquant ou transportant, l'ouvrier en louant ses services, le négociant ou le consommateur en achetant, le prêteur, le dépositaire en respectant leurs obligations, exécutent chacun un de ces actes innombrables, dont la réunion forme *et permet* la vie en société. Qu'on supprime ces actes, et toute vie sociale disparaît. Ils sont donc utiles dans leur ensemble et de façon générale non pas seulement à ceux qui les exécutent ou en réclament l'exécution, mais aussi à la collectivité. Dès lors, l'être juridique jouissant du droit d'exiger l'exécution d'une obligation dérivant d'un contrat, pourra-t-il exercer ce droit en tout état de cause? Des modifications peuvent survenir dans le domaine économique, dans les conditions de la vie ambiante telles qu'elles étaient déterminées au moment où le concours de consentement s'est manifesté. L'exécution de l'obligation peut être profitable au créancier mais cesser de l'être à la collectivité. Elle peut même devenir directement ou indirectement préjudiciable à celle-ci. Le juge pourra-t-il décider que le créancier abuse, par détournement de sa finalité, du droit lui conféré par le contrat et refuser d'ordonner l'exécution des obligations qui en dérivent? Ici apparaît la théorie de l'imprévision.

trib. comm. Gand (*Journ. des trib.*, 1923, col. 251 avec note) (abuse de son droit, le vendeur qui profite d'un moment de baisse pour contraindre l'acheteur à prendre livraison).

Elle n'est en réalité qu'une nouvelle application de la théorie élargie de l'exercice antisocial des droits envisagée comme facteur général de réglementation juridique. Ce point est contesté. Avant d'en aborder l'étude, recherchons les applications de la théorie de l'imprévision en France et en Belgique.

§ 1^{er}. — FRANCE.

226. La tâche d'exposer les applications de la théorie de l'imprévision en France est considérablement facilitée par les études doctrinales nombreuses dont cette matière fait l'objet (1).

Voirin pose lumineusement le problème dans ces termes : « N'y a-t-il aucun remède si, dans l'intervalle qui sépare la conclusion d'une convention de son exécution, quelque événement imprévu et imprévisible surgit, qui bouleverse les conditions du marché et perturbe les rapports économiques et sociaux? Ne doit-on pas considérer que les volontés individuelles ne sont génératrices d'obligations qu'à condition de se mouvoir dans le champ des prévisions humaines, et que si l'événement les dépasse, ayant pour effet de rompre l'équilibre qui faisait la probité du pacte, le contrat est anéanti ou du moins que les relations exclusivement contractuelles des parties font place à un état inorganique dont il appartient à l'interprète de stabiliser harmoniquement les éléments en s'inspirant à la fois de l'intérêt général et des besoins de l'équité, conformément aux exigences méconnues de la règle de droit? »

227. C'est le droit administratif français qui nous four-

(1) VOIRIN, *Théorie de l'imprévision*, thèse, Nancy, 1922; LOUVEAU, *Théorie de l'imprévision*, thèse, Rennes, 1920; GUEULETTE, *Effets de la guerre sur les contrats*, thèse, Paris, 1917; BRUNET, *La guerre et les contrats*, thèse, Aix, 1917; ARBESCO, « Effets de la guerre sur l'exécution des contrats », *Revue trimestr. de droit civil*, 1917, p. 349-362.

nira les premières décisions adoptant la thèse de l'imprévision. C'est même lui qui la créera. Les arrêts des Conseil d'État et de Préfecture seront les premiers à décider que si un événement que les parties n'ont pas pu prévoir en contractant surgit, la force obligatoire du contrat doit être suspendue.

Dès 1846, le Conseil d'État estima que si une obligation contractée par un particulier, vis-à-vis de l'administration, en temps de paix, devait être exécutée en temps de guerre, un supplément de prix pouvait être accordé si les hostilités n'avaient pu être prévues au moment de la conclusion du marché (1).

Cette jurisprudence s'est affirmée depuis lors. La guerre de 1870 a été l'occasion d'applications nouvelles de ces principes (2). Mais celle de 1914 devait naturellement par sa violence, sa durée et sa soudaineté, créer des problèmes juridiques dont la solution aller permettre de donner des bases définitives à la thèse de l'imprévision.

Les compagnies concessionnaires de services publics se trouvaient devant d'insurmontables difficultés. Les prix de toutes choses avaient augmenté dans des proportions inattendues et même imprévisibles. Exiger l'exécution du contrat de concession dans de pareilles circonstances, c'était provoquer la ruine radicale et complète de la compagnie concessionnaire. N'était-ce pas dépasser singulièrement la portée de la concession intervenue? N'était-ce pas surtout donner à l'exécution de cette convention des conséquences sociales intolérables et nuisibles à la collectivité même? Cette considération a provoqué une évolution rapide du droit administratif. La théorie de l'imprévision s'est imposée, l'intérêt général étant directement en jeu.

(1) Conseil d'État, 2 février 1846 (*Recueil chronologique*).

(2) Conseil d'État, 13 mars 1870 (*Recueil chronologique*).

Dans l'exemple de la concession de service public, la notion d'utilité sociale primant l'intérêt individuel apparaît nettement et clairement. Le contrat passé par l'administration est dicté par l'intérêt de tous ses administrés et non par son intérêt propre. Provoquer la ruine de la compagnie concessionnaire, c'était amener la suspension, la désorganisation complète et peut-être la suppression d'un service parfois indispensable. Les intérêts des administrés sont donc solidaires de ceux de la compagnie. Aussi, n'hésitant pas à porter atteinte au principe de l'immutabilité des conventions, les juridictions administratives décidèrent-elles d'accorder des majorations de prix aux concessionnaires (1). Un arrêt de principe, désormais célèbre, fut rendu le 30 mars 1916 par le Conseil d'État (2). Il annulait l'arrêt du conseil de préfecture de la Gironde du 30 juillet 1915, qui avait refusé d'accorder une augmentation à la compagnie concessionnaire du service du gaz de Bordeaux. Il fut suivi de nombreuses autres décisions (3).

228. En dehors des périodes de guerre, particulièrement fertiles en décisions favorables à la théorie de l'imprévision, notamment pour les marchés de fournitures, les juridictions administratives françaises avaient déjà adopté ces principes en matière de contrat d'entreprises. Les cahiers des charges contiennent généralement la clause du forfait absolu. Il a été pourtant couramment admis que si, par suite de la nature du sol, la découverte de rocs et de nappes d'eau imprévues, le coût des travaux se trouvait

(1) Conseil préfecture Seine-Inférieure, 12 février 1916 (*Gaz. du pal.*, 22 février 1916); 10 novembre 1915 (*Gaz. des trib.*, 18 février 1915) et 14 janvier 1916 (*ibid.*, 8 mars 1916).

(2) D. P., 1916, 3, 25, et *SIR.*, 1916, 3, 17, note Hanrion. Voy. CORNIL, *Droit privé*, p. 123; DEMOGUE, *op. cit.*, 1916, p. 517 et suiv.

(3) Conseil d'État, 20 juillet 1917 (*SIR.*, 1917, 3, 25); 3 août 1917 (*ibid.*, 1917, 3, 33); 11 avril 1919 (*ibid.*, 1920, 3, 52); 7 juin 1919 (*ibid.*, 1920, 3, 25) et 25 novembre 1921 (*Revue de droit public*, 1921, p. 507).

augmenté dans des proportions particulièrement onéreuses pour l'entrepreneur, celui-ci pouvait obtenir une modification du contrat (1).

229. On est loin de trouver dans la jurisprudence civile une semblable unanimité. La lutte entre partisans et adversaires de la théorie de l'imprévision, commencée avant 1914, a pris toute son acuité pendant les hostilités. Si l'on tient compte du nombre des décisions qui l'ont admise et de l'autorité des juristes qui s'y sont ralliés, on peut dire que sa consécration définitive semble proche.

Les décisions favorables à la thèse de l'imprévision se divisent en deux catégories. Certaines l'adoptent résolument. D'autres, tout en approuvant la tendance à laquelle elle répond, préfèrent recourir à des interprétations de texte assez hasardeuses, ce qui les soustrait au contrôle de la cour de cassation. Elles sauvegardent ainsi, jusqu'à l'intervention du législateur, le principe de l'immutabilité des conventions.

A. — VENTE.

230. Comme en droit administratif, c'est l'exécution des contrats de vente de fournitures et surtout de vente à terme qui nécessita l'intervention la plus fréquente du principe de l'imprévision.

En 1852 déjà, certains tribunaux (2) avaient admis qu'un impôt imprévu venant frapper les marchandises vendues entre la conclusion d'une vente et son exécution entraînait la résolution du marché, à moins que l'acheteur ne consentît à supporter une augmentation de prix correspondante. Ces

(1) Conseil d'État, 13 janvier 1862 (*SIR.*, 1863, 2, 21); 2 mai 1884 (*ibid.*, 1886, 3, 14); 28 mai 1886 (*ibid.*, 1888, 3, 17); 16 décembre 1866 (D. P., 1874, 3, 73); 16 mai 1879 (*ibid.*, 1880, 3, 4) et 3 février 1905 (*SIR.*, 1907, 3, 57).

(2) Trib. Bordeaux, 18 mai 1852 (D. P., 1853, 2, 105); trib. Le Havre, 4 juin 1852 (*ibid.*, 1853, 2, 126).

décisions furent mises à néant par les cours d'appel auxquelles elles avaient été déférées (1).

Les fluctuations économiques provoquées par la guerre de 1870 permirent aux plaideurs de se livrer à de nouvelles tentatives (2). Un arrêt de cassation, du 19 novembre 1873 (3), en décidant que des difficultés provenant de la guerre n'étaient constitutives de force majeure que si elles revêtaient un caractère d'obstacle absolu, coupa court aux discussions.

La guerre mondiale survint. Le 21 janvier 1915 (4) le tribunal de Loches, « considérant que cet ensemble de circonstances imprévues, simultanées et fortuites, inhérentes à un état de conflagration internationale sans précédent, a paralysé la marche régulière de l'industrie, la mettant dans l'impossibilité inéluctable d'exécuter ses engagements tels qu'ils avaient été contractés et agencés sous le régime d'une vie économique normale », annulait un marché de farine livrable à terme. La cour d'Orléans réforma ce jugement. Néanmoins plusieurs décisions furent rendues qui adoptèrent des motifs identiques à ceux reproduits ci-dessus (5).

231. Le législateur intervint à son tour. Par la loi du 21 janvier 1918 dite loi Faillot, il donna à la thèse de l'imprévision une consécration définitive. Il décida relativement aux marchés à livrer et autres contrats commerciaux conclus avant la guerre qu'« indépendamment des causes de résolu-

(1) Bordeaux, 26 août 1852; Rouen, 18 novembre 1852; Lyon, 8 avril 1853.

(2) Trib. comm. Seine, 15 mai 1872 (SIR., 1874, 1, 17, en note).

(3) Cass. fr., 19 novembre 1873 (SIR., 1873, 2, 1093 et suiv.).

(4) Orléans, 24 juin 1915 (*Pand. fr.*, 1915, 2, 21 et note); Loches, 21 janvier 1915 (*ibid.*, 1915, 2, 21).

(5) Trib. comm. Marseille, 5 novembre 1915 (*Gaz. du pal.*, 18 mai 1917); 10 octobre 1916 (*ibid.*, 31 août 1917); 17 novembre 1916; 6 juin 1917 (*ibid.*, 1916-17, 796); 8 juillet 1918 (*ibid.*, 1918-19, 465), avec note Robert; Paris, 8 janvier 1916 (*Pand. fr.*, 1916, 2, 39).

tion résultant du droit commun ou des conventions, ces marchés ou contrats pouvaient être résolus sur la demande de l'une des parties, s'il était établi qu'à raison de l'état de guerre l'exécution des obligations de l'un des contractants devait entraîner des charges dont l'importance dépassait de beaucoup les prévisions qui pouvaient être raisonnablement faites à l'époque de la convention ».

232. Signalons que par cette loi, le législateur fit non seulement une application générale de la théorie étudiée mais encore une application spéciale. Il rendait en effet obligatoire le préliminaire de conciliation et ajoutait qu'en cas de désaccord, des dommages-intérêts pourraient être alloués à l'une des parties. Or, il résulte des travaux préparatoires que le juge doit rechercher avant d'allouer des dommages-intérêts si l'un des contractants n'a pas abusé du droit que lui confère la convention en refusant sans justes motifs une proposition raisonnable de conciliation (1). C'est ce que comprit fort bien la cour d'Alger le 20 novembre 1919 (2) en décidant « que vu les circonstances, elle devait conformément à l'équité qui a inspiré la loi, tenir le refus des intimés comme constituant un *abus du droit* qui leur est conféré par la dite loi; que cet abus suffisait à lui seul à les rendre mal fondés à prétendre à des dommages-intérêts ».

233. Postérieurement à la loi Faillot, la théorie de l'imprévision fut encore invoquée par la jurisprudence pour les contrats ne tombant pas sous son application. Ainsi le tribunal de Lyon, le 1^{er} avril 1920, réduisit les dommages-intérêts fixés par clause pénale en estimant que si des retards de livraison étaient dus à des circonstances imprévues et imprévisibles, l'astreinte contractuelle ne pouvait être strictement appliquée.

(1) Voy. *Journal officiel*, 28 mars 1916, n° 1971.

(2) *Pand. fr.*, 1920, 1, 118.

B. — CONTRAT DE TRAVAIL ET DE LOUAGE DE SERVICES.

234. Les salaires et appointements des ouvriers et employés sont fixés par convention. Des circonstances imprévues peuvent entraver l'exercice normal du commerce ou de l'industrie du patron, réduisant à néant son chiffre d'affaires. Devra-t-il continuer à supporter la charge des appointements devenue particulièrement onéreuse à raison d'événements qui ne pouvaient être normalement envisagés par lui lors de la conclusion du contrat?

Non, répondait déjà la cour de Nancy le 14 juin 1871 (1), invoquant ce principe : « si l'événement constitutif de force majeure ne fait que rendre l'exécution plus difficile ou plus onéreuse, ou bien encore s'il ne fait que la retarder ou la suspendre, il autorise, sans résoudre le contrat, à y apporter des tempéraments et des modifications dont les tribunaux restent souverains appréciateurs ».

Non, répondait encore le tribunal de Toulouse, le 1^{er} juin 1915 (2), « considérant que l'équité ne permet pas d'admettre la prétention du demandeur, dont la consécration entraînerait dans les circonstances actuelles la ruine de certaines exploitations commerciales et industrielles ». Cet attendu révèle que le tribunal eut surtout égard à la notion de l'utilité sociale des contrats.

C. — LOUAGE DE CHOSSES.

235. Le contrat de louage de choses nous fournit de nombreux cas d'application déguisée de la théorie de l'imprévision. Fréquemment au cours des hostilités, le locataire par suite de déplacements forcés, de fuite, de mobilisation,

(1) D. P., 1871, 2, 158.

(2) D. P., 1916, 2, 112; conseil prud'hommes Paris, 18 juin 1915 (D. P., 1916, 2, 111); trib. Seine, 23 juillet (*Lois nouvelles*, 1915, 2, 75).

d'opérations militaires, s'est trouvé dans l'obligation de quitter les lieux loués. Le propriétaire pouvait-il dans ce cas exiger le paiement intégral du loyer? Evidemment non. Les tribunaux ont parfaitement compris que l'y autoriser serait tolérer de la part du bailleur un véritable abus. Ni lui, ni le preneur n'avaient pu prévoir lors de la conclusion du bail les circonstances exceptionnelles dans lesquelles celui-ci recevrait son exécution. Mais la force obligatoire d'une convention de bail pouvait-elle être paralysée? Un biais fut trouvé : interprétation de l'article 1722 C. civ. Cet article est ainsi conçu : « Si pendant la durée du bail la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut suivant les circonstances demander une réduction de prix ou la résiliation même du bail ». Peut-on assimiler la destruction totale ou partielle à une impossibilité morale ou matérielle de jouir de la chose louée? Ce texte clair ne permet pas une interprétation aussi arbitraire (1). L'article 1725 décide au surplus que le bailleur ne peut être tenu de garantir le preneur des troubles que des tiers apportent par voie de fait à sa jouissance.

La jurisprudence n'a pas hésité cependant en 1870 et en 1914 à recourir à cette interprétation aventurée pour voiler une application nette de la théorie de l'imprévision (2).

236. Elle a fait de cette théorie en matière de baux, d'autres

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, *Du louage*, p. 179; WAHL, *Du droit civil de la guerre*, t. III, p. 605; VOIRIN, *Imprévision*, p. 261; cass. fr., 26 janvier 1874 (SIR., 1874, 1, 125).

(2) Trib. Seine, 29 septembre 1871 (SIR., 1871, 2, 183); Paris, 22 décembre 1871 (D. P., 1871, 2, 225); Caen, 13 juillet 1871, (SIR., 1872, 2, 235); Douai, 20 décembre 1871 (D. P., 1871, 3, 111); trib. Paris, 27 janvier 1871 (*ibid.*, 1871, 3, 6); Grenoble, 12 juillet 1916 (*ibid.*, 1916, 2, 89); Poitiers, 12 juillet 1915 (*ibid.*, 1916, 2, 1); trib. Seine, 7 juin 1915 (*ibid.*, 1916, 2, 15); trib. Nice, 14 juin 1915 (*Gaz. des trib.*, 14 juillet 1915); trib. Seine, 17 décembre 1915 (*ibid.*, 7 juillet 1916); Nancy, 7 juin 1873 (D. P., 1874, 1, 15).

applications, non déguisées. Grâce à elle notamment, a été atténuée, vu la hausse anormale et imprévisible du combustible, l'obligation du propriétaire de chauffer les locaux loués (1). C'est encore en l'invoquant que certaines décisions ont évité aux fermiers les conséquences désastreuses de l'exécution intégrale d'une convention de cheptel de fer (2). Enfin, le 5 mai 1920, le tribunal civil de Gap (3) bien qu'une clause du bail litigieux mît à charge du bailleur la taxe d'arrosage, fit supporter l'augmentation de celle-ci par le fermier, ajoutant « que les bouleversements économiques consécutifs à la guerre n'ayant pu être prévus par les contractants, il appartient aux tribunaux d'apporter certaines modifications aux conventions des parties ».

D. — LE CONTRAT DE TRANSPORT.

237. Il n'a pas échappé non plus à l'influence de la thèse de l'imprévision. Une espèce curieuse est due à la crise provoquée dans l'industrie du transport sur route par l'apparition des chemins de fer. En 1884, la cour de Rouen prononça la résolution d'une convention formée entre commissionnaires de roulage estimant qu'en concluant les parties n'avaient pu normalement prévoir la construction d'une voie ferrée (4). Se fondant sur le même principe, certains tribunaux en 1870 et en 1914, reconnaissant que la perturbation créée par la mobilisation entraînait des aggravations de charges n'ayant pu être prévues par les parties contractantes, exonérèrent

(1) DEMOGUE, *Revue trimestr. de droit civil*, 1917, p. 154; trib. Seine, 30 novembre 1915 (SIR., 1916, 2, 40) et 30 mars 1915 (D. P., 1917, 2, 6).

(2) Toulouse, 8 juillet 1920 (SIR., 1920, 2, 24), cassé le 6 juin 1921 (D. P., 1921, 1, 73); trib. Pamiers, 27 novembre 1920 (*ibid.*, 1920, 2, 105); VOIRIN, *op. cit.*, p. 267.

(3) D. P., 1923, 2, 19, avec note de critique de Rouast.

(4) Rouen, 9 février 1844 (D. P., 1845, 2, 4).

partiellement (1) ou totalement (2) les transporteurs de la responsabilité encourue pour la perte de colis.

E. — ASSURANCE.

238. Ce sont toujours les périodes de guerre qui favorisent l'application de la thèse de l'imprévision. L'exemple du contrat d'assurance est frappant. Au temps où l'obligation du service militaire était déterminée par le tirage au sort, des contrats étaient passés entre les jeunes gens en âge de servir et des agents de remplacement qui les assuraient, moyennant le paiement d'une prime, contre les chances du sort. Il en était ainsi en 1853. Mais, par suite de la guerre de Crimée, le contingent de la classe de 1853 fut porté par la loi de 80.000 hommes à 140.000 hommes. L'obligation de l'assureur était rendue beaucoup plus onéreuse. La cour de Paris, saisie d'une demande de résiliation, adopta l'avis de M. le premier avocat général de la Baume qui, se prononçant dans le sens des conclusions du demandeur, disait : « Nous sommes convaincu que la variabilité du contingent n'est pas entrée dans les prévisions des parties » (3). Cette jurisprudence fut presque unanimement suivie (4). Mais ces décisions avaient laissé apparaître d'une manière trop évidente la thèse de l'imprévision. Ces tentatives de justice élargie prêtaient le flanc à l'attaque des partisans du droit strict et rigide. L'attaque vint, éloquemment soutenue par M. le premier avocat général Nicias Gaillard, dont la péroraison se terminait par ces mots : « la stabilité, la sainteté des

(1) Dijon, 16 février 1872 (D. P., 1872, 2, 39); Saint-Malo, 19 janvier 1916.

(2) Montpellier, 15 juillet 1915 (D. P., 1916, 2, 49); Nîmes, 22 juillet 1915 (*Gaz. du pal.*, 6 janvier 1916); trib. comm. Seine, 22 février 1916 (*La Loi*, 20 juin 1916).

(3) Paris, 26 mai 1854 (trois arrêts); Douai, 3 mai 1854; Rouen, 3 juin 1854 et Rennes, 12 juin 1854 (D. P., 1854, 2, 129).

(4) Grenoble, 18 août 1854 (D. P., 1856, 1, 33).

contrats, voilà ce qui ne pâlit pas, même à côté des grands mots de paix et de guerre ». La cour de cassation cassa tous les arrêts ci-dessus mentionnés (1), ce qui n'empêcha pas du reste la cour d'Angers de tenir compte de l'imprévision des parties, pour réduire le quantum des dommages et intérêts dans une espèce analogue qui se présenta lors de la guerre de 1870 (2).

F. — OPTION D'ACHAT.

239. Enfin, une attention particulière doit être accordée aux applications déguisées de la théorie de l'imprévision faites par la jurisprudence aux réalisations d'option d'achat portant sur des immeubles. La valeur des immeubles ou tout au moins l'expression de leur valeur monétaire a été modifiée radicalement. Le bénéficiaire d'une option d'achat devenue très avantageuse à raison d'événements imprévus allait-il pouvoir lever cette option ? N'était-ce pas favoriser l'exercice antisocial d'un droit que de sanctionner l'obligation du vendeur ? Les tribunaux l'ont admis. Pour consacrer cette solution, sans invoquer des théories aussi osées que celles de l'abus des droits ou de l'imprévision, ils ont eu recours une fois de plus à un artifice juridique. Appliquant l'article 1674 du Code civil relatif à la lésion de plus des sept douzièmes, ils décidèrent que pour apprécier la réalité d'une lésion il fallait se placer non au moment où la convention d'option avait été conclue, mais au moment où l'option était levée (3).

240. C'était un expédient nécessaire, mais ce n'était qu'un

(1) D. P., 1856, 1, 33.

(2) Angers, 23 février 1872 (SIR., 1872, 2, 55).

(3) Cass. fr. (civ.), 14 novembre 1916 (D. P., 1921, 1, 34); Aix, 18 avril 1921 (*ibid.*, 1921, 2, 126); Caen, 18 avril 1921 (*ibid.*, 1921, 2, 89); Montpellier, 4 février 1924 (D. P. heb., 1924, p. 340); Douai, 3 juillet 1923 (*Gaz. du pal.*, 1923, 2, 411); Agen, 5 juillet 1923 (*ibid.*, 1923, 2, 414); trib. Lyon, 28 décembre 1923 (*Moniteur de Lyon*, février 1924); cass. fr., 1^{er} août 1924 (D. P. heb., 1924, p. 537; *Gaz. du pal.*, 1924, p. 395).

expédient (1). L'article 1674 dérogoratoire au droit commun ne pouvait être l'objet d'une interprétation extensive. Les travaux préparatoires démontrent que le but du législateur fut de prémunir le vendeur contre les conséquences de la contrainte morale présumée par le fait de la lésion, contrainte l'ayant poussé à céder son immeuble à vil prix. En réalité, il s'agit d'un vice de consentement (2) du vendeur. Or, le consentement du vendeur est requis au moment de la conclusion du contrat d'option et non au moment de la levée de l'option (3).

§ 2. — BELGIQUE.

A. — ENTREPRISES.

241. A défaut de Conseil d'État en Belgique, une jurisprudence administrative imprégnée de l'idée force de solidarité sociale n'a pu, comme en France, consacrer la théorie de l'imprévision. Pourtant nos tribunaux ont admis explicitement ou implicitement (4) qu'en matière d'entreprises à forfait, les travaux imprévus dus soit à des circonstances que les parties n'ont pu normalement envisager en contractant, soit à un phénomène déroutant les prévisions humaines ne pouvaient être supportés par l'entrepreneur (5).

C'est ainsi qu'ils ont fait bénéficier de la thèse de l'imprévision l'entrepreneur qui, démolissant de vieilles fortifications, rencontre d'anciennes maçonneries ignorées des parties (6), le constructeur d'un batardeau qui contre toutes les prévisions géologiques se heurte à un massif rocheux

(1) CORNIL, *Droit privé*, p. 124.

(2) PLANIOL, 1921, t. II, n° 1588.

(3) Caen, 6 avril 1916 (*Pand. franç.*, 1920, II, 113) avec note Japiot.

(4) Arlon, 7 décembre 1904 (*Pand. pér.*, 1905, n° 611); Liège, 8 mars 1883 (*Pasic.*, 1884, II, 203).

(5) Liège, 3 juillet 1897 (*Pand. pér.*, 1898, n° 1357).

(6) Liège, 12 février 1868 (*Pasic.*, 1868, II, 365).

insoupçonné (1), le contractant ayant promis d'établir un égout collecteur qui se voit contraint de supporter des augmentations de charges incalculables, les plans n'étant réalisables contre toute attente qu'en employant des procédés d'exécution extraordinaires (2), le puisatier qui à raison de la nature exceptionnellement défavorable du terrain est mis en présence de difficultés absolument imprévues (3), le bailleur tenu d'entreprendre des travaux d'aménagement qui par suite de la guerre sont devenus à ce point onéreux « qu'il n'est pas possible d'admettre que si les parties avaient pu seulement prévoir quelques-unes des conséquences de la conflagration générale, elles eussent contracté aux conditions convenues » (4), le perceur du tunnel qui se voit obligé de « travailler » une substance rocheuse beaucoup plus dure que celle envisagée par lui lors de l'adjudication (5). Bien entendu, sauf l'une d'entre elles, ces décisions ne se bornent pas, pour justifier leur dispositif, à invoquer purement et simplement la thèse de l'imprévision. Elles se basent tantôt sur l'erreur substantielle (6), tantôt sur l'enrichissement sans cause du maître de l'ouvrage entrepris (7). Mais l'erreur substantielle annule le contrat et les décisions qui l'ont invoquée ne pouvaient que prononcer cette nullité et non apporter des modifications de prix (8). Quant à l'enrichissement sans cause, notons avec Wahl « qu'un enrichissement n'est pas sans cause quand il est la conséquence de l'exécution d'un contrat. Dire le contraire serait admettre la lésion comme cause de révision des contrats » (9).

(1) Liège, 20 juillet 1901 (*Pasic.*, 1902, II, 79).

(2) Bruxelles, 3 décembre 1909 (*Pasic.*, 1910, II, 26).

(3) Trib. comm. Gand, 3 juillet 1907 (*Pasic.*, 1907, III, 349).

(4) Trib. comm. Anvers, 10 octobre 1919 (*Pasic.*, 1920, III, 15).

(5) Liège, 22 février 1896 (*Belg. jud.*, 1896, col. 418).

(6) Liège, 20 juillet 1901; Bruxelles, 3 décembre 1909, cités, *supra*.

(7) Liège, 12 février 1868.

(8) Bruxelles, 3 décembre 1909. Voy. sur le rapprochement de l'erreur substantielle et de l'imprévision, VORMIN, *op. cit.*, p. 94.

(9) Note sous cass. fr. (civ.), 4 août 1915 (*Pand. fr.*, 1916, I, 17).

B. — VENTES.

242. Notre législation inspirée par la loi Faillot autorisa le 16 octobre 1919 la résolution des contrats ayant un caractère commercial dans le chef d'une des parties conclus soit avant le 1^{er} août 1914, soit avant le 1^{er} avril 1917 s'il s'agissait de produits industriels fabriqués obligeant à des prestations successives ou différées. Elle mettait à cette résolution une condition : « qu'en raison de la guerre l'exécution de ces contrats entraîne pour les parties ou pour l'une d'elles des charges qui ne pouvaient normalement être prévues au moment de leur conclusion ». Les concessionnaires de services publics admis à se prévaloir de cette loi pouvaient obtenir une majoration monétaire des taux de péage. Déjà le 10 juillet 1919, le gouvernement avait été autorisé, vu les circonstances, à accorder des majorations aux compagnies, concessionnaires des services de tramways. La loi est donc intervenue pour permettre à nos tribunaux de faire, en toute conscience, application de la théorie de l'imprévision.

243. Mais en dehors de cette loi, avant elle, et après elle, on relève dans la jurisprudence belge relativement aux conventions un mouvement très net tendant à décider que la thèse de l'imprévision est un simple principe de droit commun. La première décision qui semble adopter ce point de vue émane du tribunal de Gand et remonte au 28 janvier 1893 (1). Il n'y a force majeure que si l'événement ainsi qualifié rend l'exécution impossible et non s'il la rend seulement plus difficile ou plus onéreuse. Le tribunal décide pourtant qu'une grève d'une certaine durée rendant l'exécution du marché très difficile, devait être considérée comme un cas de force majeure si l'industriel vendeur n'avait pu la prévoir.

(1) Trib. Gand, 2 juillet 1898 (*Belg. jud.*, 1898, col. 1004).

244. Les perturbations économiques, financières et sociales résultant de la guerre se sont fait sentir en Belgique plus encore qu'en France. Quelle fut l'attitude de nos tribunaux mis en présence de ce conflit entre le besoin de sécurité contractuelle et la notion d'utilité sociale des conventions? Il fallait se prononcer entre l'exécution intégrale et ruineuse d'un contrat ou sa résiliation, sa modification. Dans l'ensemble la thèse de l'imprévision prévalut.

La question s'est posée pour la première fois devant le tribunal de commerce de Liège le 4 juin 1915 (1). L'envahisseur avait réquisitionné des marchandises prêtes à être livrées. C'était le fait du Prince. Mais le fait du Prince ne libère le débiteur que s'il rend l'exécution impossible. Cependant le coût des marchandises vendues avait augmenté à ce point que le vendeur, pour se couvrir, devait subir une perte considérable. Le tribunal vit très nettement que l'acheteur en réclamant l'exécution dans ces conditions exerçait son droit anormalement : « Attendu, dit-il, qu'il serait contraire à l'équité et à l'intention évidente des parties d'obliger un vendeur de bonne foi qui a pris toutes ses précautions pour satisfaire son acheteur, de se procurer à très haut prix des marchandises en remplacement de celles qu'il détenait et qui lui sont enlevées par un tiers devant l'autorité de qui il ne peut que s'incliner; qu'en effet le vendeur, sans s'être rendu coupable d'aucune faute est devenu incapable de donner suite à ses engagements dans les conditions qu'il a pu légitimement prévoir ».

En 1917, la cour de Liège (2) décida que la guerre, si elle n'apporte qu'un obstacle momentané à l'accomplissement des engagements du débiteur, ne peut être envisagée comme un cas de force majeure. Mais il en est autrement, ajouta-t-elle

(1) *Jur. cour Liège*, 1919, p. 47.

(2) *Liège*, 14 février 1917 (*Pasic.*, 1917, II, 130).

lorsqu'elle rend impossible l'exécution du marché « dans les conditions qui pouvaient être prévues au moment où il a été conclu ». Ces principes une fois adoptés furent admis ensuite par de nombreuses décisions. Les dommages et intérêts, en cas de résiliation d'un marché de pulpes furent réduits parce que le renchérissement des produits était anormal et imprévisible (1). Furent résolus sans dommages et intérêts, une convention ne tombant pas sous l'application de la loi du 11 octobre 1919, « le droit commun permettant au juge de décider que les parties ont contracté sous la réserve tacite de la clause *rebus sic stantibus* » (2); un contrat de construction de bateaux stipulant un prix déterminé, le défendeur ayant été mis dans l'impossibilité de construire avant une époque où les conditions du marché étaient devenues à ce point différentes que si elles avaient pu être prévues, les parties n'eussent pas contracté sur les mêmes bases (3); un contrat de distribution d'eau échappant également à la loi du 11 octobre 1919, son observation devant entraîner pour la compagnie des charges anormales excessivement onéreuses, dépassant toutes les prévisions humaines (4); enfin un marché de pyrite dont l'exécution exigeait des sacrifices extraordinairement élevés (5).

Voici un attendu significatif : « Attendu que la loi du 11 octobre 1919 n'a pas eu pour effet de déroger aux principes généraux du droit qui forment obstacle à l'exécution d'un contrat dans des conditions que les parties contractantes n'ont ni prévues, ni pu prévoir ».

On rencontre évidemment quelques décisions en sens

(1) *Liège*, 8 février 1919 (*Pasic.*, 1919, II, 172).

(2) *Liège*, 28 avril 1920 (*Pasic.*, 1920, II, 153).

(3) *Trib. comm. Mons*, 18 juillet 1921 (*Pasic.*, 1921, III, 194).

(4) *Liège*, 19 novembre 1921 (*Pasic.*, 1923, II, 25).

(5) *Liège*, 4 avril 1924 (*Jur. cour Liège*, 1924, p. 139).

contraire (1). Mais dans l'ensemble, elles ont évité de se prononcer catégoriquement sur la théorie de l'imprévision, à part cependant un arrêt de la cour de Gand du 13 juillet 1921 (2).

C. — CONTRAT DE TRAVAIL OU LOUAGE DE SERVICES.

245. Comme en France, il a été décidé à plusieurs reprises par nos juridictions que l'état de guerre et la cessation presque complète des affaires en résultant autorisaient les tribunaux à réduire le montant (3) ou à suspendre le paiement (4) des salaires ou des appointements, même s'ils étaient conventionnellement fixés pour une durée déterminée. Le patron en contractant n'avait pu prévoir en effet que la convention de travail ou de louage de services s'exécuterait dans des conditions aussi anormales.

D. — LOUAGE DE CHOSSES.

246. L'envahissement de la presque totalité du territoire national, les évacuations forcées, les sièges, bombardements et combats, les arrêtés divers pris par l'occupant devaient créer et multiplier chez nous, en matière de louage de choses, les situations juridiques rencontrées dans la jurisprudence française. L'impossibilité du preneur de jouir de la chose louée conformément aux prévisions des parties pouvait-elle justifier, en dehors de toute destruction de l'immeuble loué,

(1) Anvers, 20 septembre 1919 (*Pasic.*, 1920, III, 23); trib. comm. Bruxelles, 14 novembre 1917 (*ibid.*, 1918, III, 28); Tournai, 28 juillet 1917 (*ibid.*, 1918, III, 304); Anvers, 27 décembre 1915 (*ibid.*, 1917, III, 80).

(2) *Pasic.*, 1922, II, 37.

(3) Cons. prud'hom. Liège, 29 janvier 1915 (*Pasic.*, 1915-16, III, 94) et 26 novembre 1915 et 11 février 1916 (*ibid.*, 1915-16, III, 243); cons. prud'hom. Mons, 6 octobre 1917 (*ibid.*, 1918, III, 179); sent. arbitr., 31 décembre 1917 (*ibid.*, 1918, III, 181).

(4) Bruxelles, 24 juillet 1915 (*Pasic.*, 1915-16, II, 128).

une exonération de loyers totale ou partielle? Rappelons que des lois sont intervenues pour permettre au juge d'exonérer les locataires du paiement de tout ou partie de leurs loyers (1). Ce sont là simplement de nouvelles applications législatives de la thèse de l'imprévision. Mais hors les cas prévus par ces lois, ou avant leur entrée en vigueur, nos tribunaux pour appliquer cette théorie aux espèces qui leur étaient soumises ont eu recours au même expédient que la jurisprudence française : l'interprétation délibérément extensive de l'article 1722 du Code civil (2).

247. En 1890 déjà le tribunal d'Anvers (3) avait adopté ce point de vue pour libérer du paiement des loyers le preneur, objet d'un arrêté d'expulsion. Nos tribunaux s'y sont ralliés (4) pendant et après la guerre, pour exonérer de ses obligations, partiellement ou totalement, le locataire d'une maison réquisitionnée (5), le preneur dont le commerce de pâtisserie (6), l'exploitation d'une banque (7), d'un garage (8), d'une brasserie (9), d'une salle de spectacles (10), d'un café (11), d'un bureau d'affrètement (12), d'une auberge (13), d'un hôtel (14), est notablement ou complètement

(1) 30 avril et 25 août 1919.

(2) Voy. critique de cette interprétation par WAHL, *Le droit civil de la guerre*, t. II, n° 1414.

(3) Anvers, 28 juin 1890 (*Journ. de droit intern.*, 1891, p. 52).

(4) Cass., 5 juillet 1923 (*Pasic.*, 1923, I, 410).

(5) Trib. arbitr. Liège, 4 septembre 1916 (*Pasic.*, 1917, III, 164).

(6) J. de P. Ixelles, 12 décembre 1916 (*Pasic.*, 1917, III, 269).

(7) Trib. Liège, 21 janvier 1921 (*Pasic.*, 1922, III, 61).

(8) Cass., 9 janvier 1919 (*Pasic.*, 1919, I, 52).

(9) Sent. arbitr., 4 mars 1918 (*Pasic.*, 1919, III, 169). Liège, 12 mars 1921 (*ibid.*, 1921, II, 151).

(10) Bruxelles, 21 avril 1916 (*Pasic.*, 1915-16, II, 254).

(11) Sent. arbitr., 18 janvier 1916 (*Pasic.*, 1915-16, III, 181); trib. Anvers, 10 juin 1916 (*ibid.*, 1915-16, III, 316).

(12) Sent. arbitr., 31 juillet 1916 (*Pasic.*, 1917, III, 266).

(13) Trib. Bruges, 19 avril 1916 (*Pasic.*, 1917, III, 185).

(14) Trib. Bruges, 26 février 1916 (*Pasic.*, 1918, III, 205).

entravé par le fait de l'occupant, ou simplement par l'état de guerre. En ce qui concerne notamment l'industrie hôtelière, tout séjour aux stations balnéaires fut rendu impossible (1).

On peut relever pourtant quelques tentatives de réaction contre cette interprétation erronée, selon nous, de l'article 1722 du Code civil (2).

248. En dehors de ces adaptations indirectes de la thèse de l'imprévision, des efforts ont été réalisés en vue d'obtenir son application directe au contrat de louage de choses. Ils sont restés infructueux. Ils méritent néanmoins de retenir notre attention. Un propriétaire lié par une clause de renouvellement invoquait pour se soustraire à son obligation la circonstance qu'il avait contracté en 1913, à un moment où la situation économique actuelle était imprévisible. Son consentement, disait-il, avait par conséquent été vicié. Un autre propriétaire, également tenu par un bail à long terme consenti en 1914, se basait sur l'aggravation imprévisible des charges qu'entraînait pour lui l'exécution du bail, pour postuler sa résolution.

Le premier cas fut soumis à la cour de Gand, qui rejeta purement et simplement la théorie de l'imprévision par ces motifs : « qu'un consentement valide donné à la conclusion d'un accord ne peut être vicié rétroactivement par l'arrivée de circonstances imprévues et ruineuses » (3).

Le second fut examiné par le tribunal civil de Bruxelles. La décision rendue est du plus haut intérêt. Elle rejette certes la théorie de l'imprévision, bien que certains attendus dénotent qu'elle a séduit son rédacteur. Les motifs qui la repoussent sont tous surabondants. Le juge paraît surtout

(1) Trib. Bruges, 19 avril 1916 (*Pasic.*, 1917, III, 185).

(2) Trib. Liège, 22 février 1916; Bruges, 5 juillet 1916 (*Pasic.*, 1917, III, 270).

(3) Gand, 12 mai 1923 (*Pasic.*, 1924, II, 1).

avoir été inspiré par cette considération : l'augmentation des charges est due essentiellement à la dépréciation monétaire. Or, admettre l'imprévision dans un cas semblable serait dépasser le but auquel cette théorie répond. L'utilité sociale apparaît à nouveau comme critérium. S'il est socialement utile et nécessaire de maintenir entre les contractants une certaine équivalence des prestations, équivalence que les parties ont voulue, mais que seules des circonstances imprévisibles et indépendantes de leur volonté ont rompue, il est bien plus utile et bien plus nécessaire encore de ne pas toucher au principe d'ordre public du cours forcé de la monnaie. La prépondérance d'une nécessité sociale sur une autre paraît avoir à elle seule déterminé la conviction du juge (1).

E. — OPTION D'ACHAT.

249. La situation juridique du titulaire d'une option d'achat portant sur un immeuble, option consentie avant la crise immobilière et levée pendant celle-ci, s'est également présentée en Belgique. Chose curieuse, nos tribunaux n'ont eu recours à l'expédient adopté par la jurisprudence française (lésion de plus de sept douzièmes) qu'avec une certaine hésitation. Ils ont même parfois appliqué franchement la thèse de l'imprévision. Deux décisions furent tout d'abord rendues à quelques mois de distance par le tribunal de Bruxelles. L'une, rejetant la théorie de l'imprévision, décida que pour apprécier la lésion il fallait se placer au moment de la levée de l'option (2); l'autre libéra le vendeur de son

(1) Trib. Bruxelles, 7 février 1924 (*Belg. jud.*, 1924, p. 361), avec avis de M. De Page, substitut du procureur du roi. Ce jugement a été confirmé par la cour de Bruxelles. Les motifs de l'arrêt sont moins intéressants que ceux adoptés par le tribunal, mais rejettent très catégoriquement la thèse de l'imprévision.

(2) Trib. Bruxelles, 22 juin 1921 (*Pasic.*, 1922, III, 27).

obligation estimant : « qu'en se faisant attribuer dans la convention litigieuse un droit d'option dont l'exercice devait permettre aux demandeurs d'user de leur droit en tirant profit d'une plus-value normale, il n'a pu être dans l'intention des parties de permettre aux demandeurs d'acquérir grâce à des événements impossibles à prévoir, l'immeuble litigieux moyennant une somme dérisoire » (1).

La cour de Bruxelles saisie à son tour recourut à l'expédient de la lésion (2). La cour de Liège préféra tout d'abord déclarer que les principes généraux du droit « s'opposent à ce qu'on puisse réclamer l'exécution d'un contrat dans des conditions telles que les parties ne les ont ni prévues, ni pu prévoir » (3). Par un jugement récent, le tribunal de Liège se rallia à l'opinion de la cour de Bruxelles (4).

Enfin le 13 juillet 1923 (5) la cour de cassation fut amenée à se prononcer. Elle adopta à son tour l'expédient, mais ajouta ce considérant essentiel : « que l'égalité entre les prestations est de l'essence des contrats commutatifs ».

F. — TRANSPORT.

250. En matière de transport, la loi prévient la jurisprudence. A raison des circonstances, elle exonéra momentanément les compagnies de chemin de fer et l'Etat de la responsabilité du transporteur (6).

(1) Trib. Bruxelles, 2 novembre 1921 (*Pasic.*, 1922, III, 94).

(2) Bruxelles, 5 avril 1922 (*Belg. jud.*, 1922, col. 392-399); 30 décembre 1922 et 21 mars 1923 (*Pasic.*, 1923, II, 67); Huy, 17 janvier 1923 (*Jur. cour Liège*, 1923, p. 68).

(3) Liège, 5 juin 1923 (*Pasic.*, 1923, II, 178).

(4) Trib. Liège, 10 juillet 1923 (*Pasic.*, 1923, III, 145).

(5) *Pasic.*, 1923, I, 441.

(6) *Moniteur*, 9 janvier 1919.

251. Nous avons ainsi terminé l'examen des applications de la théorie de l'imprévision en France et en Belgique. Des efforts nombreux en sens divers ont été faits pour donner à cette thèse une justification légale dans les cadres juridiques existants. Il y a lieu de les examiner succinctement. L'article 1156 du Code civil fut invoqué. Il conseille au juge de rechercher dans les conventions quelle a été la commune intention des parties. Comme le dit Capitant (1), ce n'est qu'un conseil et le juge ne doit le suivre que s'il y a doute sur l'interprétation à donner au contrat. De plus, il s'agit de scruter l'intention *commune*, non celle de l'une des parties. Un des contractants pourrait-il être libéré pour cette raison que son intention a été de ne promettre sa prestation que dans des circonstances normales? L'intention *commune* ne se produira pas car généralement le créancier de la prestation eût certainement contracté, même en prévision des événements que le débiteur n'a pas envisagés!

252. Autre article invoqué : l'article 1134 (2). Il stipule que les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Or, la bonne foi s'oppose à ce qu'un créancier puisse réclamer de son débiteur une prestation que celui-ci n'eût pas promise s'il avait pu prévoir les conditions dans lesquelles il devrait l'exécuter.

Nouvelle erreur, répond Voirin (3), que d'invoquer la bonne ou mauvaise foi là où le créancier ne fait qu'exiger son dû. Il n'agit pas plus de mauvaise foi que celui qui procède à une exécution forcée des biens de son débiteur.

253. Fyot, en une thèse fort intéressante (4), s'est appuyé sur l'article 1150 pour tenter de donner à la théorie de l'impré-

(1) D. P., 1917, 2, 33; LOUVEAU, *op. cit.*, p. 53.

(2) Trib. Lyon, 17 septembre 1852 (*Sir.*, 1853, 2, 397).

(3) VOIRIN, *op. cit.*, p. 62.

(4) FYOT, *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision*.

vision une justification nouvelle. L'article 1150 décide qu'en matière contractuelle le débiteur n'est tenu qu'aux dommages et intérêts qui ont été prévus. Malheureusement, il résulte de l'origine de ce texte (1), des travaux préparatoires (2), de la doctrine (3) et de la jurisprudence (4) qu'il ne s'agit pas de l'imprévision du montant de ces dommages, mais de l'imprévision de la cause de ces dommages, ce qui enlève toute analogie avec la thèse à justifier.

L'article 1889, en permettant au prêteur de réclamer restitution de la chose prêtée avant l'expiration du terme convenu s'il survient pour lui un besoin pressant et imprévu de cette chose, constitue une consécration beaucoup plus nette de la théorie de l'imprévision. La portée en est limitée et rien ne permet d'en étendre l'application aux principes généraux régissant les obligations.

254. Aucun texte n'étayant la thèse de l'imprévision d'une base légale certaine, d'autres systèmes ont été imaginés pour la soutenir efficacement. N'y a-t-il pas erreur substantielle? L'erreur se produit au moment du consentement. Or, en matière d'imprévision, les circonstances généralement invoquées sont *postérieures* au concours des consentements (5).

On a tenté de faire appel à la théorie de l'enrichissement sans cause (6). Nous avons déjà fait remarquer que loin d'être dépourvu de cause, cet enrichissement la trouve précisément dans le contrat synallagmatique même (7).

(1) POTIER, *Obligations*, n° 160, § 2.

(2) FENET, t. II, p. 166 et t. XIII, p. 132.

(3) DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 66bis; COLIN et CAPITANT, 4^e édit., t. II, p. 22; BAUDRY-LACANTINERIE, *Des obligations*, t. I^{er}, n° 426; LAURENT, t. XVI, nos 289 et suiv.; DEMOLOMBE, nos 590 et suiv.)

(4) Pau, 11 août 1903 (D. P., 1904, 2, 302); Paris, 23 décembre 1910 (*Gaz. du pal.*, 5 mai 1911). cass. fr., 7 juillet 1924 (*ibid.*, 1924, II, 427).

(5) Gand, 12 mai 1923 (*Pasic.*, 1924, II, 1).

(6) Trib. Pamiers, 27 novembre 1920 (D. P., 1920, 2, 105); trib. Gap, 5 mai 1922 (D. P., 1923, 2, 17); Liège, 12 février 1868, déjà cité.

(7) Rouast, note au D. P., 1923, 2, 17.

255. Aucune des bases juridiques proposées à l'appui de la thèse de l'imprévision ne résiste à l'examen critique. Seule la conception finaliste et objective de la doctrine élargie de l'exercice antisocial des droits peut lui fournir un fondement. Dès qu'à raison de circonstances imprévues, l'exercice du droit conféré au créancier par la convention a des conséquences antisociales (ruine ou appauvrissement notable du débiteur pouvant entraîner l'arrêt d'une industrie, la cessation d'un commerce, etc...), dénotant que le but auquel il répond est dépassé ou détourné, l'intervention du juge s'impose. Tous les êtres juridiques qui participent à la vie en société sont solidaires. Si l'exercice du droit de l'un d'eux ne profite plus à la fois à son sujet et à la société dont il n'est qu'une cellule, mais nuit directement ou indirectement à celle-ci, cet exercice ne peut plus être toléré.

Voirin ne rejette pas, quoi qu'on en ait dit (1), la relation constante de la théorie de l'abus des droits et celle de l'imprévision. « Admettons, dit-il, que la théorie de l'imprévision n'est qu'une branche de celle plus générale de l'abus du droit » (2). Tout en constatant qu'il lui fournit l'élément d'une solution, il redoute d'introduire dans le droit objectif ce « germe d'insécurité » : l'idée du but, de la finalité des droits subjectifs. C'est pourtant sur la notion du but poursuivi par les parties, notion conforme à notre théorie, qu'il échafaude toute sa « libre construction scientifique » (3).

Louveau rejette catégoriquement la justification tirée de la notion d'abus du droit, par cette considération qu'aucune intention de nuire (4) ne peut généralement être relevée à charge du créancier. Il n'aperçoit pas la conception objective de la théorie étudiée.

(1) *Rev. trimestr. de droit civil*, 1922, p. 591.

(2) VOIRIN, *op. cit.*, p. 114.

(3) ROUAST, D. P., 1923, 2, 19.

(4) LOUVEAU, *op. cit.*, p. 56.

Demogue, dans une étude sur la modification des contrats par volonté unilatérale, reconnaissait déjà en 1907 que le droit civil devenait de plus en plus « téléologique »; que les juges se laissaient de plus en plus influencer par la notion du but à atteindre (1). En 1916, il adoptait la théorie de l'imprévision en reconnaissant qu'elle était due à la socialisation du droit civil (2).

M. G. Cornil se rallie catégoriquement à la justification de la théorie de l'imprévision par celle de l'abus des droits en écrivant notamment : « Les tribunaux devront proclamer éventuellement illicite, le fait d'un contractant de s'entêter dans l'exécution à la lettre de son contrat, à l'encontre de toute morale sociale » (3).

256. Certaines décisions jurisprudentielles ont d'ailleurs adopté ce point de vue. L'arrêt du Conseil de préfecture d'Eure-et-Loire du 14 janvier 1916 (4) est particulièrement formel : « Considérant, dit-il, dans ce cas, que le fait pour la partie la plus favorisée d'exiger l'application intégrale du contrat constituerait à son profit un usage abusif du droit qu'elle tient de son cahier des charges ». Et l'arrêt précité de la cour de Liège (5) en invoquant « les principes généraux du droit, lesquels s'opposent à ce qu'on puisse réclamer l'exécution d'un contrat dans de semblables circonstances » n'a-t-il pas, lui aussi, toute la netteté désirable ?

257. On peut relever d'autres applications de la conception finaliste de la théorie étudiée, à l'exécution du contrat. Les lois limitant la liberté du travail, des enfants et des

(1) *Rev. trimestr. de droit civil*, 1907, p. 252 et 253.

(2) *Rev. trimestr. de droit civil*, 1916, p. 519.

(3) CORNIL, *Droit privé*, p. 119. En ce sens également, Naquet, note aux *Pand. fr.*, 1920, 1, 105 et RIBERT, *La règle morale dans les obligations*, p. 86, 87, 146, 147.

(4) *Gaz. des trib.*, 8 mars 1916.

(5) Liège, 5 juin 1923 (*Pasic.*, 1923, II, 178).

femmes et la loi des huit heures ne sont-elles pas inspirées par le même principe ? Si l'ouvrier et le patron exécutent le contrat d'une manière telle que tout en leur profitant à tous deux, il occasionne un amoindrissement de l'utilité sociale des individus contractants, le législateur intervient au nom de la solidarité. L'intérêt du patron ou de l'ouvrier doit s'incliner devant les exigences légitimes de la société, qui doit par exemple empêcher la déchéance physique de la femme et de l'enfant.

L'amélioration physique, intellectuelle et morale d'une population ne présente-t-elle pas une utilité sociale plus considérable que le profit procuré par quelques heures supplémentaires de travail ? La sanction pénale organisée ne vise rien moins qu'à réprimer l'exercice antisocial des droits résultant d'un contrat de travail.

SECTION IV. — Résiliation du contrat.

258. Certains contrats sont révocables *ad nutum* selon la loi, d'autres sont généralement conclus sans détermination de durée. Le contractant se voit conféré dans chacun de ces cas un droit de résiliation. Pourra-t-il exercer ce droit d'une manière abusive, dans une intention essentiellement méchante sans motifs légitimes ou en lui donnant des conséquences antisociales ?

§ 1^{er}. — LE MANDAT.

259. L'article 2004, en décidant « que le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble » lui reconnaît un droit de révocation arbitraire. La jurisprudence, grâce à la théorie étudiée (1), a modéré la rigueur de ce texte.

(1) En ce sens COLIN et CAPITANT, t. II, p. 717.

A. — FRANCE.

260. Il a d'abord été décidé que si le mandat était conféré dans l'intérêt des deux parties, si notamment il était salarié (1) (les mandataires de compagnies d'assurances par exemple) (2), le mandant « ne pouvait user de son droit de révocation d'une manière intempestive, sans causes légitimes ou sans motifs sérieux qui justifiaient sa détermination » (3).

Puis, ce principe a été étendu aux contrats de mandat conclus dans l'intérêt exclusif du mandant. Le 14 mars 1914 la cour de cassation déclara en effet, que même dans ce cas, la révocation intempestive et sans motif légitime pouvait justifier l'allocation de dommages-intérêts (4). Les administrateurs des sociétés anonymes peuvent toujours en principe être révoqués par l'assemblée des actionnaires. Si pourtant des administrateurs demandent la révocation de l'un de leurs collègues de manière telle qu'ils empêchent celui-ci d'organiser sa défense et de faire échec à cette proposition, il y a abus de droit et responsabilité (5).

B. — BELGIQUE.

261. La jurisprudence belge ne nous fournit aucune décision admettant la responsabilité pour révocation abusive en cas de mandat conféré dans l'intérêt exclusif du mandant.

(1) Lyon, 6 avril 1895 (D. P., 1895, 2, 431); Douai, 20 avril 1891 (*ibid.*, 1892, 2, 51); Paris, 8 mars 1886 (SIR., 1887, 2, 161); Nancy, 2 février 1909 (D. P., 1910, 2, 263).

(2) Cass. fr., 3 avril 1857 (D. P., 1858, 1, 134), et 10 juillet 1865 (SIR., 1865, 1, 350).

(3) Nancy, 23 juin 1860 (SIR., 1861, 2, 165).

(4) *Gaz. du pal.*, 1914, 1, 539; *Gaz. des trib.*, Marseille, 4 juin 1913 (*Rec. Marseille*, 1913, 492).

(5) Cass. fr. (req.), 2 juin 1924 (*Rev. droit bancaire; Rev. trimestr. du droit civil*, 1924, p. 1008).

Elle se montre au contraire généralement opposée à l'allocation de dommages et intérêts (1).

Par contre de nombreuses décisions ont admis que si le mandat est salarié ou fait partie d'une convention synallagmatique conclue dans l'intérêt des deux parties, sa révocation intempestive (2) ou sans cause légitime (3) peut justifier une condamnation du mandant (4).

§ 2. — SOCIÉTÉ.

262. L'article 1869 du Code civil a fait en matière de société une des premières applications législatives de la thèse de l'exercice anormal du droit de résiliation des contrats. Il stipule, en effet, que la volonté d'un des associés peut, en cas de société à durée illimitée, entraîner la dissolution de celle-ci, pourvu que cette renonciation soit de bonne foi et non faite à contretemps. Et l'article 1870 ajoute : « que la renonciation n'est pas de bonne foi si l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de retirer en commun; qu'elle est à contretemps si les choses ne sont plus entières et qu'il importe que la dissolution de la société soit différée ».

A. — FRANCE.

263. La jurisprudence française s'est montrée fort large dans l'application de ces textes et surtout de l'article 1870 qui, selon Josserand (5), serait cependant limitatif plutôt

(1) Trib. Bruxelles, 20 avril 1888 (*Pasic.*, 1888, III, 331); J. de P. Anderlecht, 19 avril 1906 (*J. J. de P.*, 1907, p. 196).

(2) Verviers, 24 novembre 1913 (*Jur. cour Liège*, 1914, 43).

(3) Anvers, 30 juin 1888 (*Pasic.*, 1889, III, 374).

(4) Charleroi, 24 mars 1883 (*Pasic.*, 1883, III, 291); Bruxelles, 22 juin 1820 (*ibid.*, 1820, p. 166) et 26 janvier 1860 (*ibid.*, 1860, II, 117) (implicite); Gand, 17 mars 1891 (*ibid.*, 1891, II, 298) et 27 janvier 1900 (*Pand. pér.*, 1900, p. 164).

(5) JOSSERAND, *Abus des droits*, p. 88.

qu'exemplatif. Elle a déclaré de mauvaise foi ou fait à contretemps le retrait d'un membre d'une association syndicale, au moment ou celle-ci a effectué des dépenses considérables, si elle ne constitue qu'un moyen de se soustraire au paiement de cotisations arriérées (1), la démission d'un membre d'une société fromagère donnée en pleine période de production (2), la décision de dissolution prise *sans causes légitimes* par un membre d'une association de marchands dans le seul but de mettre fin à une participation devenue onéreuse (3).

Il a, d'autre part, été décidé, d'accord avec certains auteurs (4), que les principes des articles 1869 et 1870 devaient s'appliquer même au cas prévu par l'article 52 de la loi du 24 juillet 1867 qui, organisant le retrait des associés dans les sociétés à capital variable, stipule que « chaque associé a le droit de se retirer s'il le juge convenable » (5).

De même, la loi du 13 mars 1917 organique des « sociétés de caution mutuelle et de banques populaires » stipule en son article 2, § 3 que les sociétaires *ont toujours le droit* de se retirer et de réclamer le remboursement de leur part. La doctrine estime que les articles 1869 et 1870 du Code civil peuvent être invoqués pour modérer les effets de ce texte (6).

(1) Nancy, 19 mars 1892 (D. P., 1893, 2, 21).

(2) Chambéry, 24 décembre 1906 (SIR., 1907, 2, 293); Lyon, 1^{er} décembre 1898 (*ibid.*, 1899, 2, 265) (implicite).

(3) Bordeaux, 31 janvier 1895 (*Rev. des sociétés*, 1895, p. 622).

(4) HOUPIŒ et BOSVIEUX, *Sociétés*, t. III, n^o 1180; LYON-CAEN, n^o 1041; VAYASSEUR, n^{os} 883 et 890.

(5) Douai, 2 août 1906 (*Journ. soc.*, 1907, 267). *Contra* : Trib. Rouen, 28 juillet 1913 (D. P., 1914, 2, 89); BÉDARRIDE, n^o 568.

(6) Article de Bosvieux, *Journ. des sociétés civiles et commerciales*, 1918, p. 33.

B. — BELGIQUE.

264. La jurisprudence belge ne paraît pas avoir fréquemment appliqué ces deux articles. Tout au plus peut-on citer un arrêt de la cour de Bruxelles (1) qui, loin de suivre la jurisprudence française dans son mouvement d'élargissement, en restreint plutôt la portée. Il déclare valable une clause insérée dans les statuts et prévoyant que les associés pourront se retirer même à contretemps. Décision critiquable selon nous, cette clause étant susceptible de prémunir l'associé contre son dol.

§ 3. — LOUAGE DE SERVICES.

265. Il est unanimement admis que le droit pourtant incontestable des parties de mettre fin au contrat de travail ou de louage de services à durée indéterminée ne peut être exercé d'une manière antisociale ou dans le but évident de nuire.

A. — FRANCE.

266. L'exercice anormal du droit de résiliation du contrat de travail ou de louage de services a été, en ce qui concerne la jurisprudence française, l'objet d'études nombreuses et complètes (2). Ce serait donc faire œuvre vaine que d'en renouveler ici l'examen. Rappelons pourtant les principes. La résiliation est abusive si elle est brusque, intempestive, immédiate, car mettant du jour au lendemain dans l'état de chômage l'employé et l'ouvrier ou désorga-

(1) Bruxelles, 31 mars 1874 (*Pasic.*, 1874, II, 156).

(2) DEMOGUE, *Des obligations*, t. IV, p. 342 à 347; CORNIL, *Le droit privé*, p. 114; JOSSEMAN, *Abus des droits*, p. 39 et 40; BARDESCO, *Abus du droit*, p. 143; DUFFAU-LAGAROSSE, *Revue critique*, 1899, p. 480; WAHL, « Du motif légitime de rupture dans le contrat de louage de services » (extrait des *Questions pratiques de législation ouvrière*, p. 163).

nisant les services du patron, elle a des conséquences sociales qu'il importe d'éviter. Nouvelle application de ce principe essentiel : le droit subjectif dérivant du contrat est dévié de sa finalité si son exercice, tout en restant utile à l'un des contractants, nuit directement ou indirectement à la collectivité. Mais même si le délai d'usage est respecté, la résiliation du contrat à durée indéterminée, bien que prévue et autorisée, « peut donner lieu à des dommages et intérêts » décide la loi du 27 décembre 1890, modifiant l'article 1780 du Code civil.

267. Une jurisprudence innombrable, déjà maintes fois examinée, considère ce texte comme une application législative de la théorie étudiée en décidant qu'il y a lieu à dédommagement chaque fois que le congé est donné en vue de nuire au cocontractant ou simplement sans motifs légitimes. Nous nous bornerons à citer en note les décisions de cassation qui, en présence d'un congé donné à raison des opinions politiques de l'ouvrier, à la veille de la distribution des étrennes, en vue de nuire ou simplement sans raison sérieuse, ont employé l'expression *abus du droit* (1).

Nous citerons pourtant en outre quelques décisions toutes récentes qui n'ont pas encore été relevées par les auteurs. Elles ont notamment appliqué le principe au renvoi injustifié d'un rédacteur de journal (2); d'un ouvrier à raison de son refus de témoigner en divorce selon les suggestions de son patron (3) ou de présenter ses excuses après une

(1) Cass. fr. (civ.), 23 mars 1904 (SIR., 1904, 1, 264); 28 janvier 1908 (*ibid.*, 1908, 1, 241); 5 novembre 1906 (D. P., 1907, 1, 63); 9 avril 1913 (*ibid.*, 1914, 1, 214); 4 mai 1914 (SIR., 1915, 1, 47); 17 janvier 1913 (*ibid.*, 1913, 1, 35); 19 juillet 1916 (D. P., 1916, 1, 286) et 16 mars 1903 (*ibid.*, 1905, 1, 127).

(2) Trib. Seine, 8 décembre 1919 (*Gaz. des trib.*, 1920, 280).

(3) Cass. fr. (civ.), 24 février 1920 (*Gaz. du pal.*, 1920, 483) (abus du droit).

demande refusée d'augmentation de salaire (1); d'un employé, objet sous des prétextes futiles d'un congé déguisé sous la forme d'une modification d'emploi (2), d'un comptable remercié sans motif légitime, s'il est depuis vingt ans au service de ce patron, alors même que le préavis d'usage est respecté (3). Elles l'ont appliqué encore à la révocation d'un cheminot qui refusait d'occuper un poste inférieur (4), d'un employé malade (5), au cas du domestique quittant son patron sans raisons sérieuses (6), au congédiement d'un contremaître obligé de garder le lit pendant quelques jours (7), d'un chef de rayon accusé de manquements minimes et qui était en droit de compter sur sa mise à la retraite prochaine (8). La cour de cassation a même décidé que la rupture justifiée par des motifs sérieux pouvait devenir abusive si elle était par trop brusque (9).

B. — BELGIQUE.

268. La jurisprudence belge relative à l'abus des droits en matière de louage d'ouvrage ne fut pas l'objet d'études aussi complètes qu'en France. (10). Il est utile de l'examiner.

Le droit pour le patron ou l'employé de mettre fin à la convention de travail à leur gré a été de tout temps reconnu.

(1) Trib. Seine, 31 janvier 1920 (*Gaz. des trib.*, 1920, 2, 291) (congé abusif).

(2) Paris, 19 mai 1920 (*Gaz. du pal.*, 1920, 318).

(3) Trib. comm. Seine, 5 mai 1920 (*Gaz. du pal.*, 1920, 485) (abus du droit).

(4) Cass. fr. (req.), 18 décembre 1918 (*Gaz. du pal.*, 8 août 1919) (abus du droit).

(5) Cass. fr. (req.), 20 juillet 1920 (*Gaz. des trib.*, 1921, 1, col. 37).

(6) Trib. paix Capendu (*Rev. just. paix.*, 1920, 247).

(7) Cass. fr. (civ.), 22 décembre 1920 (*Gaz. du pal.*, 1921, 116) (abus du droit).

(8) Trib. comm. Seine, 6 janvier 1922 (*Gaz. du pal.*, 1922, 1, 570).

(9) Cass. fr., 2 mai 1924 (*Gaz. du pal.*, 1924, 2, 160); Paris, 11 janvier 1923 (*ibid.*, 1924 [sommaries], p. 36).

(10) Cons. pourtant TOUMSIN, *Louage de services*.

Mais de tout temps il a été jugé aussi que l'exercice de ce droit revêtait un caractère abusif si le congé était donné intempestivement et sans préavis. C'est ainsi que nos tribunaux invoquant tantôt l'équité (1) tantôt les devoirs d'humanité (2), tantôt l'usage (3), tantôt l'abus du droit (4), ont accordé au contractant lésé par une résiliation brusque (5) et non légitimement motivée (6), des indemnités parfois forfaitaires (7) et équivalentes au traitement qui eût été payé pendant un temps de préavis jugé normal, parfois variables suivant les difficultés de remplacement (8) ou la durée et l'im-

(1) Anvers, 22 juin 1885 (*Port Anvers*, 1885, I, 328); Bruxelles, 29 juillet 1828 (*Pasic.*, 1828, II, 266); Gand, 11 janvier 1904 (*Jur. comm. Fl.*, 1904, 2709) et 2 avril 1902 (*Rev. des soc.*, 1903, 91).

(2) Tournai, 11 mars 1859 (*Belg. jud.*, 1859, col. 1102); Anvers, 21 juin 1862 (*Port Anvers*, 1862, I, 390); trib. comm. Bruxelles, 6 mai 1924 (*Jur. comm. Bruxelles*, 1924, p. 163).

(3) Trib. comm. Anvers, 7 juillet 1909 (*Port Anvers*, 1909, I, 333); trib. comm. Bruxelles, 30 octobre 1905 (*J. J. de P.*, 1907, 194); Bruxelles, 1^{er} février 1907 (*Pand. pér.*, 1907, 419-420); trib. comm. Bruxelles, 9 décembre 1907 (*J. J. de P.*, 1908, 390); trib. comm. Anvers, 9 décembre 1901 (*Journ. des trib.*, 1902, col. 140); trib. comm. Bruxelles, 22 novembre 1900 (*Pand. pér.*, 1902, 11); cons. prud'hom. Bruxelles, 19 février 1903 (*ibid.*, 1903, 1310); trib. comm. Bruxelles, 11 novembre 1902 (*Jur. comm. Bruxelles*, 1903, 26); trib. comm. Anvers, 4 décembre 1923 (*Port Anvers*, 1923, 476); sent. arbitr., 8 mai 1922, *ibid.*, 1922, p. 236.

(4) Trib. comm. Liège, 24 mars 1909 (*Pasic.*, 1909, III, 219).

(5) Trib. Anvers, 28 octobre 1889 (*Port Anvers*, 1890, I, 34); trib. Bruxelles, 20 octobre 1890 (*Belg. jud.*, 1890, 1309); trib. comm. Anvers, 1^{er} octobre 1893 (*Port Anvers*, 1894, I, 202); trib. comm. Anvers, 9 décembre 1890 (*ibid.*, 1891, I, 135); trib. comm. Liège, 17 mai 1924 (*Jur. cour Liège*, 1924, p. 183).

(6) Anvers, 22 juin 1866 (*Port Anvers*, 1866, I, 292); 2 juin 1874 (*ibid.*, 1874, I, 313) et 6 juin 1866 (*ibid.*, 1868, I, 219); trib. comm. Tournai, 31 mai 1904 (*Pand. pér.*, 1906, 197); Liège, 17 octobre 1901 (*Jur. cour Liège*, 1901, 311); Gand, 6 novembre 1908 (*Pasic.*, 1910, II, 193); Gand, 23 juin 1911 (*ibid.*, 1913, II, 363); Namur, 2 décembre 1920 (*Jur. cour Liège*, 1921, 37).

(7) Trib. comm. Bruxelles, 6 mai 1920 (*Jur. comm. Bruxelles*, 1920, p. 252).

(8) Trib. comm. Bruxelles, 22 février 1920 (*Jur. comm. Bruxelles*, 1920, p. 202); trib. comm. Saint-Nicolas (*Jur. comm. Fl.*, 1903, p. 264); trib. comm. Bruxelles, 29 octobre 1921 (*Jur. comm. Bruxelles*, 1922, p. 27); Ostende, 21 janvier 1904 (*Pand. pér.*, 1907, 873).

portance des services antérieurement prestés par l'employé et l'ouvrier (1).

Ces dommages et intérêts étaient alloués au surveillant (2), à l'institutrice (3), à la nourrice (4), au domestique (5), au coupeur (6), à l'architecte conducteur de travaux au service du Roi (7), au commis (8), au directeur d'une société anonyme (9), à l'ouvrier raffineur (10), au patron abandonné par son domestique (11) ou ses ouvriers (12), au chef d'une maison de vente (13), au batelier (14), à l'agent d'assurances (15), au maître privé de son employé (16), au directeur d'usine (17), à une cuisinière (18), au voyageur (19), au professeur (20), au chef coupeur (21), au représentant de commerce (22), au médecin engagé sans durée déterminée par

(1) Bruxelles, 16 janvier 1922 (*Jur. comm. Bruxelles*, 1922, 257).

(2) Bruxelles, 9 novembre 1887 (*Belg. jud.*, 1888, 296).

(3) Arlon, 24 février 1882 (*Cl. et B.*, t. XXX, 1278).

(4) J. de P. Liège, 20 février 1888 (*Pasic.*, 1888, III, 223).

(5) J. de P. Durbuy 22 octobre 1884 (*Journ. des trib.*, 1885, col. 642).

(6) Trib. Gand, 31 juillet 1880 (*Pasic.*, 1883, III, 21).

(7) Bruxelles, 27 juin 1897 (*Belg. jud.*, 1897, col. 1295).

(8) Anvers, 14 avril 1876 (*Port Anvers*, 1876, I, 294) et 29 mars 1876 (*ibid.*, 1876, I, 294).

(9) Liège, 20 avril 1877 (*Pasic.*, 1877, II, 303).

(10) J. de P. Tirlemont, 4 février 1897 (*Journ. des trib.*, 1897, col. 329).

(11) Trib. Liège, 23 avril 1891 (*Cl. et B.*, t. XXXIX, 276).

(12) J. de P. Seraing, 19 février 1898 (*Cl. et B.*, t. XVI, 630) et J. de P. Anvers, 15 décembre 1898 (*Journ. des trib.*, 1899, col. 73).

(13) Bruxelles, 18 décembre 1897 (*Journ. des trib.*, 1898, col. 355).

(14) Anvers, 9 juin 1898 (*Port Anvers*, 1898, I, 376).

(15) Bruxelles, 2 février 1905 (*Journ. des trib.*, 1905, col. 950).

(16) Trib. Bruxelles, 14 janvier 1908 (*Jur. comm. Bruxelles*, 1908, 115); J. de P. Uccle, 14 avril 1908 (*J. J. de P.*, 1908, 581).

(17) Charleroi, 11 décembre 1907 (*Pasic.*, 1908, III, 83); trib. comm. Liège, 10 juillet 1909 (*Pand. pér.*, 1909, 1206).

(18) J. de P. Bruxelles, 21 février 1908 (*Pasic.*, 1908, III, 170).

(19) Trib. comm. Saint-Nicolas, 14 janvier 1901 (*Pand. pér.*, 1902, 1060); trib. comm. Bruxelles, 19 juillet 1922 (*Jur. comm. Bruxelles*, 1922, p. 274).

(20) Trib. Anvers, 13 mars 1901 (*Pand. pér.*, 1901, 632).

(21) Trib. Anvers, 5 juin 1901 (*Journ. des trib.*, 1904, col. 908).

(22) Cons. prud'hom. appel Liège, 4 mars 1920 (*Jur. cour Liège*, 1920, 109).

la direction d'un institut chirurgical (1), au journaliste (2), à l'artiste musicien (3). Dans chacun de ces cas, le tribunal examina, pour rechercher le caractère abusif de la résiliation, la légitimité des motifs invoqués par celui qui mettait fin au contrat. Il y a conflit entre deux intérêts sociaux. D'une part, la gravité des faits allégués indique qu'il y a utilité sociale à les réprimer ou à éviter au contractant une charge importante. D'autre part, la nécessité d'éviter à tout travailleur un chômage brusque et imprévu, et à tout commerçant ou industriel la désorganisation de ses services. Le second intérêt doit parfois s'incliner devant le premier. Mais il est généralement admis que ne sont point justificatifs d'un renvoi brusque, le soupçon porté par un patron contre son employé au sujet de lettres anonymes (4), une maladie de courte durée (5), le fait pour un journaliste de collaborer à d'autres journaux (6), la condamnation correctionnelle prononcée contre un directeur à la suite de voies de fait plus ou moins excusables à l'égard d'un ouvrier (7), le refus d'accepter un travail plus pénible (8), ou dont la nature est changée (9), le dépôt par un tiers d'une plainte à charge d'un commis (10), une absence motivée de quelques jours (11), quelques erreurs

(1) Bruxelles, 6 février 1924 (*Jur. comm. Bruxelles*, 1924, p. 163).

(2) Trib. comm. Bruxelles, 3 juin 1922 (*Jur. comm. Bruxelles*, 1922, p. 355).

(3) Appel prud'hom. Bruxelles, 13 octobre 1920 (*Jur. comm. Bruxelles*, 1920, p. 111).

(4) Trib. Bruxelles, 20 février 1893 (*Journ. des trib.*, 1893, col. 505).

(5) Trib. Liège, 7 avril 1898 (*Journ. des trib.*, 1898, col. 658).

(6) Trib. comm. Bruxelles, 6 avril 1902 (*Journ. des trib.*, 1902, col. 585).

(7) Bruxelles, 20 mars 1908 (*Jur. comm. Brux.*, 1908, 418).

(8) Cons. prud'hom. Bruxelles, 21 avril 1904 (*Jur. comm. Brux.*, 1904, 459); trib. comm. Liège, 27 mars 1912 (*Jur. cour Liège*, 1912, 166).

(9) Trib. comm. Bruxelles, 24 octobre 1904 (*Jur. comm. Brux.*, 1905, 35).

(10) Trib. comm. Bruxelles, 22 juin 1904 (*Pand. pér.*, 1904, 1084).

(11) Trib. comm. Bruxelles, 3 octobre 1905 (*Pand. pér.*, 1905, 1145).

ou négligences (1), la manifestation de l'intention de rechercher un autre emploi (2).

269. Le législateur est du reste intervenu. Faisant une fois de plus application législative de la théorie étudiée, il a par la loi du 7 août 1922, organique du contrat d'emploi, décidé qu'à moins de motifs graves laissés à l'appréciation du juge, le contractant ne pourrait, par sa seule volonté, mettre fin au contrat de louage de services à durée indéterminée, sans payer une indemnité de préavis variant avec l'importance et l'ancienneté des services prestés. Ce sont des considérations analogues qui lui avaient inspiré l'article 19 de la loi du 11 mars 1900, sur le contrat de travail, lequel impose au patron ou à l'ouvrier, un préavis de sept jours en cas de congé.

270. Au surplus notre jurisprudence, bien qu'elle ne puisse point se baser sur une disposition analogue à celle prévue par la loi française de 1890, n'a pas hésité dans certains cas, invoquant parfois expressément la théorie de l'abus du droit, à accorder des dommages et intérêts si le congé tout en étant précédé d'un préavis normal était donné dans une intention de nuire et constituait ainsi un acte vexatoire. Certaines décisions accordent une indemnité pour préjudice moral, si le prétexte invoqué pour justifier le renvoi ou les circonstances dans lesquelles il se produit, entachent l'honorabilité du contractant (3). D'autres, en présence, soit d'un contrat stipulant que le patron pourrait y mettre fin sans indemnité (4), soit d'une convention prévoyant un dédit ou même un terme déter-

(1) Trib. comm. Bruxelles, 20 mai 1908 (*Pand. pér.*, 1908, 772).

(2) Trib. comm. Bruxelles, 13 novembre 1906 (*Pand. pér.*, 1907, 103).

(3) Liège, 9 décembre 1886 (*Pasic.*, 1887, II, 124) et 12 mars 1913 (*Jur. cour Liège*, 1913, 155) (abus du droit); Bruxelles, 2 novembre et 9 mars 1903 (*Pand. pér.*, 1903, 843) (excès de droit); Liège, 26 juillet 1911 (*Pasic.*, 1912, II, 11).

(4) Trib. comm. Bruxelles, 9 mars 1913 (*Pand. pér.*, 1913, 843); trib. comm. Liège, 3 avril 1920 (*Jur. cour Liège*, 1920, p. 109).

miné (1), ont estimé que le renvoi purement capricieux ou méchant nécessitait une réparation spéciale.

Une mention particulière doit être faite d'un arrêt récent de la cour de Bruxelles. Il a accordé des dommages et intérêts à un mineur congédié avec préavis légal, l'intention de la société minière ayant été d'empêcher son ouvrier d'atteindre l'âge de la pension (2).

§ 4. — LA GRÈVE.

271. A la question de l'usage antisocial du droit de résilier un contrat de louage de services ou de travail se rattache étroitement celle de l'abus du droit en matière de grève. Jossierand voit dans la grève un droit spécial extra-contractuel. Nous sommes d'un avis opposé. Il n'y a pas de droit de grève. Aucune loi ne l'a ni reconnu, ni conféré. Ce que l'on qualifie ainsi n'est que l'exercice collectif du droit de résiliation du contrat de travail à durée indéterminée.

272. En réalité, l'histoire de ce qu'on appelle le droit de grève n'est qu'une application constante et variée des principes étudiés à la résiliation collective du contrat de travail. On a souvent qualifié la théorie de l'abus des droits de révolutionnaire et l'on estime généralement qu'elle est uniquement approuvée par des esprits dits « avancés ». Et pourtant toute l'évolution économique et politique du XIX^e siècle démontre que la tendance constante à réprimer les grèves manifestée par le législateur ou par les tribunaux a été essentiellement inspirée par la notion de l'exercice antisocial des droits subjectifs.

Le véritable critérium du caractère abusif de l'exercice d'un droit est la rupture d'équilibre des intérêts en présence. Pour

(1) Trib. comm. Liège, 28 octobre 1904 (*Pand. pér.*, 1905, n° 147).

(2) Bruxelles, 4 janvier 1923 (*Belg. jud.*, 1923, p. 206).

apprécier cet équilibre, il est nécessaire d'étudier la valeur et l'utilité sociale du droit envisagé. Cette utilité peut varier avec l'évolution économique ou morale du moment. Le droit de résiliation du contrat de travail est certes l'un de ceux pour lesquels ces variations ont été les plus caractéristiques.

A. — FRANCE.

273. Nul ne contestait à l'origine de la Révolution française le droit de résilier *ad nutum* le contrat de travail à durée indéterminée. Mais les troubles et manifestations populaires inspirèrent au législateur la crainte de l'ouvrier. Il estima que cette faculté de mettre fin au contrat de travail, licite si elle était exercée individuellement, devenait abusive et antisociale s'il en était usé collectivement. La loi Le Chapelier de 1791 stipula en son article 4 : « Si contre les principes de la liberté et de la Constitution, des citoyens attachés aux mêmes professions, arts et métiers, prenaient des délibérations ou faisaient entre eux des conventions tendant à refuser de concert le secours de leur industrie ou de leurs travaux, les dites délibérations et conventions accompagnées ou non du serment, sont déclarées inconstitutionnelles, attentatoires à la liberté et à la déclaration des droits de l'homme, et de nul effet. » La loi Le Chapelier semblait s'appliquer aux coalitions de patrons comme à celles d'ouvriers.

La Convention, émue de la répétition et de la fréquence des grèves, prit des dispositions draconiennes le 23 nivose an II. Elle visa uniquement les coalitions ouvrières et décida à l'article 5 : « que si chaque ouvrier pouvait dresser *individuellement* ses plaintes, il ne pouvait en aucun cas cesser le travail sinon pour cause de maladie ou d'infirmité dûment constatée », et à l'article 7 : « nul ouvrier ne peut quitter l'atelier dans lequel il travaille sans avoir prévenu l'entrepreneur devant deux témoins, six semaines d'avance ».

Le 10 germinal an XI, Regnault présenta au Corps législatif,

au nom du Conseil d'Etat, un projet de loi édictant des sanctions pénales contre l'exercice abusif du droit de résilier le contrat de travail. Le projet réprimait en son article 7 toute coalition de la part des ouvriers pour cesser en même temps de travailler; en son article 6, toute coalition entre ceux qui font travailler pour autant qu'elle tende à forcer *injustement et abusivement* l'abaissement des salaires. Le droit de résiliation devenait donc abusif pour les ouvriers par le seul fait de son exercice collectif. Pour les patrons, il fallait que cet exercice collectif tendît à forcer injustement ou abusivement l'abaissement des salaires.

La réaction napoléonienne s'emparera de ce texte et le modifiera très légèrement pour en faire les articles 414, 415 et 416 du Code pénal. La coalition patronale sera punie d'un emprisonnement de six jours à un mois, pour autant qu'elle soit suivie d'une tentative ou d'un commencement d'exécution. La coalition ouvrière sera par contre punie en tous cas de un à trois mois de prison.

Le 27 novembre 1849, l'Assemblée législative supprima l'inégalité juridique entre patrons et ouvriers. Elle décida que la coalition patronale serait punissable même si elle ne tendait point à forcer injustement ou abusivement la baisse des salaires.

L'Empire libéral abrogea ces dispositions mais organisa la protection de la liberté du travail par la répression des violences, voies de fait, menaces et manœuvres frauduleuses pour amener ou maintenir une grève ou un lock-out, et par la défense de la prononciation d'amendes, proscriptions ou interdictions portant atteinte au libre exercice de l'industrie ou du travail. Cette dernière défense était prévue par l'article 416 du Code pénal. Celui-ci fut abrogé en 1884.

274. A partir de ce moment, le législateur français ayant supprimé toutes les sanctions pénales, l'exercice même collectif du droit de rompre un contrat de travail devint

libre en principe. Il restait néanmoins susceptible d'abus. Tout d'abord qu'il soit collectif ou individuel, l'exercice du droit de résiliation est soumis à la condition ordinaire prévue par la loi : *nécessité d'un préavis*. Bien que la question soit discutée par les auteurs, la jurisprudence estime généralement que la grève ne suspend pas mais rompt le contrat de travail (1). Et dès lors puisque le législateur, faisant application de la théorie étudiée, a estimé qu'il y avait abus du droit de résilier si un préavis normal n'était pas observé, la grève, exercice collectif de ce droit, ne peut être déclanchée brusquement sans obliger les grévistes au paiement d'une indemnité (2).

275. A cette application législative la jurisprudence en a ajouté une autre. Elle a décidé que la résiliation collective du contrat de travail même si le préavis était respecté, revêtait un caractère antisocial et engageait la responsabilité de son auteur, si elle était décidée intempestivement, sans motif légitime ou en vue de nuire à autrui.

Les associations syndicales sont en France autorisées par la loi, à la condition qu'elles s'occupent exclusivement d'intérêts professionnels. La jurisprudence a considéré de même que si la grève n'était pas déclanchée en vue d'obtenir la satisfaction d'un intérêt professionnel, le droit de l'ouvrier de mettre fin collectivement au contrat de travail devenait anormal. C'est ainsi qu'après un arrêt en sens contraire de la cour de Grenoble (3), la cour de Chambéry (4), sur renvoi après cassation (5), invoquant nettement la théorie étudiée,

(1) Cass. fr., 4 janvier 1904 (D. P., 1904, 1, 289); 13 novembre 1906 (*ibid.*, 1907, 1, 372); 15 novembre 1907 (*ibid.*, 1907, 1, 364) et 15 mai 1922 (Sir., 1922, 1, 207); Pau, 11 juillet 1911 (*Gaz. du pal.*, 1911, 2, 355).

(2) Cass. fr. (req.), 18 mars 1902 (D. P., 1902, 1, 324) et 28 juin 1910 (*Gaz. du pal.*, 1910, 2, 61);

(3) Grenoble, 11 janvier 1890 (D. P., 1891, 1, 241).

(4) Chambéry, 14 mars 1893 (D. P., 1893, 2, 191).

(5) Cass. fr., 22 juin 1892 (D. P., 1892, 1, 449).

a déclaré abusive et génératrice de dommages-intérêts, la grève déclarée par un syndicat en vue d'obtenir le renvoi d'un ouvrier non affilié. Cette jurisprudence fut suivie (1) et les mêmes principes furent invoqués pour condamner les grévistes, s'ils agissaient dans un intérêt politique et non dans un intérêt corporatif; (2) s'ils avaient en vue de nuire à un ouvrier parce qu'il avait quitté le syndicat (3) ou parce qu'il avait refusé d'obéir à une décision n'ayant pas pour objet des intérêts professionnels (4); s'ils obéissaient à un sentiment de malveillance injustifiée à l'égard d'un contre-maître (5) ou agissaient avec un esprit d'autoritarisme inadmissible (6). Ces décisions, comme toute la jurisprudence relative à la lutte du capital et du travail, sont très diversement commentées. Il va de soi que les tribunaux ont le devoir de se montrer particulièrement circonspects dans l'appréciation de l'existence ou de la non-existence d'un but professionnel. Il est certain qu'une grève peut paraître abusive si les travailleurs agissent dans l'unique intention de nuire. Mais il faut remarquer que le désir d'obtenir le renvoi d'ouvriers disposés à accepter des conditions de travail inférieures aux conditions généralement obtenues dans la région répond parfois à un intérêt professionnel, de même du reste qu'une grève à caractère politique. Cette distinction a été fort bien respectée par quelques décisions françaises (7). Le rôle du juge est ici particulièrement délicat (8).

(1) Lyon, 2 mars 1894 (D. P., 1894, 2, 306) et 15 mai 1895 (SIR., 1895, 2, 30); Douai, 19 avril 1902 (*ibid.*, 1902, 2, 155); trib. paix Paris, 9 septembre 1908 (*La Loi*, 10 septembre 1908) (abus); trib. Seine, 7 mai 1921 (*Gaz. des trib.*, 1921, 2, col. 267).

(2) Grenoble, 19 novembre 1919 (*Gaz. du pal.*, 1921, 128).

(3) Montpellier, 29 février 1909 (D. P., 1909, 5, 7).

(4) Lyon, 23 mars 1894 (D. P., 1894, 2, 305) avec note Planiol.

(5) Cass. fr., 8 juin 1896 (SIR., 1897, 1, 25) et note.

(6) Trib. Besançon, 31 décembre 1909 (D. P., 1910, 5, 22).

(7) Lyon, 22 janvier 1892 (*Gaz. du pal.*, 1892, p. 397); cass. fr., 31 octobre 1916 (D. P., 1916, 1, 247); Chambéry, 4 février 1910 (*ibid.*, 1911, 2, 187); trib. comm. Seine, 19 décembre 1919 (*Gaz. du pal.*, 1920, 3, 389).

(8) Voy. CORNIL, *Droit privé*, p. 116.

B. — BELGIQUE.

276. Les dispositions du Code pénal français de 1810 consacrant l'inégalité juridique du patron et de l'ouvrier restèrent longtemps en vigueur en Belgique. Puis, remplacées sans modifications sérieuses par les articles 346 et 347 lors de la révision du Code pénal, elles furent renforcées à la suite de l'agitation ouvrière de la fin du XIX^e siècle. Le 3 mai 1892, le Gouvernement fit voter par surprise (1) le fameux article 310 du Code pénal qui en fait équivalait à une interdiction complète de la cessation collective du contrat de travail. Nos tribunaux n'eurent dès lors pas l'occasion de faire comme en France application civile de la théorie étudiée.

277. L'article 310 a été abrogé et remplacé par la loi garantissant la liberté d'association. Le législateur belge édictant des sanctions pénales là où la jurisprudence française prononce des condamnations civiles, décida que le fait de subordonner même en respectant les préavis d'usage, l'exécution du contrat de travail soit à l'affiliation, soit à la non-affiliation d'une ou plusieurs personnes à une association était constitutif d'infraction s'il était commis méchamment et dans le but de porter atteinte à la liberté d'association. Ce texte est louable. Il a déjà été examiné (2).

278. Signalons que notre jurisprudence estime également que la grève rompt le contrat de travail et qu'il y a abus de droit (3) si le préavis n'est pas respecté par le patron (4) ou l'ouvrier (5).

(1) *Ann. parl.*, 13 mai 1892.

(2) Voy. p. 152.

(3) Cons. prud'hom., Charleroi, 19 mai 1890 (*Pand. pér.*, 1890, n° 4754 et 1^{er} mai 1890 (*Journ. prud'hom.*, 1891, p. 190).

(4) Trib. Liège, 11 août 1877 (*Pasic.*, 1879, III, 17).

(5) J. de P. Seraing, 16 août 1891 (*Pand. pér.*, 1891, n° 647); J. de P. Gosselies, juin 1891 (*Journ. prud'hom.*, 1891, p. 185); cons. prud'hom. Eclloo, 6 janvier 1896 (*Rev. du trav.*, 1896, p. 403); cons. prud'hom. Dour,

§ 5. — PROMESSE DE MARIAGE.

279. La matière des fiançailles, minutieusement réglée par l'ancien droit français, est passée sous silence par le Code civil. Certains auteurs tels que Toullier (1), Merlin (2), Zachariæ (3) voient dans les fiançailles un contrat synallagmatique dont l'inexécution justifie l'allocation de dommages et intérêts par application de l'article 1142. Cette solution est difficilement conciliable avec le silence du code. Il faut admettre que le législateur a omis de parler des fiançailles pour bien indiquer son intention de ne leur conférer aucun caractère obligatoire et pour consacrer la liberté absolue du mariage (4). L'inexécution de la promesse ne peut entraîner de responsabilité contractuelle au sens de l'article 1142. Les fiançailles créent néanmoins un lien contractuel. On peut avec Demogue les classer dans les avant-actes (5). Elles restent un engagement réciproque, une convention *sui generis*.

Seulement, en vue de respecter le principe de la liberté du mariage, il est admis que les parties peuvent mettre fin à cet engagement quand il leur convient. Le droit de rompre les fiançailles *ad nutum* est reconnu, tout comme le droit de rompre *ad nutum* un contrat de louage de services. Ici encore la jurisprudence est intervenue pour limiter l'exercice de ce droit qui acquerrait un caractère anormal par un usage antisocial ou intentionnellement nuisible.

9 septembre 1897 (*ibid.*, 1897, p. 936); J. de P. Hollogne, 8 août 1900 (*J. J. de P.*, 1901, p. 105); trib. Liège, 6 février 1908 (*Pand. pér.*, 1908, n° 273).

(1) *Répert.*, v° *Fiançailles*.

(2) T. VI, nos 293-303.

(3) *Droit civil*, § 457.

(4) D.-C. ANGELESICO, *Des promesses de mariage*. Paris, 1911; R. ANGELESICO, *De la rupture des promesses de mariage*. Paris, 1914.

(5) *Des obligations*, t. II, p. 41 à 62.

A. — FRANCE.

280. Il est couramment admis que le fiancé qui par une rupture brusque (1), non légitimement motivée (2), capricieuse (3) met fin à son engagement et cause à son cocontractant un préjudice moral (4) ou matériel (frais de toilette et dépenses diverses en vue du mariage (5), abandon d'un commerce ou d'un emploi) (6) est tenu à la réparation du dommage. Une simple légèreté dans la façon d'agir suffit (7), notamment si la rupture a lieu à la veille du mariage (8) ou si les relations ont eu une durée particulièrement longue (9). Le fait que le fiancé a un passif hypothécaire (10) insoupçonné ou que l'on a des doutes sur sa conduite (11) ne suffit pas à justifier une reprise de parole, s'il y a eu imprudence dans la manière dont l'engagement a été contracté.

281. Quelles bases légales la jurisprudence et la doctrine donnent-elles à ces condamnations? La plupart des décisions invoquant l'article 1382, emploient cette formule vague: « Celui qui sans motif légitime rompt un projet de mariage peut, par sa faute, causer à l'autre futur époux un dommage qu'il doit être tenu de réparer ».

(1) Cass. fr., 16 janvier 1877 (*D. P.*, 1877, 1, 88); Rennes, 10 juillet 1906, (*ibid.*, 1907, 2, 70); trib. Lyon, 2 mai 1875 (*ibid.*, 1877, 1, 88).

(2) Bordeaux, 16 mars 1910 (*Gaz. du pal.*, 1910, 8, 428); trib. Dunkerque, 14 février 1913 (*ibid.*, 1913, 2, 472); Lyon, 5 février 1913 (*Sir.*, 1914, 2, 47); trib. sup. Colmar, 29 mars 1922 (*Rev. jur. Alsace-Lorraine*, 1922, 504) avec note Wilhelm; Poitiers, 13 novembre 1922 (*Gaz. pal.*, 1923, 1, 31).

(3) Nancy, 16 juin 1920 (*Gaz. du pal.*, 1921); Paris, 2 juin 1894 (*D. P.*, 1895, 2, 86).

(4) Trib. Evreux, 22 juillet 1902 (*Gaz. du pal.*, 1902, 2, 313).

(5) Nîmes, 17 mai 1882 (*Sir.*, 1883, 1, 565).

(6) Trib. Seine, 6 mars 1923 (*Gaz. du pal.*, 5 mai 1924); Lyon, 5 février 1913 (*Gaz. du pal.*, 1913, 1, 473); Dijon, 5 février 1892 (*Sir.*, 1892, 2, 197).

(7) Trib. Lyon, 5 juin 1892 (*Gaz. du pal.*, 1892, 1, 205).

(8) Chambéry, 20 mars 1907 (*D. P.*, 1908, 5, 6).

(9) Trib. Alger, 7 mai 1914 (*Gaz. des trib.*, 1914, II, 32).

(10) Chambéry, 20 mars 1907 (*D. P.*, 1908, 5, 6).

(11) Paris, 16 octobre 1913 (*Gaz. du pal.*, 1913, 2, 504).

La faute aquilienne peut-elle être invoquée? Le fait de la rupture est incontestablement licite. Dès lors, comment un fait licite, l'exercice d'un droit reconnu et protégé, peut-il être constitutif de faute? Les tribunaux ne résolvent pas la question juridique. Les uns ont recours à des généralités voulues, révélatrices de leurs hésitations; d'autres rendent des décisions de fait en disant : la faute ne réside pas dans la rupture mais dans les circonstances qui l'accompagnent, ce qui est simplement déplacer la question.

En réalité, à raison de l'inapplicabilité de l'article 1142 et de l'article 1382 (à rejeter tant qu'on lui conserve sa conception classique éclairée par l'adage : *qui suo jure utitur neminem lædit*), seule la théorie de l'abus du droit paraît fournir à la responsabilité pour rupture de promesse de mariage un fondement juridique (1).

Pierre Colin, dans une thèse récente sur les fiançailles, en droit comparé (2) démontre qu'aucun texte ne prévoit cette responsabilité et qu'il conviendrait de doter cette matière d'une organisation légale se rattachant à la nature contractuelle de la promesse. Demogue, peut-être inspiré par un désir trop vif de soutenir sa théorie des avant-actes, estime qu'en l'occurrence la théorie de l'abus du droit, auquel il est par ailleurs si favorable, ne le satisfait pas entièrement. « Elle explique bien la responsabilité de la rupture faite pour nuire mais non celle de rupture imprudente », écrit-il (3). N'est-ce pas une erreur? Nous avons déjà signalé nombre de cas dans lesquels l'abus se révélait non pas uniquement par une intention méchante mais simplement par une légèreté, par une imprudence donnant à l'exercice du droit un caractère antisocial. Il convient de ne pas s'attacher

(1) *Contra* : R. ANGELESCO, *op. cit.*, p. 92; D. ANGELESCO, *op. cit.*, p. 75.

(2) Paris, 1921, p. 23.

(3) *Des obligations*, t. II, p. 55.

seulement au critérium de l'intention. Au surplus Demogue ne dit-il pas lui-même (1) qu'il faut également envisager le défaut d'intérêt ou l'absence de motifs légitimes comme signes révélateurs d'un abus. Ne justifie-t-il pas, par l'abus des droits la responsabilité pour action téméraire? N'admet-il pas enfin la conception objective de la thèse étudiée?

Une seule décision se plaçant nettement sur le terrain de l'abus des droits peut être relevée. C'est un jugement du tribunal de Chartres du 21 janvier 1897 (2). Nous y notons cet attendu : « Lorsque deux personnes se sont promis le mariage, elles sont libres de se rétracter et cela ne constitue point la violation d'une obligation valable. En l'espèce le défendeur n'a fait qu'user de son droit. Il n'y aurait faute que s'il avait abusé de ce droit, guidé par un sentiment de méchanceté ou coupable de quelque négligence ».

B. — BELGIQUE.

282. La jurisprudence belge a adopté les tendances de la jurisprudence française; elle appuie ses décisions de la même argumentation imprécise. Les premiers jugements et arrêts prirent bien soin d'indiquer qu'ils faisaient application de l'article 1382 et non de l'article 1142 (3) mais aucun ne rencontra l'objection fondée sur l'adage : *qui suo jure utitur neminem lædit*. Ils condamnèrent le fiancé ayant rompu sans motifs légitimes (4), en faisant preuve d'une coupable légèreté (5), ou par caprice (6) ou même impru-

(1) *Op. cit.*, t. IV, p. 372.

(2) *Gaz. des trib.*, 28 janvier 1897.

(3) Anvers, 22 juillet 1881 (*Pasic.*, 1882, III, 12); Bruxelles, 14 mai 1867 (*ibid.*, 1868, II, 153).

(4) Bruxelles, 2 août 1865 (*Pasic.*, 1866, II, 79); Verviers, 4 mars 1891 (*Cl. et B.*, t. XXXIX, 237).

(5) Trib. Bruxelles, 9 mars 1892 (*Belg. jud.*, 1892); Tournai, 9 avril et 2 juin 1897 (*Pasic.*, 1897, III, 277); trib. Bruxelles, 18 janvier 1902 (*Journ. des trib.*, 1902, col. 279), et 24 décembre 1902 (*Pasic.*, 1903, III, 173).

(6) Trib. Liège, 2 novembre 1895 (*Pasic.*, 1896, III, 35) et 1^{er} mars 1893 (*Journ. des trib.*, 1893, col. 487).

demment (1). Doit être réparé le préjudice moral ou matériel occasionné soit à la future épouse, soit au père de celle-ci (2), par une rupture injustifiée après la publication des bans (3), la rédaction du contrat (4) ou le jour même du mariage (5), surtout si les relations durent depuis plusieurs années (6). Ne furent pas admises comme raisons sérieuses de rupture, soit l'opposition d'un ascendant si le futur époux connaissait déjà cette opposition en se fiançant (7) soit la différence de condition sociale et le jeune âge de la femme (8).

Certaines décisions reconnurent à la promesse de mariage une nature contractuelle. Tel ce jugement du tribunal de Gand (9), en constatant que : « le défendeur n'invoque aucun grief pour justifier l'inexécution de son engagement » et cet autre du tribunal de Liège (10), en déclarant : « que celui qui manque sans motif à sa promesse engage sa responsabilité ».

283. Vers 1890, un mouvement se dessina à la suite de l'argumentation renouvelée avec persistance et tendant à faire admettre que l'usage d'un droit ne peut entraîner de responsabilité. Les tribunaux eurent recours à l'expédient que nous signalions plus haut. Alors que tous les jugements invoquant l'article 1382 avaient nettement affirmé jusque-là que la rupture même engageait la responsabilité, un arrêt de Bruxelles (11) et ensuite une série de décisions (12) ne retinrent pas la rupture

(1) Tongres, 11 avril 1893 (Cl. et B., t. XLI, 367).

(2) Bruxelles, 11 janvier 1893 (*Pasic.*, 1893, III, 133).

(3) Trib. Bruxelles, 2 février 1905.

(4) Anvers, 7 mars 1891 (*Pasic.*, 1891, III, 267).

(5) Gand, 7 novembre 1891 (*Pasic.*, 1892, II, 128).

(6) Ypres, 2 décembre 1892 (*Pan. pér.*, 1893, 1743).

(7) Trib. Verviers, 27 mai 1891 (Cl. et B., t. XXXIX, 447).

(8) Verviers, 4 avril 1900 (*Jur. cour Liège*, 1900, 124).

(9) Trib. Gand, 3 janvier 1894 (*Pasic.*, 1894, III, 350).

(10) Trib. Liège, 22 juillet 1919 (*Pasic.*, 1920, III, 111).

(11) Bruxelles, 1^{er} mars 1898 (*Pasic.*, 1898, II, 216).

(12) Nivelles, 15 février 1899 (*Pasic.*, 1899, III, 169); Liège, 15 mars 1899 (*ibid.*, 1899, II, 341); trib. Bruxelles, 26 novembre 1901 (*Pand. pér.*, 1902,

comme génératrice de responsabilité mais seulement les circonstances accompagnant celle-ci. Cette hésitation du juge à motiver juridiquement une décision qu'il sent équitable et sociale révèle une fois de plus l'insuffisance du code. Cet embarras se manifeste encore mieux dans certains jugements déclarant « circonstances accompagnant la rupture », le fait qu'elle a lieu par pur caprice (1), ou que la manière de rompre est abusive (2), ou encore que le fiancé agit avec une légèreté coupable (3). Ce sont là autant de considérations qui qualifient la rupture mais non pas des faits indépendants de celle-ci. Actuellement ces distinctions subtiles sont abandonnées. Des décisions récentes ont reconnu « que la rupture constitue elle-même l'élément d'un quasi-délit » (4), ou « que la rupture soudaine sans motif avouable est une faute » (5). Nous nous retrouvons alors en présence de cet argument : « un fait licite ne peut être constitutif de faute ». C'est un cercle vicieux d'où la jurisprudence ne sortira que par l'adoption de la théorie de l'abus des droits, sauf intervention du législateur.

§ 6. — ENTREPRISES.

284. Lorsqu'une convention d'entreprise précisée quant à son objet et son prix n'a pas de terme fixé et que ni la convention, ni la nature de l'entreprise ne permettent d'assigner une limite aux obligations litigieuses, il est permis à chacune des parties de dénoncer le contrat. Mais, déclare la cour de Bruxelles (6), ce droit de renonciation ne peut être exercé

429); Bruxelles, 7 novembre 1906 (*Belg. jud.*, 1907, col. 956); Gand, 3 novembre 1922 (*Belg. jud.*, 1923, col. 602).

(1) Trib. Liège, 19 février 1907 (*Pasic.*, 1907, III, 146).

(2) Trib. Gand, 20 mars 1907 (*Pasic.*, 1908, III, 57).

(3) Anvers, 24 novembre 1922.

(4) Anvers, 6 juillet 1907 (*Belg. jud.*, 1907, col. 1198).

(5) Bruxelles, 17 juin 1922 (*Belg. jud.*, 1922, col. 628); trib. Liège, 14 avril 1922 (*Pasic.*, 1922, III, 157).

(6) Bruxelles, 13 août 1859 (*Pasic.*, 1861, II, 382).

à contretemps ou de mauvaise foi. De même les obligations dont l'exécution est successive (enlèvement de la tannerie produite par une industrie) et qui sont conclues sans détermination de durée, ne peuvent lier indéfiniment le débiteur. Il a le droit d'y mettre fin par sa seule volonté. Il abuserait néanmoins de ce droit s'il l'exerçait intempestivement ou d'une manière dommageable pour son créancier (1).

§ 7.3 — LOUAGE DE CHOSSES.

285. Les usages qui en matière de baux à ferme et à loyers sans durée déterminée exigent l'observation d'un préavis de congé variable ne sont qu'une application de plus de ce principe que le droit de résiliation du propriétaire ne peut être exercé d'une manière antisociale. Le législateur français a, par l'article 14 de la loi du 17 mars 1909, adopté le même principe. Il a décidé que le bailleur d'un immeuble à usage commercial ne peut poursuivre la résiliation du bail, sans prévenir les créanciers au profit desquels le fonds de commerce fait l'objet d'un nantissement (2). L'intérêt particulier du propriétaire est limité par l'intérêt social auquel obéit le législateur en organisant le nantissement des fonds de commerce.

CHAPITRE VII. — Conflit entre hypothèques générales et hypothèques spéciales.

286. L'examen de l'application de la théorie de l'abus aux droits du créancier nanti d'une hypothèque générale sur les biens de son débiteur paraît plutôt devoir rentrer dans l'étude de l'exercice anormal des droits subjectifs

(1) Trib. Gand, 1^{er} mars 1876 (*Belg. jud.*, 1876, col. 557).

(2) Trib. civ. Seine, 22 mars 1922 (*Gaz. des trib.*, 20 mai 1922).

en matière d'exécution du contrat. Nous ne l'avons pas compris dans ce chapitre parce que le droit du créancier hypothécaire ne dérive pas nécessairement du contrat. Il arrive fréquemment surtout en matière d'hypothèques générales que le droit du créancier lui soit conféré par la loi.

Nous consacrerons donc à cet examen un chapitre spécial.

La question du conflit entre hypothèques générales et spéciales est une des matières les plus délicates du droit civil. Un débiteur possède deux immeubles. Une hypothèque générale frappe l'ensemble de ses biens à concurrence de la valeur de l'un des immeubles. Le créancier protégé par l'hypothèque générale a le droit de choisir l'immeuble sur lequel l'hypothèque sera colloquée (1). Or, de son choix dépendra le sort de la créance protégée par l'hypothèque spéciale. S'il choisit l'immeuble sur lequel elle porte, le privilège disparaît. Premier résultat contraire à l'équité. Un cas plus extraordinaire peut se présenter. Le débiteur possède trois immeubles. Une hypothèque spéciale grève deux des immeubles. Le débiteur emprunte alors à un troisième créancier et lui consent une hypothèque spéciale sur le troisième immeuble. Que fait alors le troisième créancier ? Il rembourse le créancier nanti d'une hypothèque générale, est subrogé dans ses droits et fait porter sa collocation sur les deux premiers immeubles. Il obtient ainsi, bien que dernier créancier inscrit, aux dépens des deux autres créanciers restants, le remboursement intégral de ses deux créances (2). « Résultat absolument choquant » s'écrient Colin et Capitant (3), mais résultat toléré et voulu par le code.

La jurisprudence, impuissante à faire disparaître ou à

(1) LAURENT, t. XXX, n° 186.

(2) Cass. fr., 9 mai 1905 (*Gaz. trib.*, 1905, I, 200).

(3) COLIN et CAPITANT, t. II, p. 961. Voy. BAUDRY-LAGANTINERIE, t. III, n° 1958.

atténuer ces iniquités, y a pourtant apporté certains tempéraments, qui ne sont que des applications excellentes de la théorie étudiée.

SECTION I^{re}. — France.

287. Citons tout d'abord un arrêt de la cour de Paris (1) qui décida, adoptant les motifs d'un jugement du tribunal de Joigny, « qu'on ne doit pas souffrir que le créancier avec hypothèque générale restreigne volontairement sa collocation à tel ou tel immeuble, de manière à faire manquer les fonds sur le créancier premier inscrit avec l'hypothèque spéciale; qu'en ce cas, le créancier porteur d'une hypothèque générale n'a que le droit de demander sa collocation en ordre utile; que les droits respectifs des créanciers hypothécaires doivent être combinés de manière à prévenir tout *dommage non nécessaire* ».

Ces principes furent implicitement admis le 17 août 1830 par la cour de cassation de France (2). Elle rejetait un pourvoi dirigé contre un arrêt de Lyon. Celui-ci avait décidé que lorsque plusieurs immeubles d'un même propriétaire sont grevés d'une première hypothèque générale, et que chacun de ses immeubles est aussi grevé d'hypothèques spéciales de dates différentes, le droit du créancier avec hypothèque générale de se faire payer sur tel immeuble que bon lui semble, ne peut aller jusqu'à produire cet effet que celui du créancier avec hypothèque spéciale, dernier en date, soit payé par préférence à celui qui est le premier en date, par le mécanisme de la subrogation. « Un tel système blesserait les premières notions du droit et de l'équité ». La cour suprême adopta du reste à nouveau ces principes

(1) *Pasic. des cours d'appel*, 1815-1818, p. 313.

(2) *Pasic. cour cass. française*, 1828-1830, p. 772.

le 22 avril 1856 (1) en approuvant un arrêt de la cour de Rouen. Celle-ci avait refusé au créancier à hypothèque générale le droit de faire porter son hypothèque sur un seul immeuble en cédant son droit d'antériorité quant aux autres immeubles, alors qu'il était établi que la dite cession avait été dictée « non par un sentiment légitime, mais inspirée uniquement par une pensée et dans un but que la justice ne peut admettre ».

Et plusieurs décisions dans la suite ont admis que le droit de collocation sur un seul immeuble, appartenant au créancier à hypothèque générale, ne pouvait être exercé sans intérêt légitime et sérieux (2) ou par pure malice (3).

SECTION II. — Belgique.

288. La cour de Bruxelles mise en présence du conflit posait ce principe le 15 février 1843 (4) « qu'il fallait enlever au créancier à hypothèque générale la faculté d'anéantir une hypothèque spéciale par pur caprice ».

La loi de 1851, organique de notre régime hypothécaire, muette sur la question qui nous occupe, a laissé subsister les difficultés mais elle ne reconnaît plus que des hypothèques spéciales. Le concours, moins fréquent, reste possible entre hypothèques spéciales portant sur plusieurs immeubles et hypothèques spéciales portant sur un seul (5). Nos cours et tribunaux saisis de la question ont admis parfois le principe de la répression de l'abus du droit du créancier. Ainsi le tribunal de Bruxelles a estimé : « que la validité d'une

(1) D. P., 1856, 1, 326.

(2) Cass. fr., 18 juillet 1893; Bordeaux, 6 août 1891 (D. P., 1894, 1, 113); trib. Lyon, 4 juin 1902 (*Rec. gén. notari. et enreg.*, 1913, 737); cass. fr. (req.), 9 mai 1905 (*Gaz. du pal.*, 1905, 2, 44).

(3) Rennes, 29 juillet 1895 (D. P., 1896, 2, 71).

(4) *Pasic.*, 1843, II, 202.

(5) Voy. sur la question, CLOES, *Privilèges et hypothèques*, t. II, 971.

cession d'antériorité pouvait être contestée si le cédant l'avait consentie dans le but unique de frustrer un créancier postérieur ou de le favoriser au préjudice d'un autre » (1). Dans une espèce, il a été reconnu au créancier ayant hypothèque sur deux immeubles appartenant à des propriétaires différents, le droit de donner mainlevée de l'hypothèque portant sur l'un des immeubles et d'exercer son droit de suite sur l'autre, en privant ainsi le tiers détenteur du second immeuble de la faculté d'exercer la subrogation, « à moins qu'il n'obéisse à une pensée de fraude ou de méchanceté » (2).

Cependant d'autres décisions ont refusé de limiter le droit du créancier, en invoquant l'adage : *qui suo jure utitur neminem lædit* (3).

Il nous paraît indispensable d'adopter définitivement à cet égard le principe admis par notre cour de cassation : « celui qui entre plusieurs manières d'exercer son droit, choisit sans nécessité la seule qui soit préjudiciable, engage sa responsabilité ».

CHAPITRE VIII. — L'abus des droits en droit administratif.

289. Le rôle joué par la théorie étudiée en matière de contentieux administratif est considérable. Le système français est totalement différent du système belge. Dans un avis désormais célèbre, M. le premier avocat général près la cour de cassation Paul Leclercq démontrait en 1920, que pour avoir oublié cette opposition profonde, nos juridictions avaient versé dans l'erreur pendant près de trois quarts de siècle (4).

(1) 17 novembre 1869 (Cl. et B., t. XIX, 212).

(2) Bruxelles, 22 mars 1899 (*Pasic.*, 1899, II, 217).

(3) Liège, 5 avril 1862; cass., 13 mars 1863 (*Pasic.*, 1863, I, 268); Mons, 21 décembre 1834 (Cl. et B., t. XIV, p. 316).

(4) Cass., 5 novembre 1920 (*Pasic.*, 1920, I, 193).

Nous devons donc à nouveau suivant le système adopté jusqu'ici distinguer les applications de notre théorie en France et en Belgique.

SECTION I^e. — France.

§ 1^{er}. — LE DÉTOURNEMENT DE POUVOIR.

290. Les juridictions administratives françaises ont élaboré vers la fin du XIX^e siècle la théorie dite du détournement de pouvoir (1). Qu'est-ce que le détournement de pouvoir? Il serait téméraire de vouloir en donner une définition plus claire que celle relevée dans le *Traité de droit administratif* de HAURIOU (2) : « C'est le fait d'une autorité administrative qui tout en accomplissant un acte de sa compétence, tout en observant les formes prescrites, tout en ne commettant aucune violation formelle de la loi, use de son pouvoir dans un but et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré, c'est-à-dire autre que le bien du service ».

Ce simple énoncé montre clairement la relation étroite de cette conception avec la théorie de l'exercice antisocial des droits subjectifs. Cette relation apparaît évidente si l'on envisage les applications faites de ce principe par le Conseil d'Etat. En l'invoquant, il a notamment annulé la décision d'un maire interdisant sous prétexte de sauvegarder la salubrité publique, l'entrée dans la commune de viandes abattues ailleurs que dans l'abattoir communal, cette décision n'ayant en réalité qu'un but fiscal (3); d'un préfet ordonnant la fermeture d'une fabrique non en vue de supprimer un établissement dangereux mais pour obéir à des instructions du Ministre des finances prévoyant l'expropriation prochaine

(1) EBREU, *La théorie du détournement de pouvoir* (thèse, Lyon, 1901).

(2) 10^e édit., p. 455. Paris, 1921.

(3) Cons. d'Etat, 22 mai 1896 (SIR., 1897, I, 121) et note Hauriou.

de cette usine (1); d'un maire subordonnant l'autorisation d'une fête publique à la condition qu'une personne déterminée ne soit pas choisie comme trésorier du comité d'organisation (2). En l'adoptant il a de même déclaré illégal les refus d'agrément systématiquement opposés par un ministre à tous les candidats avoués désignés en vertu d'une prérogative légale par un prédécesseur démissionnaire, si ces refus tendent à obtenir la suppression de la charge litigieuse (3); la subvention accordée à une boulangerie sous le prétexte de favoriser la salubrité publique, si d'autres boulangers sont déjà établis dans la même commune (4); la suspension d'un agent inspirée par un intérêt privé et ne répondant pas au pouvoir de sauvegarde des intérêts publics confiés à l'auteur de cette décision (5); le règlement communal d'une ville maritime obligeant les pêcheurs à passer par les facteurs de la halle, pris non dans un but de police mais dans un but fiscal (6); l'adoption d'un plan d'alignement dressé en vue de favoriser l'établissement d'un chemin de fer local sans devoir recourir à une expropriation (7); le refus d'autorisation de bâtir dicté également par l'idée d'éviter une expropriation (8). Inspiré par les mêmes principes, le Conseil d'État a encore estimé qu'un maire commettait un détournement de pouvoir si, sous prétexte de veiller au bon ordre du cimetière, il refusait une demande de concession perpétuelle faite par quelques familles de soldats tués, en n'obéissant qu'à des préoccupations d'ordre politique ou

-
- (1) Cons. d'Etat, 15 février 1895 (D. P., 1896, 3, 21).
 - (2) Cons. d'Etat, 14 janvier 1910 (D. P., 1911, 3, 125).
 - (3) Cons. d'Etat, 22 mars 1901 (D. P., 1902, 3, 64) et note.
 - (4) Cons. d'Etat, 1^{er} février 1901 (SIR., 1901, 3, 41) et note Hauriou.
 - (5) Cons. d'Etat, 16 novembre 1900 (SIR., 1901, 3, 57) et note Hauriou.
 - (6) Cons. d'Etat, 21 décembre 1900 (SIR., 1903, 3, 57).
 - (7) Cons. d'Etat, 17 janvier et 14 février 1902 (SIR., 1903, 3, 97).
 - (8) Cons. d'Etat, 3 août 1900 (SIR., 1902, 3, 41) et note Hauriou.

confessionnel (1); ou si dans un intérêt essentiellement fiscal il s'oppose à la réalisation de travaux confortatifs (2); refuse ou retire une permission de voirie (3); interdit l'extraction du sable (4) ou prend un ensemble de mesures « abusives » bien que correctes dans la forme (5). Dans chacun de ces cas, le détenteur d'une parcelle de la puissance publique n'exerce pas son pouvoir dans le but en vue duquel il lui est conféré. C'est l'abus de droit par exercice antifinaliste.

291. Hauriou, le premier, a remarqué cette assimilation de la théorie civiliste de l'exercice antisocial des droits réalisée par les juridictions administratives sous le nom de détournement de pouvoir. En 1901, dans une note au Sirey (6) il comparait la théorie du détournement de pouvoir « à la doctrine des buts » et écrivait : « Il est très vrai que les pouvoirs des hommes, aussi bien ceux des collectivités que ceux des individus, sont justifiés par le but à atteindre et que dans la considération de ces buts on peut trouver le principe d'une limitation des pouvoirs ». En 1902 (7) cependant il rejetait le quasi-délit administratif et invoquait le quasi-contrat se cachant au fond de toutes les opérations de gestion publique. En 1905 (8), reconnaissant son erreur, il optait définitivement pour la théorie de l'abus des droits et établissait dans une longue note, du plus haut intérêt, une assimilation presque complète entre la thèse civiliste et la thèse administrative. Son idée, reprise depuis, a fait l'objet d'une thèse fort claire de Laperre (9). Demogue dans son

-
- (1) Cons. d'Etat, 25 novembre 1921 (D. P., 1923, 3, 7).
 - (2) Cons. d'Etat, 10 août 1923 (D. P., 1923, 3, 69).
 - (3) Cons. d'Etat, 14 novembre 1913 et 3 janvier 1914 (D. P., 1920, 3, 20).
 - (4) Cons. d'Etat, 6 juin 1913 (D. P., 1919, 3, 19).
 - (5) Cons. d'Etat, 27 février 1903 (SIR., 1905, 3, 17).
 - (6) SIR., 1901, 3, 57.
 - (7) SIR., 1902, 3, 42.
 - (8) SIR., 1905, 3, 17.
 - (9) *L'abus du droit et le détournement de pouvoir*. Toulouse, 1913.

Traité des obligations hésite à l'admettre (1) parce que, dit-il, dans le cas d'abus du droit il y a réparation tandis qu'en matière de détournement de pouvoir, il y a annulation d'un acte. Il semble ici rejeter la conception élargie de la théorie étudiée, conception qu'il adopte pourtant par ailleurs.

Remarquons dès maintenant qu'en matière civile, nous avons déjà rencontré ces cas d'abus du droit entraînant l'annulation de l'acte incriminé. L'action paulienne en est un exemple. La théorie de l'utilité sociale des contrats remplaçant celle de la cause illicite, théorie soutenue par Demogue lui-même, en fournit d'autres.

§ 2. — LA RESPONSABILITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE.

292. Ce n'est pas seulement en matière de détournement de pouvoir que le droit administratif se laisse considérablement influencer par notre doctrine. Sans vouloir réexposer même brièvement toute la question de la responsabilité de la puissance publique, ce qui dépasserait singulièrement le cadre de notre travail, il convient de signaler la tendance actuelle à baser cette responsabilité sur la théorie de l'exercice antisocial des droits. M. Marcq avait déjà envisagé la possibilité de la justifier par la théorie de l'abus des droits (2). Voyant en celle-ci plus une conception élargie de la faute rentrant dans le cadre civil de la responsabilité quasi délictuelle qu'un principe général de réglementation juridique recherchant la finalité et la destination sociale normale des droits et des pouvoirs, il préféra se rallier à la notion de l'égalité de tous devant les charges publiques. M. Hauriou, dans l'édition la plus récente de son *Précis de droit administratif* (3), définit comme suit

(1) *Des obligations*, t. IV, p. 351 et 380.

(2) MARCQ, *Responsabilité de la puissance publique*, p. 255 et 256.

(3) HAURIUO, *Droit administratif*, édit. 1921, t. I^{er}, p. 382, note 1; p. 383, note 1 et p. 385, note 1.

le principe général de la responsabilité de la puissance publique : « enrichissement sans cause d'un patrimoine administratif à la suite d'un dommage spécial causé à un tiers par un droit exorbitant ou par l'exercice exorbitant d'un droit de l'administration ». Et, ajoute-t-il, la notion de l'exercice exorbitant d'un droit ordinaire ou d'un droit exorbitant « pourrait se ramener à une théorie élargie de l'abus du droit qui serait celle de l'activité juridique anormale ou exceptionnelle par rapport au droit commun du commerce juridique ». C'est le véritable sens sous lequel la théorie étudiée doit être envisagée. Hauriou reconnaît au principe de l'égalité des charges une valeur certaine mais estime que si c'est un idéal dont le législateur devrait s'inspirer, il est impossible, en l'absence de tout texte, que le juge l'invoque pour justifier une condamnation de l'administration. C'est un reproche que l'on pourrait adresser tout aussi bien à la conception par lui adoptée. Au fond, une conciliation n'est-elle pas possible entre une théorie élargie de l'exercice antisocial des droits et le principe de l'égalité des charges ? Selon nous, la responsabilité de l'administration est engagée chaque fois qu'elle use anormalement des droits et des pouvoirs qui lui sont conférés dans l'intérêt exclusif de ses administrés, ou chaque fois que l'équilibre se rompt entre l'appauvrissement social résultant du préjudice causé et l'avantage social produit par le fait incriminé. La notion de l'égalité des charges peut être considérée ainsi comme un adjuvant du principe de l'abus des droits. La rupture de l'égalité entre les individus devient non par elle-même le fondement de la responsabilité; elle est seulement l'élément révélateur et la preuve, parfois la cause de l'appauvrissement social. Si le fait de la puissance entraîne une inégalité des charges, la preuve de l'exercice antifinaliste de la fonction de l'administration est rapportée. Ainsi considérée la rupture de l'égalité des charges est l'un des critères du caractère abusif de l'exercice des droits.

293. Deux décisions récentes dans un autre ordre d'idées ont nettement invoqué contre l'administration la théorie étudiée. En 1914, l'autorité militaire réquisitionne un immeuble et y installe un hôpital. En 1915, un incendie y éclate. Le propriétaire réclame réparation du dommage. L'État résiste et les lenteurs administratives aidant, plusieurs années se passent avant que le propriétaire obtienne son dû. La cour de Dijon condamna l'État au paiement de dommages et intérêts supplémentaires, celui-ci « ayant abusé de son droit en résistant d'une manière excessive et non fondée à l'action de la partie adverse ». Sur pourvoi, la chambre des requêtes approuva l'arrêt de Dijon (1).

En vertu du contrat de concession de service public, qui lie l'État français et la direction de l'Opéra comique, le Ministre de l'instruction publique est fondé à rapporter l'arrêté de nomination des directeurs « si à raison de circonstances qu'il se réserve d'apprécier, ceux-ci ont cessé de mériter la confiance de l'administration ». Le 27 juillet 1913, le Conseil d'État admit qu'il y aurait lieu d'annuler la décision ministérielle « s'il était démontré que le Ministre avait abusé, en le détournant de son objet, du droit très étendu qu'il s'était conventionnellement réservé » (2).

SECTION II. — Belgique.

§ 1^{er}. — LE DÉTOURNEMENT DE POUVOIR.

294. M. Bourquin (3) signale dans son *Traité sur la protection des droits individuels contre les abus de pouvoir* que la jurisprudence belge se montre nettement réfractaire à la théorie du détournement de pouvoir. Il rappelle un arrêt de

(1) Cass. fr. (req.), 10 novembre 1920 (*Gaz. du pal.*, 1921, 1, 73) avec note critique.

(2) D. P., 1923, 3, 57 et note Appleton.

(3) *Op. cit.*, nos 57 à 59 et note p. 82.

cassation du 14 février 1910 (1), qui l'a catégoriquement repoussée en cassant un jugement du tribunal correctionnel de Huy qui l'avait admise. Depuis lors, notre plus haute juridiction a confirmé sa jurisprudence en déclarant le 29 juin 1920 (2) : « que le pouvoir judiciaire ne peut pas refuser d'appliquer un règlement fait dans les limites des pouvoirs conférés, en recherchant les mobiles qui ont déterminé l'administration à prendre des mesures réglementaires ». Il convient pourtant de mentionner deux décisions adoptant des principes opposés. L'une est due au tribunal de Mons (3). Celui-ci estima que la responsabilité d'un bourgmestre pouvait être engagée si, par esprit de vexation et dans la seule pensée de nuire, il se refusait à accomplir tel ou tel acte de ses attributions. L'autre est due au tribunal de Bruxelles (4). Celui-ci décida que des dommages et intérêts pouvaient être dû par un bourgmestre qui, sous prétexte d'insalubrité, ordonnait dans un but vexatoire la démolition d'un immeuble.

§ 2. — LA RESPONSABILITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE.

295. Si la théorie étudiée n'a pas pu s'imposer à notre droit administratif sous la forme du détournement de pouvoir, il semble que sa conception antifinaliste ait largement inspiré le revirement complet effectué par notre jurisprudence en matière de responsabilité de la puissance publique.

La distinction classique entre l'État souverain et l'État personne civile, mettant l'État souverain à l'abri de toute responsabilité, la difficulté de préciser la notion de faute engageant la responsabilité de la nation vont disparaître et faire place à une nouvelle conception de la puissance

(1) *Pasic.*, 1910, I, 94.

(2) *Revue de l'administration*, p. 354.

(3) Trib. Mons, 29 décembre 1897 (*Rev. admin.*, 1898, p. 233).

(4) Trib. Bruxelles, 10 avril 1901 (*Rev. admin.*, 1901, p. 442).

publique. L'idée de sa mission et la notion du but auquel répondent ses droits y contribueront pour une large part. Déjà on les voit apparaître dans les conclusions prises par l'avocat général à l'occasion de l'arrêt de cassation du 5 mars 1917 (1), première étape du redressement : « L'un des buts de l'organisation de la nation, disait M. Paul Leclercq, est la réalisation du droit... Comme les citoyens, elle doit obéissance aux lois; pour les modifier, elle se soumet aux prescriptions constitutionnelles. Elle se distingue des individus parce que détenant la force matérielle, elle peut la mettre au service du droit. *En user pour violer la loi serait de sa part acte contre nature, créateur de troubles sociaux, destructeur de sa propre existence.* » Voici nettement indiquée la notion de l'appauvrissement social.

La seconde étape du redressement, un arrêt de cassation du 29 avril 1920 (2), fait à l'État, poursuivant une expropriation pour cause d'utilité publique, une application de l'abus du droit d'ester en justice, en rejetant un pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour de Liège. Celui-ci déclarait fondée une demande reconventionnelle basée sur le fait que l'État avait intenté imprudemment son action.

Le redressement définitif est acquis par l'arrêt désormais célèbre du 5 novembre 1920. La cour de cassation, à l'occasion d'un litige relatif à la réparation du dommage causé par la chute d'un arbre planté sur la voie publique par la ville de Bruges, énonce ces principes : « Les gouvernants ne peuvent rien que ce qu'ils sont chargés de faire et sont comme les gouvernés soumis à la loi. Ils sont limités dans leur activité par les lois et notamment par celles qui organisent les droits civils; s'ils lèsent l'un de ces droits, le pouvoir judiciaire peut déclarer que leur acte

(1) *Pasic.*, 1917, I, 122 et suiv.

(2) *Pasic.*, 1920, I, 127.

a été accompli sans pouvoir, qu'il est illégal et constitutif de faute. »

Il est donc admis que la puissance publique est responsable dès qu'elle lèse un droit civil. Le terme « faute » employé par l'arrêt est peut-être erroné. Il n'y a pas faute au sens classique par le seul fait de la lésion d'un droit. L'arrêt décide que l'acte de l'administration est accompli sans droit dès qu'il en résulte une lésion du droit d'un particulier. Quelle est la justification de ce principe. Est-ce la rupture de l'égalité des charges? Est-ce la théorie du risque créé qui, nous l'avons déjà vu, se rapproche de la doctrine de l'abus des droits, et que l'on a comparée à celle de l'inégalité des charges? (1). Reconnaissons que cette justification, l'arrêt nous la donne et fort clairement : « *Les gouvernants ne peuvent rien que ce qu'ils sont chargés de faire.* » C'est une adhésion formelle à la conception de la finalité des droits.

La puissance publique organisée dans l'intérêt public se voit conférer certains droits ou pouvoirs dont elle est « chargée » d'user en vue du bien général. Si elle en use en lésant l'intérêt particulier, lésion qui n'est qu'une lésion détournée de l'intérêt général, elle abuse de son droit ou sort des limites de son droit, distinction qui, nous le verrons, ne correspond qu'à une querelle de mots.

Cette adhésion de notre plus haute juridiction à l'aspect finaliste de la théorie étudiée s'est enfin affirmée de la manière la plus nette le 16 décembre 1920 (2). Elle se rallia, pour rejeter un pourvoi, aux conclusions de M. le premier avocat général Paul Leclercq. Celui-ci s'était exprimé en ces termes : « De votre arrêt du 5 novembre 1920, il résulte que tout acte illicite ou toute faute, ou encore toute

(1) MARCO, *Responsabilité de la puissance publique*, p. 432.

(2) *Pasic.*, 1921, I, 65 et suiv.

lésion (1) d'un droit, ces termes sont synonymes, dont le pouvoir administratif est l'auteur, donne lieu à réparation judiciaire.» Et plus loin : « L'administration n'existe que pour assurer l'application de la loi, que pour protéger les citoyens; dès lors, si au lieu d'accomplir la mission, en vue de laquelle existence lui a été donnée, assurer l'exécution de la loi, l'administration trahit cette mission, elle viole la loi. On pourrait comprendre qu'on dise que sa responsabilité est plus stricte que celle des particuliers; eux ne sont pas chargés d'une semblable mission et, en commettant un acte illicite, ils ne renient pas complètement le principe même de leur existence.» Et plus loin : « La victime du dommage n'aura à prouver que la réalité de celui-ci. »

Nous verrons si cette distinction entre le droit de la puissance publique et celui du particulier doit être maintenue. Prenons acte dès maintenant du fait que c'est cette trahison par la puissance publique de sa mission, ou plus simplement l'exercice antifinaliste de son pouvoir qui constitue selon la jurisprudence belge actuelle la base de sa responsabilité (2). « Tous les actes gouvernementaux tendent à un seul but : atteindre les fins sociales par l'exercice d'une partie des pouvoirs qui émanent de la nation » (3). S'ils ne répondent pas à ce but, ils peuvent être générateurs de responsabilité.

(1) En ce sens encore, Bruxelles, 7 mars 1924 (*Pasic.*, 1924, II, 166), où l'on relève cet attendu : « Il suffit au point de vue de l'application de l'article 1382 qu'il y ait lésion d'un droit civil. »

(2) Voy. de même : Bruxelles, 26 juillet 1922 (*Pasic.*, 1923, II, 182); Liège, 12 janvier 1923 (*ibid.*, 1924, II, 45); cass., 13 décembre 1923 (*ibid.*, 1924, I, 82); Bruxelles, 7 mars 1924 (*ibid.*, 1924, II, 117).

(3) Cass., 12 juillet 1921 (*Pasic.*, 1921, I, 311 et 317).

CHAPITRE IX. — L'abus des droits en droit international privé.

296. Le droit international privé lui-même n'a pu se soustraire à l'influence de la théorie étudiée. De même qu'en droit administratif, la théorie particulière du détournement de pouvoir n'est qu'une application de la théorie générale de l'abus des droits, de même en droit international privé, la théorie spéciale de la « fraude à la loi » doit être assimilée à celle de l'exercice antisocial des droits. La règle *locus regit actum* laisse à chacun la faculté de réaliser des actes juridiques soumis à la législation du lieu où ils sont accomplis pour autant que l'ordre public des pays dans lesquels il en est fait état ne soit pas en cause.

Deux Belges peuvent se marier en Angleterre, conclure une vente immobilière en Italie, former une société en France. Le mariage sera célébré selon les formes prévues par la loi anglaise; la vente et la société seront régies par la loi italienne ou la française. Celui qui recherche ainsi l'application de la loi étrangère use d'un droit. Mais la jurisprudence admet très généralement que s'il n'use de ce droit qu'en vue de frauder une autre loi, d'éviter des prohibitions ou charges prévues par celle-ci, il y a un abus qui vicie l'acte juridique ainsi accompli ou s'oppose à ce que la législation frauduleusement recherchée soit appliquée (1). Voici quelques exemples : Deux époux désirant divorcer se firent naturaliser suisses pour tourner les dispositions de la loi française sur la dissolution du mariage. Sur poursuite du ministère public (Code civ., art. 184), le tribunal de la Seine et sur appel, la cour de Paris annulèrent le divorce, refusant de tenir compte

(1) Voy. LAURENT, *Droit intern. privé*, n^{os} 298 et 299.

de la naturalisation. « Attendu, disaient-ils, que la naturalisation de deux Français à l'étranger doit constituer de la part de ceux qui l'obtiennent *l'exercice d'un droit légitime et non l'abus d'une faculté*; que si, comme dans l'espèce, la naturalisation a été poursuivie exclusivement en vue de faire fraude à la loi française et d'en éluder certaines prohibitions fondamentales, elle ne saurait être invoquée à l'encontre des intérêts d'ordre public et privé que cette même loi a pour but de protéger » (1).

Il est de même couramment décidé en France (2) et en Belgique (3) que les mariages contractés à l'étranger valables en principe sont annulables si leur célébration hors du territoire national n'a été réalisée qu'en vue de tourner les lois belge ou française. La doctrine recommande l'application de ces principes aux sociétés étrangères constituées en Italie sous l'apparence de sociétés nationales (4).

297. Cette assimilation de la théorie de la fraude à la loi à la doctrine de l'abus des droits est acceptée par Pierre Arminjon, dans une étude récente sur la fraude en droit international privé (5). L'auteur fait pourtant deux réserves.

(1) Trib. Seine, 31 janvier 1877; Paris, 30 juin 1877 (D. P., 1878, 2, 6). Voy. encore en ce sens, trib. Seine, 28 août 1878; 18 avril 1877 (abus destiné à couvrir une violation flagrante de la loi); Paris, 25 mai 1878 (CLUNET, 1878, 602 à 604); Milan 7 décembre 1916 (*ibid.*, 1918, p. 39).

(2) Cass. fr. (civ.), 3 janvier 1906 (D. P., 1906, 1, 207); Bourges, 13 juin 1892 (*ibid.*, 1892, 2, 599); Orléans, 14 août 1886 (*ibid.*, 1887, 2, 95); cass. fr. (req.), 15 juin 1887 (*ibid.*, 1888, 1, 412); trib. Seine, 27 octobre 1921 (*ibid.*, 1922, 2, 47); Paris, 11 février 1920 (*Gaz. du pal.*, 1920, 423); trib. Seine, 18 janvier 1923 (D. P., 1923, V, 7), et 6 février 1924 (*Gaz. des trib.*, 28 et 29 mai 1924) (implicite).

(3) Cass., 21 mars 1910 (*Pasic.*, 1910, I, 155) et 20 février 1913 (*ibid.*, 1913, I, 115) (implicite); trib. Bruxelles, 13 décembre 1922 (*ibid.*, 1923, III, 52).

(4) MARIO D'AMELIO, *A quels signes reconnaître une société nationale en Italie* (CLUNET, 1917).

(5) CLUNET, 1921, p. 63. Voy. : RIPERT, *La règle dans les obligations civiles*, p. 315.

L'abus du droit, dit-il, a pour condition la lésion d'un intérêt privé. C'est l'objection qui a arrêté Dabin dans son rapprochement de la théorie étudiée avec celle de la cause illicite, et Demogue dans sa comparaison de la même théorie avec celle du détournement de pouvoir. Nous l'avons déjà combattue. L'abus du droit a pour condition la lésion d'un intérêt social qui peut mais ne doit pas nécessairement se présenter sous la forme de la lésion d'un intérêt privé.

D'autre part, ajoute Arminjon, il peut y avoir abus sans intention frauduleuse, tandis qu'en matière de fraude à la loi, cette intention est indispensable. Nous sommes d'accord pour reconnaître que l'exercice intentionnellement frauduleux d'un droit n'est qu'un exemple d'abus. C'est pourquoi nous admettons volontiers que la fraude à la loi est un cas particulier d'application de la théorie étudiée. Ce n'est point parce qu'elle réclame une condition, qui n'est pas nécessaire à la constatation d'un exercice antisocial, mais est prévue par la conception générale antifinaliste de notre thèse, qu'elle échappe à son emprise. Qui peut le plus, peut le moins.

TITRE III.

L'ABUS DES DROITS EN DROIT COMPARÉ.

298. Il nous reste pour terminer l'examen des applications de la théorie étudiée à rechercher la part qui lui est réservée par les législations étrangères.

CHAPITRE I^{er}. — Allemagne (1).

299. La Prusse nous fournit les premiers textes législatifs européens visant nettement l'abus des droits. Le « landrecht » de 1794 y consacrait plusieurs articles. Il posait ce principe général (§§ 36 et 37) : « Celui qui exerce son droit dans l'intérieur de ses limites propres n'est pas obligé de réparer le dommage qui en résulte pour un autre, mais il doit le réparer lorsqu'il ressort clairement des circonstances qu'entre plusieurs modes possibles d'exercice de son droit, il a choisi celui qui est dommageable à autrui dans l'intention de lui porter préjudice ». C'est un aspect particulier de la théorie étudiée qui, nous l'avons vu, a été très nettement adopté par notre cour de cassation (2).

Le même code, faisant ensuite application de notre théorie au droit de propriété, décidait : (Titre : La propriété, I^{re} part., chap. VIII, §§ 27 et 28) : « Personne ne peut mésuser de sa propriété pour léser autrui et lui porter préjudice. Est mésusage tout usage de la propriété qui de par sa nature ne

(1) DEMOGUE, *Des obligations*, t. IV, p. 390 à 392.

(2) *Pasic.*, 1918, I, 65, déjà cité.

peut avoir d'autre but que de léser autrui ». Il semble du reste, que sauf en ce qui concerne la question du voisinage, ces dispositions aient été rarement invoquées par la jurisprudence prussienne du XIX^{me} siècle (1).

300. Le Code civil allemand de 1900 fera une large part à la théorie étudiée. Il contient à ce sujet deux principes généraux. L'article 226 dispose : *L'exercice d'un droit n'est pas permis lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui.* L'article 826 stipule : *Quiconque intentionnellement cause un dommage à un autre d'une manière qui porte atteinte aux bonnes mœurs, est obligé envers cet autre à la réparation du dommage.* Ces deux textes sont le résultat d'une élaboration difficile (2). La question de savoir si l'article 826 ne vise qu'un cas d'application de l'article 226 ou s'il a une portée plus large, si notamment il n'exige que le caractère d'opposition aux bonnes mœurs, ce qui correspond à la conception objective, alors que l'article 226 réclame la preuve d'une intention malveillante, ce qui répond à la conception subjective, est très controversée (3). Une chose est évidente, c'est que ces textes posent des principes beaucoup plus étroits que ceux qui résultent de l'étude des jurisprudences française et belge à laquelle nous venons de nous livrer. D'une part il n'est pas certain qu'ils visent l'exercice antisocial sans intention malveillante; d'autre part il est certain qu'ils ne tendent qu'à éviter la lésion d'un intérêt privé et non celle d'un intérêt social direct. Au surplus les nombreuses applications particulières de la théorie étudiée faites par le Code allemand nous fournissent parfois une conception beau-

(1) KOCH, *Droit général du pays pour les Etats prussiens*, 7^e édit., t. 1^{er}, p. 362 et 363. Berlin, 1878.

(2) SALEILLES, *Théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, p. 362, note 1, et 370, note 1.

(3) Code civil allemand, annoté par BUFNOIR, p. 335, § 3.

coup plus large. Il y a intérêt à les examiner en respectant l'ordre adopté pour l'étude des jurisprudences française et belge.

301. Le droit de propriété n'est défini par aucun texte; plusieurs dispositions en prohibent l'exercice antisocial. L'article 905 décide que la propriété d'un immeuble comporte celle du dessus et du dessous, mais que le propriétaire ne peut s'opposer à ce qui se fait à une telle profondeur ou à une telle hauteur s'il n'a aucun intérêt à l'empêcher. La question des troubles de voisinage est réglée par un texte précis (art. 906) qui oblige les propriétaires à souffrir les inconvénients estimés normaux suivant les usages et le lieu où ils se produisent. Celle des fouilles est envisagée d'une manière conforme à notre jurisprudence. Un terrain ne peut être fouillé de telle façon que le fonds voisin perde l'appui qui lui est nécessaire (art. 910). L'article 912 contient une disposition curieuse, déjà prévue par l'ancien droit belge (1) : « Lorsque le propriétaire en élevant un bâtiment a dépassé les limites de son immeuble, sans qu'on ait à lui reprocher ni préméditation ni faute lourde, le voisin doit souffrir la saillie à moins qu'il n'ait protesté contre le fait avant la transgression des limites ou aussitôt après ». Enfin, le propriétaire d'un fonds dominant ne peut s'opposer s'il n'y a intérêt, au déplacement par le propriétaire du fonds servant d'une servitude devenue particulièrement onéreuse pour lui (art. 1023) (2).

302. Nous avons vu que certains tribunaux belges ont admis que le mari ne pouvait abuser de la puissance maritale, en exigeant de sa femme le maintien de la vie commune dans des conditions anormales (3). Cette question fait dans

(1) DE LONGÉ, *Coutumes de Malines*, p. 118.

(2) Comp. Code civil, art. 701.

(3) *Pasic.*, 1910, III, 268, et 1908, III, 27, déjà cités.

le Code allemand l'objet d'un texte spécial qui, notons le, met mari et femme sur pied d'égalité : « Les époux sont réciproquement obligés à la communauté de vie conjugale. Si la demande de l'un deux, en vue du rétablissement de la vie commune se présente comme un *abus de son droit*, l'autre n'est pas tenu d'y donner suite ». Remarquons que la théorie étudiée ne se présente plus ici sous la conception étroite de la faute entraînant la lésion d'un intérêt civil et obligeant à la réparation du dommage, mais tend déjà à devenir un principe général de réglementation juridique.

L'article 1357 confère à la femme dans les limites de sa sphère domestique le droit de prendre soin pour le mari des affaires de celui-ci et de le représenter. Au mari, il reconnaît celui de restreindre ou de supprimer le droit de la femme. Mais ce même texte donne au tribunal des tutelles le pouvoir d'examiner si cette suppression ne se présente pas comme un *abus du droit du mari* (1).

La femme allemande peut s'obliger mais le mari conserve la faculté de dénoncer le « rapport de droit » créé par elle. Cependant le refus d'assentiment du mari peut permettre au tribunal des tutelles de le suppléer « s'il est constitutif d'un *abus de droit* » (art. 1358). Cet article prévient en somme de la part du mari la tierce complicité à la violation de l'obligation contractuelle de la femme.

303. La puissance paternelle est semblablement susceptible d'abus. Le mariage des enfants légitimes ou illégitimes est subordonné à l'autorisation parentale jusqu'à l'âge de vingt et un ans. Le tribunal des tutelles doit suppléer l'autorisation lorsqu'elle est refusée sans motif légitime (art. 1308). Il est intéressant de rapprocher ce texte de la jurisprudence française condamnant à des dommages et intérêts le père

(1) Voy. LYON-CAEN, *La femme mariée allemande*, 1903, p. 101, 115 et 169.

qui abusant de son droit oblige son enfant à rompre ses fiançailles par refus injustifié de consentir au mariage (1).

L'article 1666 organise la déchéance totale ou partielle de la puissance paternelle pour le cas où l'intérêt moral ou physique de l'enfant est mis en péril « par le fait que le père *mésuse* de son droit ».

304. En étudiant les applications des jurisprudences belge et française au droit de conclure un contrat, nous avons donné à la théorie étudiée sa conception la plus large : l'exercice anormal, antifinaliste et antisocial d'un droit entraînant la lésion d'un intérêt privé ou d'un intérêt social. Si le droit civil allemand dans les principes énonciatifs de l'abus du droit, envisage cette question sous un jour étroit, il lui concède au contraire toute l'ampleur désirable en matière d'obligations.

C'est ainsi que la notion de la cause illicite, que les jurisprudences française et belge tendent, nous l'avons vu, à remplacer par celle de l'utilité sociale des contrats, utilité révélée par le mobile impulsif et déterminant, est également abandonnée par le Code civil allemand (2). L'article 138 stipule : *Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul* (3). Est nul en particulier un acte juridique par lequel quelqu'un en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui obtient pour lui ou pour un tiers qu'en échange d'une prestation, on promette ou l'on fournisse des avantages patrimoniaux qui excèdent de telle sorte la valeur de la prestation, qu'en tenant compte des circonstances, ces avantages soient par rapport à la prestation dans une dis-

(1) Voy. *supra*, n° 131.

(2) Voy. CAPITANT, *De la cause*, p. 234; SALEILLES, *Déclaration de volonté*, p. 251 et suiv.

(3) On aperçoit immédiatement ce qui différencie ce texte de notre article 6 du Code civil. Il s'agit d'un acte qui porte atteinte aux bonnes mœurs et non d'un acte qui déroge aux lois qui intéressent les bonnes mœurs.

proportion choquante ». Et l'article 817, adoptant la notion de la finalité du droit de contracter, ajoute : « Lorsque le but d'une prestation était établi de telle sorte que le bénéficiaire se soit mis par son acceptation en contravention avec une défense légale ou avec les bonnes mœurs, le bénéficiaire est obligé à restitution ».

305. Le droit d'exécution des contrats donne également l'occasion au législateur allemand d'adopter à plusieurs reprises la conception élargie de l'exercice antisocial des droits.

Il a décidé en organisant la matière des obligations en général que les contrats devaient être interprétés (art. 157 et 112) et exécutés (art. 242) « comme l'exigent la loyauté et la confiance réciproque en corrélation avec les usages admis en affaires ». Il a étendu le principe de la lésion et de l'erreur en édictant : « Celui qui émettant une déclaration étant dans l'erreur sur son contenu ou qui en réalité n'a pas voulu émettre une déclaration ayant ce contenu, peut attaquer sa déclaration par voie d'annulation lorsqu'il y a lieu d'admettre qu'il ne l'aurait pas émise s'il avait eu connaissance de l'état des choses et qu'il eût fait une appréciation raisonnable de sa situation » (art. 119).

Ce sont les principes qui sont invoqués par la jurisprudence allemande pour justifier la théorie de l'imprévision. Elle estime en effet, que c'est exécuter un contrat contrairement à la loyauté et à la confiance réciproque que d'exiger une prestation à laquelle le débiteur ne se serait pas obligé s'il avait connu les circonstances dans lesquelles elle devrait être fournie. C'est ce que décide notamment l'arrêt célèbre du « Reichsgericht » relatif à la valorisation des hypothèques (1).

L'article 812 nous paraît du reste fournir un appui de

(1) *Deutsche Juristen Zeitung*, 1^{er} janvier 1924; *Weekblad van het recht* (La Haye), 14 janvier 1924, n° 11131.

plus à la thèse de l'imprévision en la basant sur la théorie de l'enrichissement sans cause : « Quiconque par prestation faite par une personne, ou de toute autre manière, fait une acquisition sans cause juridique aux dépens de cette autre personne, est obligée vis-à-vis d'elle à restitution. Cette obligation existe également lorsque la cause juridique disparaît ou que le résultat poursuivi au moyen d'une prestation, tel qu'il ressort du contenu de l'acte, ne se réalise pas » (1).

L'article 320 confère à l'obligé en vertu d'un contrat synallagmatique le droit de refuser la prestation qui lui incombe jusqu'à ce que la contre-prestation soit effectuée, mais ajoute que si de l'un des deux côtés la prestation a été fournie partiellement, la contre-prestation ne pourra être refusée, dans la mesure ou d'après les circonstances et en particulier en raison du peu d'importance relative de la partie qui reste à fournir, ce refus constituerait une atteinte à la loyauté et à la confiance réciproque. Enfin, l'article 549 accorde au locataire un droit de résiliation contre le propriétaire qui refuse arbitrairement une autorisation de sous-louer. Nous avons vu à cet égard une tendance analogue se manifester dans la jurisprudence française (2) et dans la législation belge (projet de loi de M. Wauwermans).

306. L'exercice anormal du droit de résiliation des contrats est prohibé par plusieurs dispositions.

En matière de louage de choses, les articles 565 pour le bail à loyer et 595 pour le bail à ferme fixent les délais de congé en cas de contrat à durée indéterminée. L'article 542 en conférant au preneur le droit de dénoncer le contrat s'il est privé en tout ou en partie de l'usage de la chose louée,

(1) SALEILLES, *op. cit.*, 461-466 (note); *Code civil allemand annoté*, par BUFNOIR, t. II, p. 366-371.

(2) *Voy. supra*, p. 184, et Montpellier, 21 janvier 1925 (D. P. hebdomadaire, 1925, p. 229) (abus du droit).

évite à la jurisprudence allemande des interprétations aussi osées que celles adoptées par la nôtre au sujet de l'article 1722. Mais s'il s'agit d'une entrave ou d'une rétention de peu d'importance, le locataire devra justifier d'un intérêt particulier à l'exercice de son droit.

En matière de prêt à usage, le prêteur peut dénoncer le prêt si par suite d'une circonstance imprévue, il a besoin de la chose prêtée (art. 605). Cette disposition semblable à notre article 1839 constitue une application de plus de la thèse de l'imprévision laquelle rentre dans le cadre général de la théorie étudiée. Le législateur allemand estima en effet comme l'avait estimé le législateur français que l'emprunteur exerçait son droit d'une manière antisociale s'il persistait dans des semblables conditions à vouloir détenir la chose prêtée.

Les articles 621 à 626 fixent des préavis variables pour la rupture du contrat de louage de services à durée indéterminée. L'article 626 décide que le rapport de services peut cependant être dénoncé par chaque partie sans observer aucun délai en cas de motif grave. L'article 627 visant le cas « de l'obligé à prestation de services d'un genre plus relevé et reposant sur le fondement d'une confiance particulière », stipule que celui-ci ne pourra faire la dénonciation à moins de cause grave, qu'en laissant à l'employeur le temps de se procurer un remplaçant. Il ajoute que si la dénonciation a lieu à contretemps, l'obligé sera tenu à réparer le dommage qui en résulte.

La dénonciation à contretemps du contrat de société est prohibée par l'article 723.

La question de la rupture des fiançailles est réglée par les articles 1297 à 1302. On ne peut en se basant sur les fiançailles, intenter une action à fin de mariage, mais le dédit sans cause grave engage la responsabilité de son auteur.

CHAPITRE II. — Suisse.

307. Avant l'unification du droit civil suisse, plusieurs codes des cantons contenaient des dispositions réprimant des abus de droit. C'est ainsi que les articles 167 à 190 du Code du canton de Zurich (1) établissaient dans l'intérêt du voisin des limites à l'exercice du droit de propriété. L'article 182 réglait notamment la question des fouilles. L'article 183 décidait que si le voisin se voyait dans la nécessité d'user temporairement d'un fonds, le propriétaire devait consentir à cet usage. L'article 188 défendait l'usage anormal de la propriété produisant des émanations industrielles. L'article 683 prévoyait l'abus de la puissance paternelle.

Ce même abus était réprimé par le Code des Grisons (2). Celui-ci stipulait, en outre, que la propriété comprenait celle du sous-sol et celle du dessus pour autant qu'elle présentât une utilité pour le propriétaire (3) et réglait très minutieusement les questions de voisinage (4).

Le § 480 du Code argovien contenait des dispositions analogues (5).

308. La jurisprudence suisse antérieure à l'unification du droit civil s'est également montrée favorable à la théorie étudiée. On peut même dire qu'elle a ouvert la voie à la législation nouvelle. Plusieurs jugements du tribunal fédéral firent de 1885 à 1906 des applications très nettes et très larges des principes de l'abus des droits (6). On peut donner

(1) Code civil du canton de Zurich, par E. LEHR.

(2) Code résumé des Grisons, par DE LA GRASSERIE, n° 65.

(3) Ibidem, n° 185.

(4) Ibidem, n° 229.

(5) Ibidem, n° 191.

(6) ANDRÉ PERROCHET, *Essai sur la théorie de l'abus du droit d'après le Code civil suisse*, p. 212 à 222.

en exemple un arrêt de la cour de Berne (1) : une servitude *non altius tollendi* au delà de 5 mètres grevait un fonds. Son propriétaire construisit un immeuble de 5^m08. Action du propriétaire du fonds dominant. Rejet pour le motif que le demandeur ne faisait valoir son droit que par esprit de chicane.

309. Le Code civil de 1907 contient un article 2 ainsi conçu : *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.*

On le voit, le législateur a donné à la théorie étudiée une adhésion complète. Et le texte adopté a toute l'ampleur désirable. Son application n'est pas comme dans le Code allemand conditionnée à la manifestation d'une intention de nuire. Il peut y avoir simple négligence, erreur, dol, malveillance ou même absence de ces éléments subjectifs; dès que l'exercice d'un droit est anormal, ce dernier mot étant employé par nous dans le sens de « contraire à la norme juridique », la loi cesse de le protéger.

L'article 4 complète cette disposition en ordonnant au juge d'appliquer les règles de la bonne foi et de l'équité, lorsque la loi le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs.

Enfin, l'article 41, § 2 du Code révisé des obligations, organique de la responsabilité civile, oblige, sans parler de faute au sens classique du mot, celui qui cause intentionnellement un dommage à autrui par des faits contraires aux bonnes mœurs, à le réparer.

Ces principes une fois posés, ont été appliqués soit par le législateur, soit par la jurisprudence à la plupart des droits subjectifs passés en revue dans notre étude.

(1) Berne, 22 mars 1900 (*Zeitschrift des bern. Juristenvereins*, 1900, vol. XXXVI, p. 603).

310. L'article 641 organise le droit de propriété : « Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement dans les limites de la loi. » Les termes « dans les limites de la loi » signifient celles de l'article 2, § 2 règle générale qui domine tout le code (1). L'article 667 ajoute : « La propriété du sol comporte celle du dessus et du dessous dans toute la hauteur et la profondeur utiles à son exercice. » Une responsabilité spéciale de voisinage est du reste prévue par l'article 679 : « Celui qui est atteint ou menacé d'un dommage parce qu'un propriétaire excède son droit peut actionner ce propriétaire pour qu'il remette les choses en état ou prenne des mesures en vue d'écarter le danger, sans préjudice de tous dommages et intérêts. » L'excès prévu dans cet article peut consister soit dans un défaut d'entretien, soit dans un usage abusif (2).

Les excès de voisinage et particulièrement ceux résultant des travaux d'exploitation industrielle sont prohibés par un article spécial (684), ainsi que les fouilles ou constructions de nature à nuire (685).

Les articles 691 à 707 organisent une véritable expropriation pour cause d'utilité privée (3) en obligeant le propriétaire à laisser pénétrer des tiers sur son fonds et à en tolérer l'usage dans certains cas spéciaux et notamment en vue de l'établissement d'aqueducs, de drains, de tuyaux de gaz, des conduites aériennes ou souterraines.

L'article 706 rend passible de dommages et intérêts celui qui cause un préjudice en coupant même partiellement ou en souillant par des fouilles, constructions ou

(1) CURTI FORRER, *Code civil suisse*, p. 499, note 5; ROSSEL et MENTHA, *Manuel de droit civil suisse*, t. II, p. 295.

(2) ROSSEL et MENTHA, *op. cit.*, t. II, n° 1272.

(3) CHAUDÉ, *Le Code civil suisse dans l'œuvre de la codification moderne*, p. 295, Paris, 1909.

travaux quelconques des sources déjà utilisées ou captées en vue de leur utilisation.

Comme exemple jurisprudentiel d'application de l'article 2 au droit de propriété, on peut citer un arrêt du tribunal fédéral du 2 juillet 1914. Une construction nouvelle obstruait à peu près complètement les fenêtres d'un voisin. Celui-ci était en droit d'exiger la démolition du mur ainsi construit. Mais les circonstances de fait révélèrent que les locaux privés de lumière étaient à peu près inutilisés. Le tribunal débouta le demandeur estimant qu'il agissait par pur esprit de vexation (1).

La doctrine recommande l'application de l'article 2 dans d'autres cas encore. Le droit suisse ne permet pas l'acquisition des servitudes par prescription ou destination du père de famille. Rossel et Mentha estiment que l'article 2 offre un remède à cette situation. Le voisin, pensent-ils, qui pendant longtemps aura toléré un état de fait correspondant à une servitude inscrite, ne pourra en réclamer la suppression sans commettre un véritable abus (2). Signalons à propos de servitude que l'article 737 fait un devoir d'user d'une servitude de la manière la moins dommageable possible.

En matière d'usufruit, les auteurs estiment que le nu propriétaire pourrait, malgré le silence du Code, en invoquant l'abus du droit, exiger de l'usufruitier une conversion en rente largement calculée (3).

311. L'abus de la puissance « parentale » est réprimé par l'article 285 du Code civil qui en organise la déchéance, si le père ou la mère commettent des abus d'autorité ou des négligences graves (4). L'autorité tutélaire peut émanciper le

(1) *Collection des arrêts du tribunal fédéral*, t. II, p. 335.

(2) *ROSSEL et MENTHA, op. cit.*, t. II, p. 292, et t. III, p. 12.

(3) *ROSSEL et MENTHA, op. cit.*, t. III, p. 27.

(4) *CURTI FORRER, op. cit.*, p. 233.

mineur âgé de dix-huit ans révolus (art. 15 du Code civil), mais l'assentiment de ses père et mère est nécessaire. Si leur refus constitue un abus de droit, l'autorité tutélaire peut ne pas en tenir compte (1).

312. Quant à la puissance maritale elle est régie par l'article 160 qui déclare le mari chef de l'union conjugale. Cet article ne déroge pas, bien entendu, à l'article 2, § 2 organique de l'abus du droit (2). L'article 163 donne à la femme un pouvoir de représentation pour les besoins courants du ménage, pouvoir que le mari peut lui retirer en tout ou partie si « elle abuse de son droit » (art. 164).

313. Le Code suisse organise pour la mère et pour l'enfant la recherche de la paternité. Il décide (art. 308) que l'action doit être intentée au plus tard un an après la naissance de l'enfant. Comme exemple d'abus commis dans l'exercice du droit de défense à une action judiciaire, citons la jurisprudence déclarant que ce délai ne sera pas « péremptoire » si par des manœuvres le père a empêché la demanderesse d'agir en temps utile (3).

314. En matière d'exercice anormal du droit de conclure une convention, le Code fédéral des obligations ne contient pas d'article correspondant à notre texte visant la cause illicite. Il ne rencontre la notion de la cause qu'accessoirement. Mais l'article 20 stipule : « Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs ». Les auteurs estiment que ce texte doit être interprété dans un sens large et qu'il vise même le but indirect des contrats (4). C'est en tous cas celui que la jurisprudence invoque pour adopter des solutions identiques

(1) *CURTI FORRER, op. cit.*, art. 15, note 4, p. 17.

(2) *Ibidem*, art. 160, note 3, p. 137.

(3) *Collection des arrêts du tribunal fédéral*, t. XLVI, p. 92 et suiv.

(4) *DEMOGUE, t. II, p. 835; ROSSEL, Code révisé des obligations*, p. 44.

à celles que nous avons rencontrées en étudiant les relations de la théorie de l'abus du droit et de la cause illicite (1).

La lésion est réprimée par l'article 21 qui décide : « En cas de disproportion évidente entre la prestation et la contre-prestation la partie lésée peut dans le délai d'un an déclarer qu'elle résilie le contrat, et répéter ce qu'elle a payé si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son insouciance ». C'est la conception adoptée par le Code civil allemand (art. 138). Elle est approuvée par la jurisprudence belge qui ne disposant pas d'un texte semblable, invoque pour justifier ses décisions la théorie de la cause illicite, estimant « que l'abus des faiblesses de l'emprunteur constitue une cause illicite » (2).

Appliquant le même principe, l'article 52 du Code civil dispose : « Les établissements ou sociétés qui ont un but contraire aux mœurs ne peuvent acquérir la personnalité. » Exemple d'abus de droit, dit Curti Forrer (3).

315. La répression de l'exercice antisocial du droit d'exécution des contrats ne nécessitait pas un texte spécial, puisque l'article 2 du Code civil s'applique au Code des obligations.

Aussi est-ce cet article que l'on invoque en Suisse pour justifier la thèse de l'imprévision. Commentant ce texte, Rossel et Mentha s'expriment comme suit : « Lorsque la situation se modifie radicalement de telle manière que le maintien du prix fixé violerait les règles de la bonne foi, l'un ou l'autre des contractants, s'il est indûment lésé par le nouvel ordre des choses, pourra se départir de la convention dans l'hypothèse où l'on ne s'entendrait pas sur un prix adapté aux circonstances actuelles. Le débiteur est autorisé

(1) *Collections des arrêts du tribunal fédéral*, t. XXIV, p. 862 et suiv. (maisons de tolérance).

(2) Bruxelles, 3 mars 1921 (*Rev. not. belge*, 1921, p. 475).

(3) Code civil, art. 52, note 7.

tout spécialement à présumer que son créancier *n'usera pas de son droit* au delà des limites tracées par la bonne foi ou les bonnes mœurs ». C'est une adhésion catégorique à la justification de la thèse de l'imprévision par celle de l'abus des droits (1). Une application spéciale de ces principes est faite au contrat d'entreprise par l'article 373, alinéa 2 du Code fédéral des obligations. Il décide : « Toutefois, si l'exécution de l'ouvrage est empêchée ou rendue difficile à l'excès par des circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir ou exclues par les prévisions des parties, le juge peut décider en vertu de son pouvoir d'appréciation soit une augmentation du prix stipulé, soit la résiliation du contrat ».

316. Le droit de résiliation des contrats est également limité par l'article 2 du Code civil. Cependant quelques adaptations particulières de ce principe peuvent être relevées. L'article 404 relatif à la révocation du mandat décide conformément à la jurisprudence française, mais contrairement aux textes français et allemand, que la révocation à contretemps de la part du *mandant* comme de la part du mandataire, peut donner lieu à dommages et intérêts.

L'article 646 stipule que les associés peuvent provoquer la dissolution d'une société sans durée déterminée, moyennant un préavis de six mois, mais que la dénonciation doit avoir lieu selon les règles de la bonne foi et ne pas être faite en temps inopportun.

L'article 72 est ainsi rédigé : « les statuts d'une association peuvent permettre l'exclusion d'un membre sans indication de motifs. Dans ce cas, les motifs pour lesquels l'exclusion a été prononcée ne peuvent donner lieu à une action en justice ». Certains auteurs pensent que cette disposition doit

(1) ROSSSEL et MENTHA, *op. cit.*, p. 63, n° 54; *Collection des arrêts du conseil fédéral*, t. XLIV, p. 355, 386; *Praxis des Schweizerischen Bundesgericht*, t. VI, p. 154 et suiv.

pourtant se combiner avec l'article 2 et qu'une action devra être accueillie si l'exclusion constitue l'abus manifeste d'un droit (1).

En matière de louage de choses, les délais d'humanité à laisser au locataire en cas de congé sont déterminés par l'article 267. L'article 269 pour le bail à loyer et l'article 291 pour le bail à ferme font une application curieuse de la théorie étudiée rappelant singulièrement notre législation actuelle relative aux baux à loyers. Si pendant la durée du bail, se produisent *des circonstances graves* qui mettent le propriétaire dans la nécessité absolue de jouir de son immeuble (2), ou qui obligent le locataire à quitter l'immeuble (déplacement pour perte d'emploi, mésentente avec le bailleur, diminution de fortune) en un mot des circonstances qui rendent l'exécution à ce point intolérable pour l'une des parties que l'autre abuserait de son droit si elle continuait à exiger le maintien du contrat, l'un des contractants peut moyennant indemnité donner congé avant l'expiration du terme convenu. C'est en somme une adaptation de la thèse de l'imprévision.

Les articles 345 à 355 règlent la résiliation du contrat de travail. Si l'employeur ou l'employé ne peuvent invoquer de justes motifs tels que : « toutes circonstances qui pour des raisons de moralité ou en vertu des règles de la bonne foi autorisent l'une des parties à ne plus exécuter le contrat » la résiliation brusque donnera droit à des indemnités variables. Signalons que la jurisprudence a parfois réprimé l'exercice abusif de résiliation du contrat de travail exercé collectivement (3).

(1) GMUR, *Hafter Personenrecht* dans le *Commentaire du Code civil suisse*, n° 270. *Contra* : ROSSEL et MENTHA, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 161; CURTI FORRER, *Code civil*, art. 72, note 2.

(2) ROSSEL, *Code des obligations*, p. 427.

(3) Genève, 3 juin 1899 (SIR., 1900, 4, 16).

CHAPITRE III. — Italie.

317. Le Code civil italien ne contient aucun texte général adoptant la théorie de l'abus des droits. Ses principes peuvent pourtant se retrouver dans la jurisprudence et dans la doctrine. Ils ont exercé une influence sérieuse sur la législation moderne de l'Italie.

318. Le droit de propriété est défini en des termes identiques à ceux de notre code. La jurisprudence s'est basée sur la théorie étudiée pour réprimer l'exercice anormal du droit de propriété se manifestant par l'élévation sans utilité de constructions préjudiciables aux voisins (1). Elle a fondé sur l'abus du droit la responsabilité due aux émanations industrielles, bruits et autres inconvénients de voisinage (2).

La loi, surtout depuis la guerre, est intervenue pour réprimer certains exercices antisociaux du droit de propriété. Nous verrons que le véritable critérium du caractère abusif de l'exercice d'un droit subjectif est la rupture de l'équilibre des intérêts sociaux en présence. Les circonstances économiques, momentanées ou définitives, peuvent exiger que dans tel cas déterminé l'intérêt social attaché à l'intangibilité d'un droit cède le pas à un autre intérêt social prédominant. Le législateur estimant alors que le maintien de cette intangibilité nuirait à la collectivité assigne au droit envisagé des limites nouvelles que son titulaire ne peut dépasser sans commettre un abus. Telle cette loi italienne, du 9 octobre 1919, qui a retiré à tous les propriétaires pour le conférer à l'Etat avec faculté de concession temporaire

(1) Cass. Turin, 22 juillet 1874 et 4 juillet 1875; cass. Florence, 2 décembre 1877; Palerme, 20 février 1874; Turin, 24 mai 1898.

(2) DEMOGUE, t. IV, p. 464; BRUGI, *Rivista del diritto commerciale*, 1910, II, 875 (fumée des bateaux à vapeur sur les canaux de Venise).

le droit d'user des cours d'eau même privés « qui en relation avec le système hydrographique auquel ils appartiennent, ont acquis ou vont acquérir l'aptitude à quelque usage d'intérêt général » (1). C'était une socialisation des eaux sans indemnité. Tel aussi ce décret du 16 janvier 1921 qui en vue de parer à l'aggravation de la crise de logement subordonne à l'autorisation ministérielle, la vente ou la location d'un hôtel accompagné d'un changement de destination de l'immeuble (2). Tel encore le projet de loi déposé le 26 juillet 1921. Après avoir reconnu que selon le Code civil le droit de propriété s'étend au-dessus et au-dessous du bien possédé, décide pourtant que le propriétaire ne pourra, à moins de danger, s'opposer au passage d'aéroplanes au-dessus de son fonds. C'est, déclare Furbini (3), la limitation du *jus abutendi* nécessitée par le progrès de la science et le développement économique. Telles enfin ces lois des 22 juin 1902, 20 février 1909, 20 juin 1912 et 11 mai 1921 qui interdisent la vente ou la destruction, sauf autorisation ministérielle, de tous les biens classés parmi les beautés panoramiques, les sites historiques, etc... (4).

319. La jurisprudence italienne admet comme la nôtre la responsabilité pour abus du droit d'ester en justice se révélant par le dépôt d'une plainte suivie d'acquiescement (5). Dans le même ordre d'idées, l'article 91 du Code civil, semblable à notre article 179, décide que l'opposition au mariage faite par toute autre personne qu'un ascendant peut donner lieu à dommages et intérêts si elle est rejetée.

320. En ce qui concerne la puissance paternelle, l'ar-

(1) *Rev. trimestr. de droit civil*, 1922, p. 284.

(2) *Ibidem*, 1923, p. 895.

(3) « La législation italienne », *Rev. trimestr. de droit civil*, 1923, p. 907.

(4) *Rev. trimestr. de droit civil*, 1923, p. 910.

(5) Cass. Rome, 5 mai 1905 (*La Legge*, 1906, p. 227); *Rev. trimestr. de droit civil*, 1908, p. 744.

ticle 833 du Code civil stipule : « Si le père ou la mère *abusent* de leur puissance en violant ou négligeant les devoirs qui en dérivent, le tribunal pourra pourvoir à la nomination d'un tuteur ».

321. En présence de textes identiques à ceux de notre Code, la jurisprudence italienne montre les mêmes hésitations (1) que les jurisprudences belge et française à établir une distinction nette entre le motif et la cause directe des obligations. Elle indique ainsi la nécessité de faire rentrer cette notion dans le cadre général de l'abus des droits s'appliquant à la conclusion des contrats. La doctrine estime en outre que la théorie étudiée doit être invoquée, par exemple, pour justifier la responsabilité du médecin qui subordonne l'octroi de ses soins à la promesse d'honoraires exagérés (2).

322. L'abus du droit en matière d'exécution des contrats a rencontré dans la jurisprudence et surtout dans la législation italienne, un terrain particulièrement favorable. La théorie de l'imprévision était déjà très en vogue avant la guerre. La jurisprudence (3) lui donnait du reste un fondement juridique curieux. L'article 1224 du Code civil stipule : « La diligence qui doit être apportée à l'exécution de l'obligation est toujours celle d'un bon père de famille ». Combinant cette disposition avec les articles 1225 et 1226, organiques de la force majeure, les tribunaux italiens décidèrent que l'impossibilité d'exécution commence là ou finit la diligence normale. Si l'exécution d'une obligation exige des sacrifices que ne consentirait pas un bon père de famille, elle est réputée légalement impossible.

Pendant la guerre fut pris le fameux décret du 27 mai

(1) DEMOGUE, *op. cit.*, t. II, p. 825.

(2) SALETTI, « Etat de nécessité et violence morale » (*Riv. del dir. comm.*, 1920; *Rev. trimestr. de droit civil*, 1923, p. 445).

(3) Naples, 3 juin 1914; Rome, 10 février 1913; Florence, 3 décembre 1914.

1915 (1) ainsi conçu : « La guerre est considérée comme un cas de force majeure non seulement quand elle rend la prestation impossible mais aussi quand elle la rend excessivement onéreuse ».

La doctrine a essayé de baser la thèse de l'imprévision sur la théorie générale de l'erreur, la clause *rebus sic stantibus* devant toujours être sous-entendue (2). Les auteurs les plus récents l'appuient sur l'équité, la bonne foi et les principes généraux, estimant à juste titre que l'exercice du droit du créancier est anormal s'il doit avoir pour conséquence la ruine du débiteur (3). La suspension de l'obligation assumée par un propriétaire de chauffer ses locataires si cette charge est devenue particulièrement onéreuse, suspension autorisée par le décret du 8 mars 1917 (4), n'est qu'une application de plus de ces principes.

A noter que, le législateur italien ne voulant pas obliger les tribunaux à recourir à des interprétations extensives des plus audacieuses de l'article 1580 (Code civ. franç., art. 1722), permit la réduction des loyers due par les locataires d'hôtels dont le commerce était en grande partie paralysé par les circonstances (5). Enfin, la question de la rescision pour lésion énorme appliquée aux options d'achat donna lieu aux mêmes controverses qu'en France et en Belgique. La jurisprudence (6) désirant une solution équitable négligea la justification offerte par la théorie de l'abus des droits ou

(1) *Bull. de législ. comp.*, 1915, p. 311.

(2) GIOVENE, « Sul fondamento specifico dall istituto della sopravvenienza » (*Riv. dir. comm.*, 1923, p. 155 et suiv.; *Rev. trimestr. de droit civil*, 1923, p. 443).

(3) REMELLA, « Fulzione dell equita nel Campo d'execuzion dei contratti » (*Rev. trimestr. de droit civil*, 1924, p. 645).

(4) *Rev. trimestr. de droit civil*, 1919, p. 768 (législation italienne).

(5) Décret 3 juin 1918 (*Rev. trimestr. de droit civil*, 1919, p. 768) (législation italienne).

(6) Cass. Florence.

de l'imprévision pour recourir à l'expédient combattu par la doctrine (1) : appréciation de la lésion au moment de la levée de l'option.

323. Le droit de résiliation des contrats subit des limitations aussi sérieuses que le droit d'exécution. Il est inutile de signaler que l'Italie dut recourir comme tous les pays européens à la prorogation des baux, les circonstances ordonnant que soit considérée comme antisociale et intolérable l'expulsion d'un locataire non justifiée par un motif très sérieux du propriétaire (2).

Des projets de loi des 28 décembre 1920 et 21 juillet 1922 obligent à indemnisation le propriétaire qui profite des avantages résultant de la résiliation normale du bail d'un fonds de commerce (3).

Les préavis et indemnités pour rupture injustifiée des contrats de louage de services ont été réglés d'une façon très généreuse par le décret du 9 février 1919 rappelant notre loi sur le contrat d'emploi (4).

La dissolution des sociétés par la volonté de l'une des parties est réglementée par des dispositions (art. 1733 et 1734) analogues à celles du Code français. Le Code de commerce (art. 158) reconnaît le droit de se retirer en tout temps d'une société par actions. Cependant une loi du 24 mai 1922 estimant que ce droit serait exercé à contretemps au moment de la fusion de la société avec une autre, ou d'une augmentation de capital par émission d'actions nouvelles, en a défendu

(1) ABELLO, « De la rescision pour lésion dans la vente dont le prix est fixé par une promesse unilatérale », 1921, p. 258 (*Rev. trimestr. de droit civil*, 1923, p. 450); BONFANTE, « La dato della lesione enorme » (*Rev. trimestr. de droit civil*, 1922, p. 409).

(2) Décrets des 31 décembre 1917 (*Rev. trimestr. de droit civil*, 1918, p. 673) et 27 mars 1919 (*ibid.*, 1922, p. 270).

(3) *Rev. trimestr. de droit civil*, 1923, p. 897 (législation italienne).

(4) *Ibidem*, 1922, p. 277.

l'exercice pendant une durée de deux ans postérieurement à ces événements (1).

Enfin les articles 53 et 54 sanctionnent le refus d'exécution d'une promesse de mariage s'il est dépourvu « de justes motifs » (2).

CHAPITRE IV. — Autriche.

324. Déjà le Code civil de 1811 contenait certaines dispositions dans lesquelles l'influence de la théorie étudiée pouvait se retrouver. Tel l'article 364 suivant lequel le droit de propriété ne peut être exercé au préjudice des droits des tiers.

Le Code civil fut sérieusement modifié en 1916 par le décret impérial du 19 mars. L'article 364 et l'article 364a ont organisé la réparation du préjudice causé par des troubles de voisinage. L'article 364b a interdit les fouilles de nature à faire perdre au bâtiment ou au sol voisin l'appui nécessaire (3).

325. L'article 1295, alinéa 2, formule depuis lors, à l'instar des législations allemande et suisse, une disposition générale adoptant les principes étudiés. Il oblige à indemnité *l'ayant droit qui exerce son droit au mépris des bonnes mœurs ou avec l'intention évidente de nuire* (4). Ce texte est moins étroit que le texte allemand. En effet il vise à la fois l'abus subjectif révélé par l'intention de nuire et l'abus objectif résultant d'un exercice antisocial ou contraire aux bonnes mœurs. Il est moins large que le texte suisse car le législateur autrichien l'a placé dans le cadre de la

(1) *Rev. trimestr. de droit civil*, 1922 (législation italienne).

(2) Venise, 30 décembre 1887 (*La Legge*, 1888, 489); Gênes, 7 juin 1889 (*Gaz. ital.*, 1889, 756).

(3) DEMOGUE, *op. cit.*, t. IV, p. 462, note 9.

(4) KARL ADLER, « La législation autrichienne », dans les *Ann. de droit comm. inter.*, 1921, p. 145.

responsabilité quasi délictuelle au lieu d'en faire un principe général de réglementation juridique.

326. En matière de fiançailles, l'article 45 du Code exclut toute obligation légale en suite de promesses de mariage, mais réserve la question des dommages-intérêts pour rupture injustifiée.

CHAPITRE V. — Espagne.

327. Le droit espagnol ne contient aucune disposition générale visant la théorie étudiée. Plusieurs textes pourtant sont imprégnés de la tendance à laquelle elle répond. La doctrine moderne s'y montre d'ailleurs favorable (1).

Le droit de propriété défini par l'article 348 en des termes à peu près identiques à ceux employés par notre article 544 subit notamment une restriction importante relativement aux troubles de voisinage. L'article 1908 placé dans le chapitre : « Des obligations qui naissent de la faute ou de la négligence » décide : « Les propriétaires répondront également du préjudice causé par les fumées excessives qui seraient nuisibles aux personnes et aux propriétés et par les émanations des cloaques ou dépôts de matières insalubres établis sans les précautions nécessitées par les lieux où ils se trouvent. »

328. Les abus de la puissance paternelle sont réprimés par l'article 171 qui confère aux tribunaux le droit de suspendre ou supprimer son exercice.

L'article 58 relatif à la puissance maritale donne au mari le droit d'exiger que sa femme le suive là où il désire fixer sa résidence. Le mari abuserait pourtant de son droit s'il transportait sa résidence au delà des mers ou en pays

(1) VALVERDE et VALVERDE, *Los codigos civiles modernos y el derecho nuovo*. Cuesta, 1923.

étrangers. La législation espagnole moderne a une tendance générale à protéger la femme contre les excès de pouvoir du mari (1).

329. En matière de conclusion de contrats, le Code civil espagnol contient sur la théorie de la cause des textes analogues à ceux du Code civil. Il va même plus loin et prend soin de donner à cette notion la conception classique en formulant avec précision à l'article 1274 : « Dans les contrats à titre onéreux, on qualifie de cause pour chaque partie contractante la prestation ou la promesse d'une chose ou d'un service faite par l'autre partie; dans les contrats rémunérateurs, le service ou le bienfait qu'on récompense; dans les contrats de pure bienfaisance, la simple libéralité du bienfaiteur. » Il va de soi qu'en présence d'un texte aussi étroit, la jurisprudence espagnole éprouve de sérieuses difficultés à suivre le mouvement constaté en France et en Belgique. Signalons pourtant que l'article 53 du Code de commerce ne parlant ni de cause, ni d'objet, décide simplement « que *les conventions illicites* ne produisent ni obligation, ni action, encore qu'elles aient pour objet des opérations commerciales ».

Enfin, l'article 1290 du Code civil en réprimant l'abus du droit de contracter un achat vise très nettement la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle. Il stipule en effet : « Celui qui de mauvaise foi, aurait acheté les biens aliénés en fraude des créanciers, devra indemniser ceux-ci des dommages et préjudices causés par l'aliénation, toutes les fois qu'il est impossible de les faire rendre. »

330. L'exercice abusif du droit de résiliation est défendu par plusieurs dispositions.

(1) RIGAUD, « Le féminisme en Espagne » (*Rev. trim. de droit civil*, 1920, p. 295).

Le Code civil ne prévoit point de préavis d'usage pour le congé en matière de louage de services, mais le Code de commerce en son article 302 déclare : « lorsque la durée de l'engagement n'aura pas été indiquée, chacune des parties contractantes pourra rompre le contrat en prévenant l'autre un mois à l'avance ».

Les sociétés prennent fin par la seule volonté d'un seul associé. Conformément à notre article 1869, les articles 1705 et 1706 répriment la renonciation faite de mauvaise foi ou en temps inopportun.

Enfin, la loi après avoir pris soin de dire que « la promesse de mariage n'entraîne pas l'obligation de contracter mariage, et qu'aucun tribunal n'admettra qu'on en réclame l'accomplissement » (art. 43), ajoute que le retrait de la promesse sans motifs légitimes donnera lieu à indemnisation.

CHAPITRE VI. — Angleterre.

331. La théorie de l'exercice antisocial des droits répondant à une idée essentiellement solidariste, on comprendra que nous ne lui trouvions point un appui bien puissant en Grande-Bretagne, terre de l'individualisme, berceau du « laisser faire », du « laisser passer ».

Cependant le développement économique impose une transformation des tendances sociales du droit. Il n'est au pouvoir d'aucune nation de s'y soustraire. L'Angleterre devra le comprendre. Son droit n'est du reste pas complètement étranger aux principes déjà étudiés. Par un phénomène curieux, deux tendances opposées se manifestent actuellement. L'une, assez hésitante d'ailleurs, est défavorable à l'abus envisagé sous son aspect subjectif, ayant comme critérium l'intention de nuire; l'autre est favorable à l'abus envisagé sous son aspect objectif, ayant comme critérium

le détournement du but social du droit ou la rupture de l'équilibre des intérêts sociaux en présence. Ces deux tendances correspondent, quelque paradoxal que cela puisse paraître, à une orientation politique progressiste. Cette proposition ne nécessite pas d'explication pour le second aspect de la théorie étudiée; elle en réclame pour le premier. Le phénomène est simple à expliquer. La plupart des applications de la conception subjective de la théorie étudiée, relevées dans la jurisprudence anglaise, sont relatives à des conflits du travail. Les juges réfractaires à la doctrine de l'abus en toute autre circonstance l'invoquèrent pour tenter d'affaiblir les puissances syndicales. Certaines décisions jurisprudentielles abandonnent aujourd'hui ce point de vue. C'est ce qui a permis à plusieurs auteurs (1) de soutenir que la jurisprudence anglaise, après s'être montrée un moment favorable à la théorie étudiée, l'avait très nettement condamnée ensuite. En réalité, les juges anglais mieux éclairés ont compris que la défense d'intérêts professionnels ou même politiques nécessitait parfois des actes qui en apparence, mais en apparence seulement, n'avaient d'autre but que de nuire. Notons que ces auteurs n'envisageaient point la conception objective de notre théorie (2).

Ceci dit, examinons rapidement les cas d'approbation ou de rejet de la théorie de l'exercice antisocial des droits que nous avons pu recueillir.

332. En principe, il est admis malgré certaines hésita-

(1) JEAN FOUILLAND, *op. cit.*, p. 288 « La condamnation intégrale de la théorie de l'abus des droits » (Bibliothèque de droit comparé de Lyon); RENÉ HOFFHER, *Le boycottage devant les cours anglaises*, p. 41 à 44. Paris, 1923.

(2) EL. ARABY, dans *La conscription des ventes et les luttes de la concurrence économique*, p. 159 à 162, avait tout d'abord adopté le même point de vue que FOUILLAND et HOFFHER. Dans un post-scriptum, éclairé par le livre de M. CORNIL, *Le droit privé*, il reconnaît à la conception objective toute sa valeur.

tions (1) que le voisin lésé par l'exercice du droit de propriété dû à une intention essentiellement nocive ne dispose pas d'action en vue d'éviter ou de faire réparer ce dommage (2).

Un arrêt de la Chambre des lords du 29 juillet 1895 est formel à cet égard. Un sieur Pickless avait exécuté sur sa propriété des travaux de nature à corrompre ou tarir les sources jaillissant sur le terrain d'une commune la « Corporation de Bradford ». La Chambre des lords saisie de la question décida que l'acte seul devait être envisagé et non son mobile. « Si l'acte est correct en lui-même, le motif de cet acte importe peu » (3).

Ce principe est pourtant tempéré, soit par d'autres principes prévus par des cas particuliers, soit même par des textes législatifs. Ainsi, on ne peut porter atteinte au « droit de l'appui latéral » d'un sol voisin (4). Quand un chemin public est hors d'usage, le propriétaire du sol voisin doit tolérer le passage (5) sur son bien. Le droit anglais a organisé « le délit de nuisance » en vue de régler la délicate question des troubles de voisinage (6). Si un dommage permanent, sérieux et anormal est occasionné par un voisin, notamment par l'exercice de sa profession, il sera tenu à la réparation du dommage ou à la suppression de sa cause (7).

333. L'exercice du droit d'ester en justice ne donne pas lieu non plus à dommages et intérêts en principe, même si l'intention de nuire est établie (8). Cependant dans certains cas, vu la gravité des faits, le recours pour abus de ce droit sera admis. Les abus sont dénommés : *malicious prosecu-*

(1) DEMOGUE, *Obligations*, t. IV, p. 385.

(2) Keebc HICKERINGILL rapporté par FOUILLAND, *op. cit.*, p. 58.

(3) VOY. FOUILLAND, *op. cit.*, p. 56 à 61.

(4) ARTHUR PAVITT et SIMON JUQUIN, *Droit anglais*, p. 250.

(5) *Ibidem*.

(6) DEMOGUE, *op. cit.*, t. IV, p. 460.

(7) BERINDOAGUE, *Dommages et intérêts en droit anglais*, p. 100.

(8) LEHR, *Droit anglais*, t. II, p. 278.

tion (exercice malicieux de poursuite pénale ou de dénonciation à la justice répressive), *malicious abuse of process* (actions téméraires particulièrement graves, telles que procédure de faillite ou de liquidation), *maintenance* (intervention d'un tiers dans le seul but de nuire (1)). Le *Vexation Action act* de 1896 a du reste pris à cet égard des mesures très générales. Son article 1^{er} permet à la haute cour sur demande de l'attorney général, de subordonner l'exercice du droit d'ester à une autorisation préalable et à la justification d'un intérêt sérieux, aux citoyens « qui intentent habituellement et avec persistance des procès vexatoires sans motif raisonnable ». Une loi de 1898 a étendu la force obligatoire de cet Act à l'Ecosse (2).

334. La puissance maritale paraît également absolue. Elle met en principe la femme sous la domination complète du mari. Cependant en ce qui concerne sa personne, le droit de correction du mari est de plus en plus contesté (3). En ce qui concerne ses biens, un revirement de la jurisprudence a imposé les *married womens property Act* de 1870, 1874 et 1893, qui ont organisé la protection de ceux-ci contre les abus du mari (4).

335. Quant à la puissance paternelle, elle paraît de tout temps avoir été conçue plus en vue des intérêts de l'enfant que de ceux du père. Il a toujours été admis que les pouvoirs du père devaient lui être retirés s'il en faisait un usage contraire à leur finalité. On sait que le Chancelier enleva à Shelley la tutelle de ses enfants. Cette déchéance de la puissance paternelle a été légalement organisée par le *Prevention of cruelty to children Act* de 1894 (5). Si le droit

(1) BERINDOAGUE, *op. cit.*, p. 105, note 2.

(2) A. PERROCHET, *op. cit.*, p. 183.

(3) LEHR, *Droit anglais*, t. I^{er}, p. 75.

(4) *Ibidem*, t. I^{er}, p. 88; PAVITT et SIMON JUQUIN, *op. cit.*, p. 64.

(5) LEHR, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 124.

anglais prévoit que le consentement des parents au mariage de leurs enfants est nécessaire, celui-ci n'est pas requis sérieusement et ne forme en tout cas pas un élément substantiel du contrat. L'opposition injustifiée peut donner lieu à condamnation à dommages et intérêts même contre les ascendants, contrairement aux dispositions de notre code (1).

336. En matière d'abus du droit de conclure un contrat, une distinction s'impose. L'aspect objectif de la théorie étudiée se retrouve dans la théorie de la cause. La notion de la « considération » (2) correspond assez justement à notre notion classique de cause. Les mêmes principes juridiques en découlent et il est notamment admis que dans les conventions synallagmatiques « la considération » d'un engagement est l'engagement correspondant. Mais le droit anglais connaît aussi la conception des actes *in breach of the public policy* (3) qui lui permet, n'étant pas lié par un texte aussi étroit que notre article 6 du Code civil, d'adopter des solutions analogues à celles des jurisprudences française et belge qui confondent cause et motif. Le *public policy* est une notion beaucoup plus large que notre « ordre public ». On l'a justement défini : « *L'esprit* de l'ensemble des lois existantes et du système juridique en vigueur ». El. Araby dans un ouvrage récent a remarqué toute l'importance que cette notion pouvait avoir pour l'application au droit anglais de la conception objective de l'abus des droits (4). C'est elle en tout cas que les tribunaux anglais ont invoquée pour annuler des obligations dont le mobile déterminant était illicite ou immoral; tels les dons entre concubins, la location d'une

(1) LEHR, *op. cit.*, t. II, nos 86 et 104.

(2) WALTON, « Cause et considération en droit anglais » (*Rev. trimestr. de droit civil*, 1919, p. 469).

(3) DEMOGUE, *op. cit.*, t. II, p. 819.

(4) EL. ARABY, *op. cit.*, p. 251 à 259.

voiture à une prostituée consentie en connaissance de cause (1) ou les contrats passés en vue de frauder le fisc (2).

L'aspect subjectif de l'abus du droit de conclure une convention ne trouve pas dans le droit anglais un appui aussi solide. L'application la plus nette et la plus curieuse qu'on en relève date de 1853. Il s'agit de la célèbre affaire Lum-Ley contre Gye (3). Lum-Ley, directeur de théâtre, engage une actrice célèbre, miss Johanna Wagner, chanteuse d'opéra. Gye, entrepreneur de spectacles, en vue de nuire à son concurrent, fait des offres plus avantageuses à l'actrice et parvient à lui faire briser son contrat. La cour admit l'action de Lum-Ley contre Gye (4). Cet arrêt fit grand bruit dans le monde judiciaire et donna naissance à la doctrine du « procuring or inducing breach of contract » (5) équivalente à la thèse française du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle. Cette doctrine trouvait notamment son fondement dans une antique réglementation du travail : « Les statuts des laboureurs datant du XIV^e siècle » (6). C'est du reste un principe du droit anglais que l'on engage sa responsabilité en débauchant les domestiques d'un tiers (7).

Le même abus fut réprimé en 1881 par un arrêt rendu en cause de Bowen contre Hall. Un contrat liait un sieur Pearson et un briquetier Bowen. Pearson s'engageait à fabriquer pendant cinq ans pour Bowen et seulement pour lui des briques spéciales. Deux concurrents de Bowen engagèrent Pearson, parvenant à lui faire rompre son contrat. Action de Bowen, condamnation des concurrents (8). Mais en 1892,

(1) DEMOGUE, *op. cit.*, t. II, p. 820, note 2.

(2) PAVITT et SIMON JUQUIN, *op. cit.*, p. 259.

(3) FOUILLAND, *op. cit.*, p. 27.

(4) Comp. les solutions identiques de : Paris, 24 novembre 1904 (SIR., 1905, 2, 284) et 28 décembre 1905 (*Le Droit*, 25 août 1906) déjà cités.

(5) EL. ARABY, *op. cit.*, p. 21.

(6) FOUILLAND, *op. cit.*, p. 27.

(7) LEHR, *op. cit.*, t. II, p. 652.

(8) FOUILLAND, *op. cit.*, p. 31.

un revirement complet se produit. La Chambre des lords refuse très nettement d'adopter la théorie étudiée dans le cas suivant : Quelques compagnies de navigation assurant la liaison entre la Chine et l'Europe s'associent en vue de chasser de leur rayon d'action d'autres compagnies leur faisant une concurrence occasionnelle, mais sérieuse. A cet effet, elles usèrent des procédés courants de boycottage : conclusion de contrats avec leurs représentants, insertion dans ces contrats d'une clause leur interdisant toutes relations avec les compagnies concurrentes ou les forçant même à rompre les engagements qui les liaient à celles-ci. Les compagnies lésées agirent en dommages et intérêts. Elles furent déboutées. Le désir de respecter le principe de la libre concurrence, principe sacré aux yeux de tout Anglais, paraît avoir sérieusement inspiré les juges (1).

Nouvel exemple de réaction contre la théorie étudiée en 1910. Une compagnie d'assurance contre les accidents de travail ayant eu des démêlés avec un ouvrier, insère dans ses polices une clause interdisant à ses assurés de l'employer. Ce procédé fut admis par l'arrêt Mackensie contre Iron Trades employers insurances (2).

La plus récente décision relative à l'abus du droit de contracter est particulièrement intéressante, car elle touche au problème aujourd'hui si délicat de la liberté de la presse. C'est l'affaire Sorrell contre Smith. Un exposé détaillé des faits compliqués nous forcerait à trop de développement (3). Le procès est dû à la politique de limitation de distance, poursuivie par la fédération de détaillants marchands de journaux en vue d'éviter l'ouverture de nouvelles boutiques de vente dans un rayon déjà suffisamment pourvu. A la

(1) FOUILLAND, *op. cit.*, p. 56.

(2) HOFFHER, *op. cit.*, p. 83.

(3) Voy. EL. ARABY, *op. cit.*, p. 35 à 41. Exposé des faits empruntés à l'opinion du juge Russel.

suite de conflits divers entre boutiquiers grossistes et détaillants, il fut établi que les éditeurs intervenant dans la lutte ne consentaient à fournir à certains grossistes qu'à la condition de priver de toute livraison certain détaillant récalcitrant. Un jugement rendu le 28 mars 1923 accueillit la demande des plaignants. Le 13 mars 1924 cette sentence fut infirmée (1). La question sera soumise à la Chambre des lords.

337. Le droit anglais est en principe inexorable à l'égard du débiteur. Il ne lui manifeste aucune espèce d'indulgence. Dans ces conditions les applications de la théorie étudiée aux droits d'exécution des contrats sont rares. La nécessité de réprimer l'exercice abusif se manifestant par l'exigence d'une prestation dans des conditions imprévues du débiteur et ruineuses pour lui s'est pourtant imposée comme ailleurs. Le droit anglais si strict cependant en matière contractuelle, a dû adopter des solutions en concordance avec la théorie de l'imprévision du droit français. Celles-ci la dépassent même par leur ampleur.

M. Levy Ullman a publié à cet égard une étude du plus haut intérêt intitulée : « L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité en droit anglais » (2). Nous y avons puisé les quelques indications qui vont suivre.

La règle générale de la force majeure est établie par le « leading case » *Paradine contre Jane*, qui date de 1647. Contrairement à ce qui se passe en droit français, le cas fortuit ne libère le débiteur que pour autant qu'il ait été expressément prévu par les parties; qu'elles en aient fait une condition résolutoire. Une exception est prévue en faveur du voiturier et de l'aubergiste qui peuvent être exonérés de leur responsabilité si les choses confiées sont détruites ou endommagées « by the act of god or by the king's enemies ».

(1) EL. ARABY, *op. cit.*, p. 306.

(2) *Ann. de droit comm. intern.*, 1921, p. 279 à 296; 1922, p. 41 à 55.

Un premier tempérament fut apporté à la rigueur de cette règle par l'arrêt *Taylor contre Coldwell* en 1863. Un entrepreneur de spectacles prend en location un music hall pour y donner de grandes fêtes. Quelques jours avant celles-ci tous les locaux loués sont détruits par un incendie. Le contrat ne prévoyait pas la résolution pour cause d'incendie. D'où procès. Un principe nouveau fut énoncé par le juge : « Il semble que dans les contrats dans lesquels l'exécution dépend de la continuation d'existence d'une personne ou d'une chose donnée, une condition est sous-entendue : l'impossibilité d'exécution provenant de la disparition de la personne ou de la chose excusant l'inexécution ». C'était le premier pas vers l'admission de la clause tacite *rebus sic stantibus*. Nouveau tempérament apporté avec plus de précision en 1896 par l'arrêt *Boast contre First*. Un père de famille passe un contrat d'apprentissage avec un patron. Son fils dont le travail avait été promis tombe malade. Action du patron pour « breach of contrat ». La cour déboute en disant : « On doit admettre qu'il a été dans la prévision des parties que l'empêchement d'exécution due au cas fortuit (act of god) constituerait une excuse à l'inexécution ». Arrêts semblables en 1869 (*Farrow contre Wilson et Wife*) et en 1871 (*Robinson contre Davison*). Dans ce dernier cas il s'agissait d'un engagement qu'une pianiste n'avait pu exécuter pour cause de maladie.

Le droit commun anglais admettait une autre exception au principe relaté plus haut. Le débiteur était libéré lorsque l'exécution devenait impossible par le fait du prince (act of legislature).

En 1869 la cour du Banc de la Reine devait l'invoquer et l'élargir pour apporter un tempérament de plus à l'abus du droit d'exécution des contrats. Un bail de quatre-vingt-neuf ans contenait une clause interdisant au preneur de construire dans un enclos. Une compagnie de chemin de fer expropria le terrain et y construisit une gare. Action du propriétaire

pour « breach of covenant ». Perte du procès. On relève dans le jugement ces termes très caractéristiques : « Là où l'événement est de telle physionomie *qu'il ne peut pas raisonnablement avoir été dans la prévision des parties contractantes au moment où le contrat a été passé*, elles ne sauraient être liées par des termes généraux qui si larges qu'ils soient n'avaient pas été employés en se référant à la possibilité de la contingence particulière survenue ultérieurement ».

Les célèbres procès du couronnement d'Edouard VII permirent après 1902 à la théorie de l'imprévision de s'affirmer d'une manière certaine. L'affaire type fut la cause Krill contre Henry. Henry loua en vue des fêtes du couronnement les fenêtres d'un immeuble appartenant à Krill. Par suite d'une indisposition subite d'Edouard VII, le couronnement fut remis. Krill exigea le paiement du loyer stipulé. Il fut débouté en première instance et en appel. Le Lord Justice s'exprima comme suit : « Le fait que la procession aurait lieu avait été envisagé par les parties contractantes comme le fondement même du contrat, si bien qu'on ne pouvait raisonnablement supposer qu'il était entré dans la prévision des parties contractantes au moment de la conclusion du contrat, que le couronnement pourrait ne pas avoir lieu au jour annoncé ».

Cette jurisprudence est intéressante à rapprocher des décisions françaises et belges qui, par l'expédient de l'interprétation extensive de notre article 1722 du Code civil, ont réprimé l'abus du droit du propriétaire qui réclamait paiement des loyers alors que pour un fait autre que la destruction de l'immeuble (absence, difficultés ou interruptions du commerce) le preneur avait été empêché de jouir.

Ces principes et l'extension de la « théorie commerciale de la frustration de l'aventure » (un retard insolite dû généralement à une force majeure apporté dans l'exécution du contrat, autorise les parties à considérer la convention comme résiliée, si le gain envisagé cesse d'être réalisable à raison de

ce retard) permirent aux juristes anglais d'adopter pendant la guerre et depuis, des solutions d'équité identiques à celles adoptées par les jurisprudences française et belge. Il a été ainsi jugé qu'un armateur ne devait pas payer les salaires d'un marin engagé pour trois ans, le navire ayant été capturé à Anvers par les Allemands (Horlock contre Beale, 1916); que le contrat d'entreprise pour la construction de réservoirs était résilié par le fait que le Ministre des munitions avait arrêté les travaux (Métropolitain Water Board contre Dick Kerr), ainsi que le contrat d'affrètement de douze mois d'un navire réquisitionné par l'Etat pendant cinq ans (Bank Line contre Arkin Capel, 1918). La commission des contrats d'avant-guerre résume cette jurisprudence en disant notamment : « Si l'impossibilité d'exécution provient d'une cause que ni l'une ni l'autre des parties n'ont pu raisonnablement avoir prévue au moment de la passation du contrat et au sujet de laquelle les clauses du contrat ne contiennent aucune disposition, un homme ne saurait être ainsi engagé ».

338. Enfin, la résiliation des contrats a donné également lieu en droit anglais à plus d'une application de la théorie étudiée. Ainsi, en matière de louages de services d'une durée indéterminée comme dans presque tous les pays du monde, le congé ne peut être donné sans avertissement préalable (1). La loi de 1894 sur la marine marchande a spécialement réprimé les abus des armateurs commis lors des résiliations des contrats de louage de services des matelots. Le matelot ne peut être congédié que pour motif grave. Le capitaine n'a pas le droit sans autorisation de le congédier s'il est à bord d'un navire qui se trouve à l'étranger (2).

Jusqu'en 1876, la cessation collective du contrat de travail fut considérée comme abusive et des sanctions

(1) LEHR, *op. cit.*, t. II, p. 248.

(2) PAVITT et SIMON JUQUIN, *op. cit.*, p. 319.

pénales la réprimait. C'était le délit de *conspiracy at common law*. L'acte de 1876 qui le supprima décidait : « que les ententes entre deux ou plusieurs personnes dans le but de faire ou de persuader de faire un acte en vue d'un conflit entre employeurs et ouvriers ne pourront être poursuivies comme *conspiracy* si le même acte, accompli par une seule personne ne constitue pas une infraction pénale » (1). Depuis la jurisprudence s'est montrée hésitante sur la question de l'application de la théorie étudiée au droit de résiliation exercé collectivement. Ainsi que nous le signalions, la tendance actuelle, due au mouvement progressiste des idées est plutôt favorable au syndicalisme. L'espèce la plus célèbre est la cause Allen contre Flood (2). Deux ouvriers Flood et Taylor, ayant eu des démêlés d'ordre professionnel avec une organisation syndicale, celle-ci provoqua leur congédiement par la menace d'une grève générale. Les ouvriers ainsi lésés dirigèrent une action en dommages et intérêts contre les membres du syndicat qui avaient pris une part active à l'affaire. La cour d'appel ayant estimé l'action fondée, la Chambre des lords par arrêt du 14 décembre 1897, rejetant la conception subjective (3) de la théorie étudiée, infirma cette décision.

Pourtant en 1899, dans une affaire analogue (Lyons contre Wilkins [4]), un arrêt basa la condamnation sur le fait que l'intention de nuire avait joué un rôle essentiel dans le déclenchement d'une grève. Des tendances identiques se révèlent dans l'affaire Charnock contre Court (5) et Giblan contre Union nationale des laboureurs. Elles correspondent à une offensive générale des tribunaux anglais contre les Trade Unions. Ces

(1) HOFFHER, *op. cit.*, p. 27.

(2) FOUILLAND, *op. cit.*, p. 19 à 24.

(3) *Ibidem*, p. 295.

(4) HOFFHER, *op. cit.*, p. 29.

(5) *Ibidem*, p. 30; EL. ARABY, *op. cit.*, p. 49, en note.

tendances s'affirment avec l'arrêt Quin contre Leathen rendu en 1901, par la Chambre des lords. Un syndicat, l'Union des journaliers et aides de la boucherie de Belfort, provoqua une cessation collective de travail, pour obtenir d'un patron boucher le renvoi d'un ouvrier non syndiqué. La cour d'Irlande condamna les dirigeants unionistes au paiement de 200 livres de dommages et intérêts. La Chambre des lords refusa d'infirmer cette décision.

Puis une nouvelle période d'hésitation se produit. L'arrêt Gaskell contre Lancashire and Cheshire miner's fédération de 1912 repousse l'action d'ouvriers congédiés à l'intervention d'un syndicat menaçant de décréter une grève (1). Un arrêt de 1919, Valentine contre Hyde l'accueille au contraire (2).

Depuis lors, la thèse de non-responsabilité paraît avoir triomphé. Elle peut en tout cas être relevée dans les arrêts Hodges contre Weble et While contre Riboy (3).

En matière de société, il est admis que tout membre peut se retirer d'une association à durée indéterminée. Les tribunaux peuvent ajourner la dissolution s'il devait en résulter un dommage irréparable (4). L'abus ne résulte pas subjectivement de l'intention de l'associé, mais objectivement du préjudice que pourrait subir la société.

Le droit anglais depuis le *marriage Act* de 1753 envisage la promesse de mariage comme un véritable contrat civil qui entraîne une action en dommages et intérêts en cas de rupture injustifiée. C'est l'action *for breach of promise of marriage*. Le Digeste de Jenks contient une disposition générale sur les contrats qui organise une exception pour les fiançailles. C'est l'article 275 ainsi conçu : « les dom-

(1) HOFFHER, *op. cit.*, p. 84.

(2) *Ibidem*, p. 85.

(3) *Ibidem*, p. 86.

(4) Peacock contre Peacock, Lay contre Walker, cités par LEHR, *Droit anglais*, t. II, p. 206.

mages et intérêts ne doivent jamais s'appliquer au préjudice moral, exception faite pour le cas de rupture de promesse de mariage » (1).

CHAPITRE VII. — Portugal.

339. Le Code portugais contient trois dispositions qui sans constituer une règle générale relative à l'abus du droit, en visent pourtant nettement les principes. Après que l'article 359 eût qualifié de *droits primordiaux* dérivant de la nature humaine le droit à la liberté et le droit d'association, l'article 363 ajoute : « Le droit d'expression est libre comme la pensée, mais *celui qui en abuse* au préjudice de la société ou d'autrui sera responsable dans les termes de la loi. L'article 365 est ainsi conçu : « le droit d'association consiste dans la faculté de mettre en commun les ressources ou les efforts individuels en vue d'un objet quelconque, sans porter préjudice aux droits d'autrui ni à ceux de la société »; et l'article 364 : « Le droit d'action consiste dans la faculté d'accomplir librement tous les actes, mais *celui qui en abuse* par atteintes aux droits d'autrui ou de la société sera responsable dans les termes de la loi ».

Ce dernier texte est très large et son application devra permettre à la jurisprudence d'adopter des solutions conformes à celles que nous avons rencontrées en droit français et belge. Pourtant une disposition générale en limite la portée en disant (art. 13) : « Celui qui se conformant à la loi exerce son droit propre ne répond pas du préjudice qui peut en résulter ». Il faut ajouter que cette disposition est du reste elle-même tempérée par ce curieux article 14 : « Celui qui exerçant son droit recherche un profit doit, en cas

(1) PIERRE COLIN, *Les fiançailles en droit comparé*, p. 84. Paris, 1921.

d'opposition, céder à celui qui tend à éviter une perte ».

Cet article répond à une tendance finaliste intéressante et assure la prédominance des intérêts sociaux sur les intérêts particuliers.

En dehors de ces textes, d'autres applications de la théorie étudiée peuvent être relevées.

340. Le droit de propriété ne subit en matière de troubles de voisinage qu'une limitation fort restreinte, établie par l'article 2398, § 1^{er}, « prévoyant la responsabilité de ceux qui dans l'exécution des travaux ou dans l'exercice d'entreprises, professions ou métiers, causeraient des dommages à la propriété d'autrui ou aux personnes, s'il est établi qu'ils se sont volontairement abstenus d'observer ou de faire observer les précautions ordinairement usitées ».

341. La puissance paternelle ne pourra être exercée contrairement à l'intérêt de l'enfant. *En cas d'abus*, décide l'article 141, le père et la mère pourront être destitués du droit de gouverner la personne et les biens de leurs enfants.

342. L'abus du droit de contracter paraît être réprimé par l'article 364 précité. Au surplus, sans faire rentrer l'existence ou le caractère licite de la cause parmi les conditions nécessaires à la validité des contrats (art. 643), le Code portugais en son article 192 stipule néanmoins que si le contrat a pour cause ou pour objet un acte immoral et qu'il y a connivence des deux parties, aucune d'elles ne pourra agir en justice à raison de ce contrat.

343. L'abus du droit de résiliation est prévu par plusieurs textes. L'article 1364 confère au mandant le droit de révoquer sa procuration quand et comme bon lui semble; mais l'article 245 du Code de commerce de 1888 déroge à cette disposition en décidant que la révocation peut donner lieu à dommages et intérêts si elle n'est pas justifiée (1).

(1) LEHR, *Code de commerce portugais*, p. 91.

L'article 1278 limite le droit de provoquer la dissolution d'une société à durée indéterminée.

L'article 1067 prévoit la restitution des dons ou le remboursement des dépenses en cas de rupture injustifiée de promesse de mariage.

CHAPITRE VIII. — Roumanie.

344. Le Code civil roumain contient relativement au droit de propriété une disposition ainsi conçue :

« Généralement l'exercice du droit de propriété n'est libre que tant que le droit d'un tiers n'est pas lésé » (art. 478). La jurisprudence s'est montrée favorable à la théorie étudiée et la cour de cassation a rendu une décision célèbre dans laquelle on relève l'énonciation de ce principe : « Toutes les fois qu'une personne a lésé par abus le droit d'autrui, elle doit être légalement obligée de réparer le préjudice causé » (1). En vue de réprimer l'abus du droit d'ester en justice, la loi du 28 décembre 1907, organique de la procédure en justice de paix, édicte une peine d'amende non seulement à l'égard de la partie qui se voit déboutée de sa demande, mais même à l'égard de son avocat, si l'action était évidemment mal fondée.

CHAPITRE IX. — Serbie.

345. Le Code serbe de 1844 contient fort peu de dispositions inspirées par la nécessité d'éviter l'exercice antisocial des droits. On peut pourtant citer l'article 483 qui réprime l'abus du droit de contracter ou d'exécuter un contrat de louage de services en stipulant : « celui qui se charge d'un

(1) BARDESCO, *op. cit.*, p. 184.

ouvrage doit être payé convenablement »; l'article 757 qui interdit la renonciation à contretemps en matière de sociétés, et l'article 70 qui prévoit des dommages et intérêts pour le cas de rupture de fiançailles non légitimement motivée.

346. On peut noter d'autre part que l'article 806 organique de la responsabilité civile laisse place à une élaboration jurisprudentielle de la théorie étudiée, en décidant : « On ne répond pas du dommage causé lorsqu'on reste dans les limites déterminées par la jouissance du droit concédé ».

CHAPITRE X. — Monténégro.

347. L'article 943 du Code de la principauté contenait une disposition générale visant l'abus des droits. Elle était placée au chapitre de la responsabilité et décidait : « Quiconque fait ce qu'il a le droit de faire ne fait tort à personne et n'encourt aucune responsabilité, quand même par ce fait il causerait un dommage à autrui. Il est tenu néanmoins dans l'exercice de son droit, de ne pas en dépasser les limites et de ne rien faire par méchanceté ou mauvaise intention ».

L'article 1000 placé au chapitre VIII intitulé : « De quelques maximes juridiques qui, sans pouvoir modifier ni changer la loi, peuvent en éclairer l'esprit et le sens » ajoute : « Tu as beau avoir un droit, tu ne peux t'en servir à seule fin de causer ennui ou dommage à autrui ».

C'est la conception étroite de la théorie étudiée adoptée par le Code allemand, douze ans seulement après la publication du Code général de la principauté de Monténégro.

348. Les articles 141, 142 et 143 et surtout 850 règlent d'une façon fort intéressante la question du voisinage. L'article 850 stipule notamment : « Les rapports de voisinage et le droit que dans chaque circonstance particulière ils confèrent aux voisins dérivent de la situation et des besoins

récioproques que le voisinage par lui-même crée entre les voisins. En ce cas, la loi, conciliant leurs intérêts en vue de l'ordre et de la tranquillité réciproque ordonne que dans certaines circonstances, un voisin, pour l'utilité de son voisin, supporte une gêne, une restriction, une limitation dans l'exercice d'un droit que sans cela il pourrait exercer dans toute son étendue ».

349. En matière conventionnelle deux articles répriment l'abus du droit d'exécution. C'est d'une part l'article 537; il autorise les tribunaux à accorder des délais si l'exécution immédiate de l'obligation était trop onéreuse pour le débiteur. C'est d'autre part l'article 1014 qui sous une forme curieuse donne au créancier cet excellent conseil : « Tu as beau être dans ton droit, tu feras bien de ne pas le réclamer à outrance » (1).

CHAPITRE XI. — Hollande.

350. Le droit hollandais paraît dans l'ensemble réfractaire à la théorie de l'abus des droits.

Signalons pourtant que la propriété est définie : « le droit de jouir librement d'une chose et d'en disposer de la manière la plus absolue, sous réserve des droits des tiers », par l'article 625. Cette réserve des droits des tiers est de nature à faciliter sérieusement la solution des conflits de voisinage.

351. La loi du 6 février 1901 a fait de la puissance paternelle plus un devoir qu'un droit (2), la soumettant ainsi à la tendance de toutes les législations européennes.

352. La loi du 13 juillet 1907 a réglé le délai de congé en matière de louage de services et la question des indemnités

(1) *Code monténégrin*, traduit par DARESTE et RIVIÈRE, p. 274.

(2) TITTA, « L'évolution du droit privé en Hollande de 1869 à 1912 », *Bull. de législ. comp.*, 1922, p. 272.

pour exercice injustifié du droit de résiliation (1). D'autre part, l'article 113 accorde l'action en responsabilité pour rupture de promesse de mariage pour autant qu'il y ait eu publication des bans.

CHAPITRE XII. — Scandinavie.

353. La Norvège, la Suède et le Danemark ayant des législations fort semblables, il nous a paru inutile d'examiner séparément les applications de la théorie étudiée dans chacun de ces pays.

L'abus du droit de propriété est réprimé par plusieurs textes. Ainsi une loi suédoise de 1864 et une loi norvégienne de 1887 interdisent de pratiquer des fouilles assez profondes ou assez rapprochées de la limite des héritages pour entraîner l'écroulement des terres voisines. De même sont interdites sans autorisation expresse du voisin les installations de nature à incommoder par les fumées, odeurs ou émanations (2).

Dans les trois pays, le législateur est intervenu pour interdire l'exercice antisocial du droit de propriété en édictant des règles prohibitives en vue de la conservation des forêts. En Suède, une législation forestière spéciale est en vigueur depuis 1903 (3).

354. Dans les trois pays la puissance paternelle est large, étant toutefois admis que si les parents abusent de leurs prérogatives, elles peuvent leur être retirées. En Suède notamment une loi scolaire de 1897 décide que les enfants seront

(1) VOY. ZANTEN, « La législation du travail dans les Pays-Bas depuis 1870 », *Bull. de législ. comp.*, 1922, p. 283.

(2) LEHR, *Droit civil de Scandinavie*, p. 68.

(3) UPPSTRUM, « Évolution du droit privé en Suède de 1869 à 1919 », *Bull. de législ. comp.*, 1922, p. 311.

séparés des parents si ceux-ci les empêchent de se rendre à l'école (1).

355. La dénonciation du contrat de louage de services à durée indéterminée est toujours, sauf en Suède, soumise à un certain délai fixé par l'usage de la loi. En Norvège, la loi du 27 juin 1922 fixe à quinze jours le délai de préavis pour la résiliation du contrat de travail des ouvriers de fabrique.

356. La rupture injustifiée des fiançailles entraîne des dommages-intérêts dans les trois pays. La question est plus spécialement prévue par la loi suédoise du 12 novembre 1915 (2).

CHAPITRE XIII. — Russie.

357. Il ne nous a point paru utile de rechercher dans l'ancien Code civil russe les dispositions pouvant se rattacher aux tendances de la théorie étudiée. Il ne contenait aucune règle générale à cet égard.

Le Code civil de la République russe des Soviets, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1923, contient au contraire à ce sujet une formule recommandable : « Les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans les cas où ils sont exercés en contradiction avec leur destination sociale et économique ». C'est la conception la plus large sous laquelle on puisse envisager la théorie étudiée. Elle est purement objective et laisse loin derrière elle la conception étroite du droit allemand. Ceux qui voient dans la théorie de l'abus des droits une doctrine révolutionnaire et destructive de notre ordre social triompheront certainement en apprenant qu'elle a été adoptée d'une manière aussi nette par les Soviets. Qu'ils se rassurent; il semble bien établi que les auteurs de cette formule l'ont

(1) LEHR, *op. cit.*, p. 333.

(2) PIERRE COLIN, *op. cit.*, p. 81.

puisée dans la doctrine française, et notamment dans l'œuvre de Duguit (1).

CHAPITRE XIV. — Le droit musulman.

358. La question de la théorie de l'abus des droits en droit musulman a fait l'objet d'une étude très approfondie de Mahmoud Fatty. Cette œuvre a été publiée en 1913, dans la collection des travaux du séminaire oriental d'études juridiques et sociales.

Il en résulte que les origines et les bases de la théorie étudiée se retrouvent dans le Coran lui-même : « Dieu aime, disait le Prophète, la personne qui est douce en achetant, vendant, en demandant ses créances et en payant ses dettes » (2).

Le Coran réprimait l'abus du droit de disposer à cause de mort en prescrivant que le testament ne devait pas dépasser la quotité disponible ni être inspiré par l'intention de nuire à certains héritiers. Il visait l'abus du droit d'ester en justice.

Les jurisconsultes musulmans développèrent ces premières bases et en déduisirent trois principes essentiels :

1^o L'exercice d'un droit ne peut se produire que dans le but pour lequel il est accordé. Affirmation de la conception finaliste de la théorie étudiée. Affirmation large qui correspond étonnamment à douze siècles de distance (3) à la conception adoptée par le Code des Soviets;

(1) EL. ARABY, *op. cit.*, p. 318; BORIS NOLDE, « Le Code civil de la République des Soviets », *Bull. de législ. comp.*, 1923, p. 231; ED. LAMBERT, Préface aux *Codes de la Russie soviétique*, traduits par J. Patouillet (Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, 1925, p. 31).

(2) MAMMOUD FATTY, *L'abus au droit en droit musulman*, p. 92.

(3) Le jurisconsulte Malek a vécu de 715 à 795.

2° L'exercice d'un droit cesse d'être légitime à partir du moment où le dommage qu'il entraîne est excessif;

3° Nul ne doit exercer son droit quand cet exercice ne doit lui être d'aucun profit et risque de porter préjudice à autrui. Le second principe était invoqué pour régler la question des obligations de voisinage et pour réprimer les ruptures, injustifiées de louage de services.

Malgré les discussions doctrinales à laquelle elle donna lieu, la théorie étudiée reste une des bases du droit musulman. Le fil conducteur de son application fut la notion de la destination sociale et de la finalité des droits.

359. Le rédacteur des Codes mixtes égyptiens de 1876 fit à cet égard plusieurs emprunts aux règles du droit musulman.

L'article 120 du Code de procédure civile et commerciale stipule : « En toutes affaires le tribunal pourra accorder des dommages et intérêts pour les dépenses occasionnées par une action ou une défense vexatoires ».

L'article 59 du Code civil mixte écarte la théorie française de la mitoyenneté forcée, mais l'article 60 ajoute : « toutefois, le propriétaire d'un mur ne peut le détruire volontairement, sans motifs sérieux, de façon à nuire au voisin dont la propriété est close ».

L'article 492 du même code décide : « Quand la durée du louage de services n'a pas été fixée, chacune des parties peut rompre le contrat à tout moment, pourvu que ce ne soit pas d'une façon intempestive ».

360. Lors de la codification du droit des obligations, les articles 103 du Code tunisien et 94 du Code marocain ont adopté la théorie de l'abus, avec limitation de ses effets en la renfermant dans le cadre de la responsabilité civile; « il n'y a pas lieu à responsabilité civile lorsqu'une personne sans intention de nuire, a fait ce qu'elle avait le droit de faire. Cependant lorsque l'exercice du droit est de nature à causer un dommage notable à autrui et que ce

dommage peut être supprimé sans inconvénient notable, il y a responsabilité si l'on n'a pas fait ce qu'il fallait pour le prévenir ou le faire cesser ».

CHAPITRE XV. — Droit américain.

361. Le droit américain est plus individualiste encore que le droit anglais. Aussi les tendances auxquelles répond la conception de l'abus des droits n'y trouvent-elles point un terrain bien favorable.

La théorie étudiée a été presque uniquement invoquée en matière de conflits de travail. C'est dire qu'elle a surtout servi d'instrument de réaction entre les mains des juges américains.

L'organisation judiciaire américaine est totalement différente de la nôtre. Le pouvoir judiciaire apprécie la constitutionnalité des lois; il met en outre le pouvoir législatif sous une véritable tutelle en appréciant également la justice et l'opportunité des lois. Ce système est remarquablement exposé dans une œuvre récente due à M. Ed. Lambert, étude dont le titre est des plus significatifs : « Le Gouvernement des juges ». L'auteur nous décrit longuement la lutte menée par le pouvoir judiciaire contre la législation sociale et les artifices multiples auxquels dut recourir le législateur pour forcer les juges à respecter la loi. Un exemple entre mille : En 1881, la Pensylvanie adopte un statut qui pour réagir contre le paiement des salaires en bons de marchandises, oblige les compagnies charbonnières à régler les ouvriers en monnaie légale des Etats-Unis. La cour suprême de Pensylvanie refusa d'appliquer la loi, « celle-ci étant inconstitutionnelle et nulle comme portant atteinte à la sacro sainte liberté ». (Sic.)

C'est seulement en 1901 que le législateur parvint à

imposer sa volonté en frappant d'une taxe prohibitive les bons donnés en paiement de salaires (1).

On comprend que chez des juges aussi adversaires des notions les plus élémentaires du droit social, les conceptions que nous avons étudiées n'aient pas trouvé un terrain favorable. Ils ont invoqué néanmoins les principes étudiés pour soutenir vigoureusement la lutte judiciaire du capital contre le travail. Reconnaissons qu'ils les ont parfois appliqués à juste titre. Tout comme la cour de cassation de France, la jurisprudence américaine a fait la distinction entre les buts légitimes et les buts licites poursuivis par les ouvriers en rompant collectivement le contrat de travail, entre l'usage et l'abus du droit de grève. Il importe de noter pourtant que les juges américains se sont arrêtés à une notion tout objective de l'exercice anormal du droit de cessation collective du contrat de travail. Ils ne recherchent pas si les auteurs de la grève obéissent à une intention de nuire, mais si le but en vue duquel l'acte est accompli est socialement et économiquement nuisible (2).

362. On relève, en outre, une répression de l'exercice antisocial du droit de contracter dans le Sherman Act de 1890. L'article 1^{er} est ainsi conçu : « Tout contrat, arrangement, sous forme de trust ou autrement ou coalition tendant à limiter le trafic ou le commerce entre les divers Etats ou avec les nations étrangères est ici déclaré illégal » (3).

(1) LAMBERT, *Gouvernement des juges*, p. 70 et 71.

(2) LAMBERT et BROWN, *La lutte judiciaire du capital et du travail organisés aux Etats-Unis*, p. 31 et 201.

(3) *Ibidem*, p. 79.

CHAPITRE XVI. — Droit japonais.

363. Le Code civil japonais du 28 avril 1896 (1) contient lui aussi quelques applications de la théorie étudiée.

L'exercice abusif du droit de résilier les contrats est notamment réprimé par plusieurs textes. Les articles 617 et 627 fixent respectivement les délais de congé en matière de louage de choses ou de services. L'article 678 décide que : « l'associé ne peut à moins de nécessité absolue se retirer de la société à une époque désavantageuse pour celle-ci ».

Le cas le plus intéressant nous est fourni par l'article 651 qui, après avoir stipulé que : « le mandat peut être résilié à toute époque par chacune des parties », ajoute : « lorsque l'une des parties a résilié le mandat à une époque désavantageuse pour l'autre, elle est tenue, à moins qu'elle n'y ait été contrainte par la nécessité, de réparer les dommages qui en résultent ». Cet article admet donc conformément à la jurisprudence française aussi bien la responsabilité du mandant que celle du mandataire.

Les articles 573 et 584 du Code de commerce de 1891 protègent les marins contre les abus des capitaines en des termes à peu près identiques à ceux signalés en droit anglais (2).

Le Code révisé de 1911 déclare illégale toute clause de non-responsabilité en matière maritime.

CHAPITRE XVII. — Amérique du Sud.

364. Comme éléments intéressant l'étude des applications de la théorie de l'abus du droit en droit comparé on peut

(1) MOTANO et TONICI, *Code civil japonais*. Paris, 1898.

(2) *Code de commerce japonais*. Paris, 1898.

encore signaler l'article 582 du Code chilien qui définit le droit de propriété : « le droit réel que l'on possède sur une chose d'en jouir et d'en disposer à sa volonté pourvu qu'on n'en fasse pas un usage préjudiciable au droit d'autrui »; la tendance doctrinale du droit brésilien de rechercher la destination sociale des droits, exposée par Pedro Xisto en une thèse récente intitulée : *Fundamento et finalidade economico sociaes do direito civil* (1), les dispositions du Code péruvien prévoyant la responsabilité pour rupture de fiançailles.

365. Nous avons ainsi terminé l'étude pratique de la doctrine de l'exercice antisocial des droits subjectifs. Il en découle quelques conclusions. Tant dans la jurisprudence que dans la législation, cette doctrine joue un rôle de plus en plus considérable. Les lois allemandes, portugaises, autrichiennes, monténégrines, suisses et russes lui donnent une consécration officielle plus ou moins large. Elle inspire un grand nombre de dispositions légales de tous les pays civilisés. La cour de cassation de France lui accorde son adhésion formelle. La cour de cassation de Belgique ne lui est pas opposée (2). D'aucuns tentent encore de la combattre ou de la nier. C'est faire œuvre vaine; le mot « abus du droit » a fait fortune; l'idée imprègne toute la vie juridique du moment.

(1) *Recife*, 1923.

(2) *Pasic.*, 1918, I, 65.

PARTIE THÉORIQUE

TITRE PREMIER

LA DOCTRINE.

366. L'examen de la doctrine nous permettra, en procédant à une étude critique des opinions émises par les auteurs, de présenter les premiers éléments des questions théoriques posées par l'exercice antisocial des droits.

On peut distinguer trois phases dans l'évolution doctrinale de la théorie de l'abus des droits. Une phase que nous pourrions qualifier d'inconsciente et fragmentaire, pendant laquelle les auteurs adoptent des principes conformes à la théorie étudiée sans se rendre compte de toute leur importance et sans y voir encore les tendances d'une orientation juridique nouvelle. La seconde phase, constructive celle-ci, commence au moment où les auteurs, constatant une évolution jurisprudentielle intéressante, en rassemblent les éléments, les soumettent à une étude approfondie et tentent avec ces matériaux une systématisation de la théorie en la faisant rentrer dans le cadre étroit de la responsabilité civile. La troisième phase, toute moderne celle-là, est en voie de développement. Elle tend à donner aux principes énoncés une ampleur considérable. Elle place nettement la question sur le terrain même des bases fondamentales du droit et fait de la théorie de l'abus un instrument puissant de socialisation juridique. C'est au développement de cette troisième phase que nous voudrions avoir apporté notre contribution.

CHAPITRE I^{er}. — Phase inconsciente et fragmentaire.

367. Nous avons dit déjà que la jurisprudence considérée longtemps comme point de départ de la théorie étudiée, n'avait, en réalité, que renouvelé l'énonciation de principes anciens, admis par le droit romain, par l'ancien droit français, l'ancien droit belge et par de nombreuses décisions judiciaires antérieures au fameux arrêt de Colmar de 1855. Il en est de même en doctrine. Si une note au SIREY de 1898, due à Esmein, deux articles publiés en 1899 dans la *Revue critique*, l'un par Duffau-Lagarosse (1), l'autre par Em. Levy (2) et enfin une thèse de Porcherot, présentée à Dijon en 1901, paraissent être le point de départ des discussions doctrinales interminables auxquelles donna lieu depuis lors la thèse de l'abus des droits, plusieurs auteurs avaient cependant antérieurement rencontré incidemment la question.

368. Pardessus, dans son *Traité des servitudes*, écrivait déjà en 1834, étudiant, en matière d'écoulement des eaux, les obligations du propriétaire du fonds servant : « Ce ne peut être qu'une malice évidente de la part du propriétaire supérieur qui rendrait l'inférieur admissible dans sa réclamation. Les tribunaux doivent appliquer avec discernement le principe d'équité, qui ne permet pas d'user de son droit sans utilité pour soi et d'une manière nuisible à autrui » (3).

Et plus loin, énonçant à nouveau ce principe qui se retrouve à plusieurs reprises dans son œuvre, il l'illustre

(1) *Revue critique*, 1899, p. 483, « Dommages et intérêts en matière de rupture de louage de services ».

(2) *Revue critique*, 1899, p. 361 et suiv., « Responsabilité et contrat ».

(3) PARDESSUS, *op. cit.*, 8^e édit., mise en rapport avec la jurisprudence belge, p. 51.

d'un exemple que la jurisprudence moderne la plus progressive aurait quelque difficulté à suivre. Le propriétaire d'une maison qui borde une rue ne pourrait refuser, estime-t-il, à celui dont la maison est située vis-à-vis, la faculté de la blanchir pour se procurer plus de jour (1). On le voit, c'est une adhésion très nette à la conception subjective de la théorie étudiée.

L'idée de la finalité des droits, de leur exercice anti-social, la conception objective de la théorie étudiée, n'est du reste pas non plus étrangère à l'auteur. On la retrouve dans des propositions de ce genre : « La faveur de la propriété doit céder à des considérations plus puissantes » (2).

369. La plupart des auteurs de l'époque de Pardessus se déclarent avec lui partisans de la conception subjective de l'abus. Nous pouvons citer Toullier dans son *Commentaire du droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, continué et complété par Duvergier (3), Proudhon dans son ouvrage sur *Les droits d'usufruit* (4), Zachariæ (5) et surtout Sourdat qui, dans son *Traité de la responsabilité*, n'hésite pas à déclarer : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui duquel il émane à le réparer, quand il n'a pas sa source dans l'exercice d'un droit ou quand il résulte d'un mode particulier d'exercer son droit qui n'a pas d'utilité pour son auteur ou pourrait être évité » (6). Sourdat prend ainsi nettement parti dans la question si discutée du critérium. Pour lui, l'abus se manifeste par un défaut d'utilité dans l'exercice d'un droit. Ainsi envisagée, la question étudiée

(1) PARDESSUS, *op. cit.*, n° 142.

(2) *Ibidem*, p. 143, n° 228.

(3) TOULLIER, *op. cit.*, t. II, n° 328; t. VI, p. 92.

(4) PROUDHON, *op. cit.*, t. II, n° 1486.

(5) ZACHARIÆ, *op. cit.*, t. II, p. 57, note 1.

(6) SOURDAT, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 429.

se rapproche sensiblement de la maxime célèbre : « Sans intérêt pas d'action ».

370. Pour comprendre ce mouvement doctrinal, il faut noter soigneusement que tous ces auteurs, s'ils commentent les articles du nouveau code, restent, néanmoins, sous l'influence certaine des larges principes du droit romain et de l'ancien droit français. L'individualisme outrancier de l'œuvre napoléonienne n'a pas encore produit tous ses effets. Il faut attendre Demolombe pour le trouver dans son complet développement. Cet auteur étudie la question incidemment, mais l'examine, néanmoins, minutieusement. Les griefs et arguments opposés à la théorie étudiée et que l'on rencontrera tour à tour combattus ou invoqués par les auteurs postérieurs se trouvent tous en germe dans l'œuvre de Demolombe.

En faveur de l'exercice illimité du droit de propriété, il rappelle le texte formel du Code : *de la manière la plus absolue*. Comme tant d'autres le feront après lui, il signale le danger de l'arbitraire du juge, de la confusion de la morale et du droit, et remarque qu'il n'existe aucune disposition légale de nature à soutenir notre thèse (1).

371. Ce premier essai de réaction doctrinale ne résistera guère à la poussée jurisprudentielle. Demolombe reste isolé. Laurent en 1876 aborde la question à son tour et se montre d'emblée partisan résolu de la théorie étudiée, lui qui par ailleurs fut un défenseur acharné du droit strict. Sa conception est large. Il accepte comme critérium l'intention de nuire tout en adoptant comme base juridique la notion de la finalité des droits. « Mais est-ce bien user de son droit, écrit-il, au chapitre de la propriété, que de l'exercer dans le seul but de nuire? Pourquoi les droits sont-ils sanctionnés par la loi? Parce que ce sont des facultés qui nous sont nécessaires pour

(1) DEMOLOMBE, *Des servitudes*, nos 646 à 650.

remplir notre mission sur cette terre. Le législateur doit-il sa protection à celui qui emploie à faire le mal, un droit qui lui a été accordé comme instrument de développement intellectuel et moral? » (1). On voit déjà apparaître l'idée des droits-devoirs qui permettra la justification intégrale de la doctrine élargie de l'abus des droits. Au surplus, Laurent comprend fort bien que la conception subjective de l'abus (l'intention de nuire) se confond avec la conception objective dont elle n'est qu'un aspect, et il dit très justement, résolvant une question qui fut tant discutée par la suite : *Les droits sont conférés pour une mission; s'ils sont exercés méchamment ils sont détournés de leur but*. Au titre des obligations, l'auteur développe ces principes en employant le premier l'expression *abus du droit* (2). Il résout affirmativement le point de savoir si l'article 1382 suffit à justifier légalement la responsabilité encourue par un exercice abusif du droit de propriété ou du droit d'ester en justice; admet en ce qui concerne ce dernier droit contrairement à la jurisprudence française, qu'il peut y avoir abus par légèreté coupable, sans mauvaise foi. Il conclut : « Il n'y a pas de droit absolu » (3).

372. Larombière, en 1855, ne fait pas non plus de l'*animus vexandi* la condition *sine qua non* de l'abus du droit. Il cite plutôt la malice comme une circonstance aggravante de l'exercice anormal, qu'il vise, au surplus, comme suit : « 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. »

373. Puis, dans la doctrine française une réaction se

(1) LAURENT, *Droit civil*, t. XI, n° 140.

(2) *Ibidem*, t. XX, p. 428, n° 411.

(3) *Ibidem*, t. XX, p. 437, n° 417.

manifeste. Huc, en 1895 (1) et Muteau, en 1898 (2), reprenant les arguments de Demolombe sans examiner autrement la question, combattent l'élargissement de la responsabilité civile et se déclarent adversaires de la recherche par le juge de l'intention du sujet du droit. Huc pourtant admet qu'il puisse y avoir responsabilité par abus du droit d'ester en justice (3).

374. En Belgique, au contraire, l'exemple montré par Laurent semble être suivi. Willems, dans son *Essai sur la responsabilité civile*, reconnaît aux conceptions de Laurent toute leur valeur, et Van Biervliet, apercevant la notion de la finalité des droits, s'exprime comme suit dans le rapport n° 12 à la Commission de revision du Code civil : « Les droits ne sont inviolables que parce qu'ils sont conformes à la raison et, par conséquent, dans la mesure où ils servent à une fin raisonnable. »

375. De cet examen de la première phase doctrinale de la théorie étudiée, on peut déduire ces conclusions. La thèse de l'abus des droits qui fit la première fois en 1898 l'objet d'un travail approfondi, était plus ou moins neuve quant aux mots employés, mais non quant aux principes énoncés. En réalité, avant et après le Code, la grosse majorité des auteurs ont admis que l'exercice abusif des droits pouvait engager la responsabilité de leurs sujets. Et des écrits du XIX^e siècle que l'on peut recueillir sur cette question, il ressort bien nettement que si l'intention de nuire a été unanimement admise comme critérium, le défaut d'intérêt légitime ou le détournement du but social avaient déjà leurs partisans.

(1) *Op. cit.*, t. VIII, p. 536.

(2) MUTEAU, *Responsabilité civile*, p. 16.

(3) HUC, *op. cit.*, t. VIII, p. 547, n° 411.

CHAPITRE II. — Phase constructive.

376. La discussion s'ouvre par une note d'Esmein au SIREY de 1898 (1). C'est tout d'abord une attaque énergique et pénétrante contre la théorie étudiée, envisagée sous son aspect subjectif. L'auteur lui reconnaît une haute élévation de pensée, mais lui reproche une absence totale de base légale. L'article 1382 exige une faute. Cette faute ne peut être qu'un acte illicite, et l'exercice d'un droit, quelle que soit l'intention de celui qui l'exerce, ne saurait être illicite. Telle est sa première objection. Seconde objection : la doctrine de l'abus substitue une faute morale à la faute juridique et transforme les juges en censeurs. Ce sont les deux arguments de principe déjà prévus par Demolombe. Esmein ne fait, en somme, que les répéter. Nous les examinerons lors de notre exposé théorique général.

Esmein ajoute quelques objections spéciales que nous pouvons rencontrer immédiatement. Pour montrer à quelles conséquences extraordinaires selon lui, conduit l'adoption des principes de l'abus des droits, il s'écrie sous une forme interrogative ne permettant à toute évidence qu'une réponse négative : « Un propriétaire, dont le fonds n'est grevé d'aucune servitude, élève un mur dans le seul et unique but de gêner son voisin. Pourra-t-il être condamné à des dommages et intérêts? » Assurément et, qui mieux est, la démolition de l'ouvrage élevé dans ce but pourra être ordonnée. Esmein en posant cette question paraît ignorer l'arrêt de 1855 de la cour de Colmar.

L'action téméraire, ajoute-t-il, n'est pas un abus de droit mais un acte exercé sans droit, un dépassement de droit. Ceci constitue la base d'une distinction purement verbale

(1) SIREY, 1898, 1, 21.

adoptée par Planiol et d'autres auteurs et que nous aurons à rencontrer ultérieurement. Qui oserait prétendre, continue-t-il, que l'intentement d'un procès bien fondé, sans profit sérieux et réel, uniquement pour tourmenter le défendeur pourrait constituer un abus? Nous le prétendons et cet abus peut être sanctionné de deux façons différentes. Soit par le rejet de la demande puisque « sans intérêt pas d'action », soit par l'allocation de dommages et intérêts si, par exemple, ayant le choix entre plusieurs tribunaux compétents, le demandeur a volontairement et sans utilité, porté sa demande devant le tribunal le plus éloigné du domicile du défendeur.

En somme, ce qu'Esmein critique particulièrement c'est l'importance conférée à *l'animus vexandi*, dans la doctrine de l'abus. Il se reconnaît partisan d'ailleurs de la conception objective puisqu'il écrit : « L'exercice d'un droit pourrait donner lieu à des dommages et intérêts s'il servait d'instrument pour violer, entraver chez autrui le libre exercice d'un droit individuel également légitime et reconnu ». Excellent principe qui suffit à lui seul à régler toute la délicate question des relations de voisinage.

377. Commentant la modification apportée à l'article 1780 du Code civil par la loi française du 27 décembre 1890, Duffau-Lagarosse (1) se montre favorable à la théorie étudiée, tout au moins quant au fond, sinon quant à la forme. Relevant après Esmein et Planiol cette incompatibilité apparente des mots « abus » et « droit », il préférerait se rallier à cette formule « acte abusif sous l'apparence de l'exercice d'un droit » si la phrase n'était un peu longue et si l'expression « abus du droit ne présentait plus de commodité ». Quant au fond, il reconnaît déjà dans le nouvel article 1780 une application législative de la théorie étudiée, lui donne comme base légale l'article 1382, combat les deux objections

(1) *Revue critique*, 1899, p. 479 à 510.

générales présentées par Esmein et Demolombe, s'attache plus spécialement à la conception subjective, adopte les critères de l'intention de nuire ou de l'absence d'intérêt légitime et fait de la notion du risque une question séparée. Il ouvre, en outre, la voie à un élargissement général de la doctrine de l'abus en écrivant : « Au surplus, les observations qui précèdent devraient être étendues au cas où en dehors de tout dessein de nuire, *l'exercice du droit reposerait sur un intérêt contraire à la loi ou à la morale*, un tel intérêt n'étant pas susceptible d'engendrer des conséquences juridiques ». Et l'auteur, entre parenthèses, attire l'attention sur l'article 900 du Code civil, donnant ainsi par avance son approbation aux vues que nous avons exposées relativement à la jurisprudence française en matière de libéralité sous condition impossible ou contraire aux bonnes mœurs.

378. En même temps que l'article de Duffau-Lagarosse, la *Revue critique* de 1899 (1) publiait une intéressante étude sur la responsabilité civile due à M. Em. Levy. Cet auteur devenu depuis l'un des maîtres les plus éminents du socialisme juridique (2) admettait très nettement les solutions jurisprudentielles de l'abus des droits. Il ne voyait néanmoins dans cette théorie qu'un cas spécial de responsabilité extra-contractuelle, responsabilité à laquelle il donnait un fondement fort curieux. Pour lui la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle ont une origine commune : une confiance légitime trompée. Il existe, dit-il, un rapport de confiance légitime entre tous les êtres juridiques et en dehors de tout contrat. Si l'auteur d'un acte trompe la con-

(1) *Revue critique*, 1899, p. 361 et suiv.

(2) MARCO BARASCH, *Le socialisme juridique*, 1923, p. 61 et suiv.; EM. LEVY « L'exercice du droit collectif » (*Rev. trim. droit civ.*, 1903); « La personne et le patrimoine » (*Revue socialiste*, 1911); « Confiance légitime » (*Rev. trim. de droit civ.*, 1910).

fiance légitime de la victime, il est responsable; s'il ne la trompe pas, il échappe à toute responsabilité. Exemple : un individu passe devant une maison en réparation. Un ouvrier laisse tomber une pierre. Celui-ci est responsable parce qu'il a trompé la confiance du promeneur qui comptait pouvoir passer tranquillement. S'il a prévenu le promeneur du danger, il ne devra point réparer le dommage. Cette conception du rapport de confiance légitime se rapproche en somme de la notion de la faute : manquement à une obligation pré-existante. Appliquant ces principes aux espèces jurisprudentielles d'abus des droits, l'auteur s'exprime très justement ainsi : « Cette jurisprudence examine si le droit a été exercé conformément à ce que l'on pouvait penser, étant donné l'intérêt général, les usages, la raison pour laquelle le droit a été créé, en un mot si l'on a trompé la confiance nécessaire que crée un certain milieu ». Cette idée très intéressante est en tout cas des plus favorable à la théorie étudiée. Elle lui donne une base excellente et prépare même son élargissement et sa transformation (en dehors des cas de responsabilité civile) en principe général de réglementation sociale. Car Levy va plus loin; il attribue à la société une conscience collective, démontre que tous les droits sont des rapports de confiance, soit entre les individus, soit entre leur sujet et cette conscience collective. Il explique notamment que le droit de propriété se déduit de cette conscience collective de la société et subsiste dans la mesure où cette conscience la protège (1). De là, il est facile de conclure : si le sujet de droit trompe la confiance de cette conscience collective qui seule lui confère et peut lui conférer ce droit, il le détourne de son but et l'exerce antisocialement.

379. Jean Bosc en 1901 (2) consacre le premier à l'abus

(1) LEVY, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*.

(2) J. BOSCH, *Éléments constitutifs du délit civil*. Paris (Rousseau), 1901.

des droits une étude complète et détaillée. Il relève d'abord les décisions jurisprudentielles françaises relatives aux cas d'application classiques (droit de propriété, action téméraire, rupture du contrat de louage de services, droit de grève), puis se livre à un essai de construction d'une théorie générale. A cette fin l'auteur rappelle que historiquement et pratiquement le droit n'a jamais présenté un caractère absolu. Il fait sien le mot de Declareuil (1) : « le caractère absolu que l'on s'est accoutumé à reconnaître à la propriété par une incompréhension singulière du *dominium* romain, n'est qu'une sottise contre laquelle proteste l'évolution historique de tous les peuples ». Puis ayant admis que les droits subjectifs sont des intérêts protégés créés pour maintenir l'équilibre entre l'intérêt individuel et l'intérêt social, il considère que la nécessité de ce même équilibre qui permet leur naissance doit en réglementer l'exercice. Il donne comme exemple l'hypothèse subjective d'abus du droit révélé par l'*animus vexandi* et déclare : « l'intention méchante amène une rupture d'équilibre puisque la collectivité a grand intérêt à ce que chacun exerce ses droits de bonne foi et non d'une manière dolosive ». Cette reconnaissance d'un intérêt social supérieur doit forcer l'intérêt individuel à céder. C'est un peu la conception que nous allons retrouver chez Gény. L'auteur ajoute du reste que l'intention malicieuse n'est que l'un des cas de trouble social amenant ce déséquilibre d'intérêts et se déclare partisan résolu d'un critérium objectif. Il voit l'abus partout où il y a un exercice excessif et anormal.

330. La première monographie traitant exclusivement de la question est due à M. Porcherot. C'est une thèse présentée à Dijon en 1901 et intitulée *De l'abus du droit*. Cet auteur établit soigneusement la distinction entre les actes accomplis sans droit ou en dehors des limites du droit, et l'acte abusif

(1) *Nouvelle revue historique*, 1891, p. 295.

bien que restant dans les limites objectives d'un droit subjectif déterminé. Dans ce dernier cas il base la responsabilité de l'auteur de l'acte sur une idée de finalité, de détournement du but du droit et admet trois critères subjectifs : l'intention de nuire, le défaut d'intérêt personnel et l'absence de motifs légitimes. Enfin l'auteur estime que l'article 1382 est nettement insuffisant en l'occurrence et que la jurisprudence a le plus grand tort de l'invoquer. Il rappelle la conception classique de la faute, éclairée par l'adage : *qui suo jure utitur neminem lædit* et conclut à la nécessité de distinguer très nettement la responsabilité pour abus de droit, de la responsabilité quasi délictuelle (1).

381. Nous arrivons ainsi à une période où la théorie de l'abus des droits prit une importance considérable. De 1901 à 1914 se succèdent des ouvrages, des articles et des notes où tous les juristes du moment apportent à la construction de cette théorie des matériaux nouveaux et lui donnent en quelque sorte une consécration officielle par l'ardeur et l'ampleur de la discussion dont elle est l'objet. Il serait difficile dans cet enchevêtrement de poursuivre l'examen de tous ces écrits par ordre chronologique. Il est préférable de les grouper sous le nom de chacun des auteurs auxquels ils sont dus.

Saleilles, l'un des juristes français les plus éminents, a étudié la théorie de l'abus des droits à plusieurs reprises. Il a émis à son égard des opinions parfois contradictoires. En 1895 (2), tout d'abord il l'esquisse de manière assez limitée. La rejetant pour tous les droits dont la loi a réglé l'exercice, il admet que l'usage anormal ou l'intention de nuire (critérium objectif et critérium subjectif) peuvent entraîner une responsabilité s'il s'agit d'un droit incomplètement défini

(1) PORCHEROT, *De l'abus du droit*. Dijon, 1901.

(2) *Les accidents du travail et la responsabilité civile*.

par le législateur. En somme il n'adopte la thèse que relativement à certains droits, tels que la propriété et la faculté d'ester en justice.

Puis, il publia son chef-d'œuvre : *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code civil allemand*. Amené à commenter le texte du Code allemand, relatif à l'abus des droits, il se livre à un examen très approfondi de la question. Il paraît ébranlé par l'objection déjà rencontrée du danger de transformer les juges en censeurs en leur permettant de scruter l'intention des sujets dans tous les actes de la vie. Il prend pourtant parti pour un critérium purement objectif et propose cette très large formule : « *Il y a abus du droit dans l'exercice anormal du droit, exercice contraire à la destination économique ou sociale du droit subjectif, exercice réprouvé par la conscience publique et dépassant par conséquent le critérium du droit puisque tout droit, au point de vue social, est relatif* » (1). Il demande que l'on rejette définitivement le côté psychologique du droit et que l'on s'en tienne à la responsabilité objective de l'individu. Il s'insurge contre la cristallisation que l'on a voulu opérer de certaines facultés individuelles pour en faire des droits positifs intangibles. A son tour par cette notion de la destination économique et sociale du droit, il prépare la voie à l'élargissement général de la théorie étudiée. Il la loue en 1904 d'avoir reconnu les devoirs sociaux de la propriété de façon à restituer au plus individuel de tous les droits, le caractère social que les idées doctrinaires de la Révolution lui avaient fait perdre (2).

Lors du projet de révision du Code civil, Saleilles fut chargé de présenter à la première sous-commission un rapport sur la question de l'abus des droits et sur l'opportunité

(1) *Théorie générale de l'obligation*, t. I^{er}, n° 310.

(2) *Le Code civil et la méthode historique*. (Livre du centenaire, p. 112.)

d'une réglementation législative de ce mouvement jurisprudentiel. Admettant ce qu'il avait combattu dans son *Traité des obligations* et reprenant le critérium subjectif de l'*animus vexandi* ou du défaut d'intérêt légitime, il proposa d'introduire dans le titre préliminaire du Code civil un texte ainsi libellé : *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* (1). Nous voici loin de la formule large et purement objective proposée antérieurement. Hâtons-nous d'ajouter qu'il n'abandonne pas quant au fond les principes admis par lui en 1901. Il estime simplement, quant à la forme, que ceux-ci font partie de la question de la délimitation du contenu des droits et n'appartiennent pas à la théorie de l'abus au sens strict de cette expression. Il adopte ainsi la querelle de mots soutenue par Esmein et Planiol.

382. En 1905, Josserand fait paraître une excellente monographie qui semble être l'œuvre la plus claire que l'on ait écrite sur la question. Après avoir signalé certains aspects de la doctrine de l'abus des droits, il se livre à une analyse de forme et de fond. Il affirme le caractère essentiellement subjectif de l'abus du droit (2) et se range ainsi parmi les auteurs qui n'accordent à la thèse étudiée qu'une portée limitée. Il indique, comme critérium essentiel, l'absence d'intérêt légitime (3) qu'il préfère à l'intention de nuire, place la notion de l'abus dans le cadre de la théorie générale de la responsabilité, réfute l'argument de mots selon lequel un acte ne pourrait être à la fois conforme au droit et contraire au droit en signalant très justement qu'il s'agit d'un acte conforme à un droit subjectif mais contraire au droit objectif.

(1) *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 348.

(2) JOSSERAND, *De l'abus des droits*, p. 44. Paris 1905.

(3) *Ibidem*, p. 57.

Enfin il rencontre très heureusement les objections de fond en proclamant nettement qu'il ne craint pas mais espère la disparition des barrières traditionnelles entre la morale et le droit, ce dernier n'étant que de la morale en action.

Dans la suite Josserand a collaboré à un premier élargissement de la théorie étudiée. En 1910, il se rallie déjà au critérium objectif en admettant cette formule finaliste : « Les droits sont des prérogatives causées (1) dans leur origine et par conséquent limités dans leur existence. Ils ne sauraient être exercés en vue d'un but autre que celui pour lequel ils ont été reconnus par le législateur » (2).

En 1922 approuvant très nettement le revirement progressiste opéré par la jurisprudence en matière d'interdiction de sous-location, il reprend cette formule et pose en principe que : « le droit doit être exercé socialement, conformément à sa finalité » (3).

Il ne conçoit pas encore mais pressent en somme le rôle que la théorie qu'il a contribué à créer sera appelée à jouer comme instrument général de réglementation juridique.

383. Bufnoir (4) reconnaît à la jurisprudence relative à l'abus des droits un mérite incontestable. Il l'estime fort malaisée à justifier juridiquement. Il redoute particulièrement une conséquence à laquelle cette doctrine devait conduire selon lui et à laquelle elle a conduit en effet, de ne plus considérer les droits « comme ayant leur légitimité en eux » mais de les justifier seulement par leur but. Cet auteur, attiré par la jurisprudence progressiste, hésite à l'approuver et se montre en tous cas adversaire résolu de tout élargissement de notre thèse par l'adoption de sa conception objective. Il ne motive pas son opinion à cet égard.

(1) JOSSERAND, *Les transports*, n° 307, 546, 776, 1011.

(2) Note au D. P., 1913, 2, 129.

(3) Note au D. P., 1922, 2, 173.

(4) BUFNOIR, *Propriétés et contrats*, 1900, p. 807.

384. Beudant (1) se déclare partisan de la théorie étudiée. Il estime qu'il peut y avoir abus dans deux cas : d'une part lorsque la personne qui exerce ce droit a agi uniquement avec l'intention de nuire, et d'autre part lorsqu'elle cause un dommage, en commettant dans l'exercice de son droit, une négligence ou une imprudence qu'un homme très diligent placé dans les mêmes conditions n'aurait pas commise. Beudant, tout en restant purement sur le terrain subjectif, a le mérite d'ajouter un critérium nouveau à ceux déjà rencontrés. Cette notion de l'exercice imprudent va permettre de justifier la jurisprudence belge relative à l'abus du droit d'ester en justice et de sanctionner l'exercice non pas intentionnellement méchant mais simplement irréflecti du droit de rompre un contrat de louage de services ou des fiançailles.

385. Max Desserteaux a publié dans la *Revue trimestrielle de droit civil* (2) un article très étudié sur la question. Il critique les deux critères les plus communément acceptés : intention de nuire ou détournement de la destination sociale du droit. Il fait au premier le reproche classique de la nécessité des recherches psychologiques de la part du juge. Il oppose au second des objections plus originales et que nous tenterons de réfuter ultérieurement. A quel moment la destination devra-t-elle être appréciée? Est-ce à la promulgation de la loi? On s'expose alors à considérer comme abusifs des actes qui sont aujourd'hui conformes au but économique du droit. Est-ce au moment où le litige naît? Mais alors l'exercice d'un droit pourra devenir abusif dans toutes ses manifestations. Puis, admettant néanmoins les applications jurisprudentielles, il estime que la vérité peut être trouvée dans une troisième critère : « l'abus du droit consiste, dit-il,

(1) BEUDANT, *Cours de droit civil : les contrats et obligations*, n° 1188. Paris, 1906.

(2) DESSERTAUX, « Abus du droit ou conflits des droits », *Rev. trim. de droit civil*, 1906, p. 119 à 139.

à léser un autre droit également respectable et mériterait, en bonne terminologie, d'être appelé conflits des droits ».

Cette conception en réalité fort large se rapproche de la notion d'équilibre des intérêts. Elle est consacrée par les législations étrangères qui définissent le droit de propriété : « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on ne lèse pas le droit d'autrui ». Elle constitue en tout cas, un pas de plus dans la théorie de la faute essentiellement objective, que tend à admettre notre cour de cassation (1) en décidant : « il y a faute dès qu'il y a lésion d'un droit ». Nous verrons pourtant que le critérium proposé par Desserteaux est insuffisant.

386. Alfred Martin, professeur à l'université de Genève, dans son rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du Code civil suisse manifeste, en vain du reste, une opposition très nette à la théorie étudiée (2). Il la déclare à la fois inadmissible et superflue. Inadmissible parce que la règle « celui qui use d'un droit ne lèse personne » a conservé toute sa valeur, parce que l'essence des droits est de pouvoir être exercés et que dès lors prétendre que l'exercice d'un droit est contraire au droit serait une contradiction flagrante. Inadmissible encore parce qu'elle constitue un danger pour l'ordre public en tendant à socialiser et moraliser le droit. Curieuse conception de l'ordre public que de prétendre exiger en son nom, un droit antisocial et amoral! Superflu, ajoute l'auteur, parce que tous les cas rencontrés par la jurisprudence pouvaient recevoir une solution identique par la simple application des principes généraux de la responsabilité. Constatons que les adversaires les plus déterminés de la théorie étudiée ne font

(1) Voy. *supra*, p. 205 et 206.

(2) A. MARTIN, « L'abus du droit et l'acte illicite », *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*. Bale, 1906.

jamais que des objections de forme, ils n'osent point attaquer nettement la jurisprudence progressiste que nous avons rencontrée.

387. Charmont paraît être le premier auteur qui ait accepté à la fois les deux critères : l'intention de nuire et la destination économique et sociale. En 1902 déjà, dans une étude largement conçue, il se rallie à la fois à la conception subjective et à la conception objective de l'abus des droits. Le premier aussi il aperçoit dans les progrès de notre doctrine la manifestation de cette tendance sociale : l'idée de solidarité prime celle de liberté (1).

Dans la suite, cet auteur a renouvelé (2) son approbation quant au fond, mais a estimé que les principes généraux de la responsabilité suffisaient quant à la forme à justifier les divers cas d'application relevés dans la jurisprudence.

388. Ripert, désireux de résoudre le problème de la responsabilité entre propriétaires voisins, par la notion d'une obligation de voisinage dérivant de la loi, s'est en 1902, montré adversaire décidé de la thèse de l'abus des droits. « C'est, écrit-il, reprenant la critique de forme déjà rencontrée, une maladroite extension des principes de responsabilité édictés par le code ». « Mais, ajoute-t-il, au fond, nous devons retenir cet effort tenté pour faire reculer l'intérêt particulier, l'esprit individualiste devant l'intérêt social, qui tend toujours à restreindre les droits individuels » (3). Il se rallie donc aux tendances auxquelles répond la théorie étudiée, tout en repoussant la notion d'abus du droit, *stricto sensu*, présentée comme élément nouveau de responsabilité civile. On pourrait

(1) « L'abus du droit » (*Rev. trimestr. de droit civil*, 1902, p. 113 à 125). Cet article a été publié à nouveau dans CHARMONT, *Le droit de l'esprit démocratique*, p. 80 à 100. Montpellier, 1908.

(2) CHARMONT, *Transformation du droit civil*, p. 238.

(3) RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, p. 256. Paris, 1902.

presque dire que bien que n'admettant point la théorie étroite, il se rallie par avance à la notion élargie, au principe général de réglementation sociale.

Ripert, au cours de ses nombreuses études doctrinales, changera d'avis. Cette conversion, fréquente chez les auteurs, prouve la complexité de la question. En 1906, Ripert voit (1), dans l'abus des droits un simple cas de responsabilité civile. Il distingue l'acte dépassant la limite d'un droit, constitutif de faute au sens classique, de l'acte compris dans ces limites. Il admet que l'auteur du second engage sa responsabilité en vertu de la théorie du risque s'il n'agit pas suivant les circonstances normales de son époque et de son milieu, et en vertu de la théorie de l'abus si l'exercice normal en apparence est inspiré par une intention de nuire ou est dépourvu de toute utilité. Le voici donc partisan de la conception la plus étroite de l'abus. Il en restreint encore la portée en prétendant que certains droits ont en eux-mêmes leur utilité et ne sont en conséquence jamais susceptibles d'exercice abusif quel que soit le mobile du sujet. Il a, au surplus, confirmé dans la suite et à plusieurs reprises (2) son adhésion de principe à cette doctrine. Tout récemment il a répété que « l'abus » ne pouvait s'entendre que d'un acte de volontaire et pure hostilité, mais a, néanmoins, manifesté une tendance à justifier la thèse de l'imprévision (3) par la théorie qui fait l'objet de notre étude.

389. Dès 1896, Geny, commentant un arrêt de cassation relatif à la responsabilité de voisinage, rencontre la question sans l'envisager encore sous l'aspect de théorie générale qu'elle allait prendre peu après. Lui aussi approuve à la fois le critérium subjectif et le critérium objectif : « Nous ne limi-

(1) RIPERT, « L'exercice des droits et la responsabilité », *Revue critique*, p. 352 à 366.

(2) *Revue critique*, 1910, p. 142; 1911, p. 148; 1912, p. 211 et 1913, p. 214.

(3) RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925, p. 150 à 175, 146, 147, 86, 87.

terons pas, écrit-il, l'exception opposable au propriétaire en cas de mauvaise foi, nous n'exigerons pas avec les auteurs qu'il eût construit sans utilité pour lui et dans l'intention exclusive de nuire; l'exercice des droits de propriété ne s'entend légitimement que d'un *usage normal* » (1).

Quelques années plus tard, il affirme à nouveau son approbation regrettant que l'abus du droit n'ait pu acquérir encore toute la précision désirable (2). Puis enfin, il adoptera une solution personnelle, présentant de l'analogie avec celle d'Em. Levy.

Le seul critérium possible selon lui est la notion de l'équilibre des intérêts. Seule la rupture de cet équilibre peut révéler l'abus du droit. On ne découvrira la mesure juste et vraie de chaque droit individuel qu'en scrutant son but économique et social et en comparant son importance à celui des intérêts qu'il contrarie. Le juge devra pour discerner l'abus, mettre en balance les considérations morales, sociales ou économiques qui se trouvent engagées dans le conflit des intérêts en présence (3). L'auteur a fait de ces principes toute une série d'applications dans son traité *Des droits sur les lettres missives*, en invoquant l'abus du droit à la preuve (4), à l'usage public de la lettre (5), l'abus de la puissance maritale (6), de la puissance paternelle (7) « du droit moral » de l'auteur (8), et celui du droit de tutelle (9).

390. Planiol est généralement considéré comme le chef

(1) *Pand. franç.*, 1896, 1, 341.

(2) « Risques et responsabilités », *Rev. trim. de droit civil*, 1902, p. 821.

(3) *Méthode d'interprétation*, III^e part., t. II, p. 171, nos 173 et 174. Paris, 1919.

(4) *Ibidem*, t. II, p. 101.

(5) *Ibidem*, t. I^{er}, p. 185.

(6) *Ibidem*, t. II, p. 216 et 217.

(7) *Ibidem*, t. II, p. 192 et 196.

(8) *Ibidem*, t. II, p. 320.

(9) *Ibidem*, t. II, p. 199.

de l'école doctrinale adverse de la théorie étudiée. La plupart des auteurs qui, après lui, ont critiqué la thèse de l'abus des droits ont répété ces phrases : « La formule : usage abusif des droits, est une logomachie. Le droit cesse où l'abus commence. Un acte ne peut être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit ». Critique de pure forme, nous l'avons déjà dit. Argument ou plutôt jeu de mots, que l'on a bien des fois invoqué pour combattre la jurisprudence progressiste qui se rattache à la doctrine de l'abus des droits. On oubliait de signaler que Planiol est, au contraire, un partisan convaincu de cette jurisprudence. « On défend, dit-il, une idée juste avec une formule fautive. Ce qui est vrai, c'est que les droits ne sont presque jamais absolus, la plupart sont limités dans leur étendue et soumis pour leur exercice à des conditions diverses ». Et plus loin : « il se produit du reste des variations considérables dans l'idée que les hommes se font de l'étendue de leurs droits » (1). C'est une affirmation de principe constituant la base même de la conception élargie qui formera de l'abus des droits un principe général de réglementation sociale. Peu importe, pratiquement, qu'il s'agisse d'exercice compris ou non dans les limites d'un droit subjectif, si cet exercice est réprimé dès qu'il dépasse non pas seulement les limites assignées à ce droit par la loi, mais bien celles qui sont imposées par le développement tous les jours plus intense des nécessités économiques et sociales. L'expression « abus du droit » n'est indispensable que si le contenu des droits subjectifs est considéré comme immuable en dehors de l'intervention du législateur; elle est inutile si avec Planiol, nous admettons que le juge peut en s'entourant des circonstances de la vie ambiante reconnaître à ce contenu des limites essentiellement variables.

391. Aubry et Rau distinguent les deux aspects de la

(1) PLANIOL, *Droit civil*, t. II, 8^e édit., p. 281. Paris, 1921.

théorie étudiée (1). La conception subjective, basée sur l'intention de nuire, leur paraît inacceptable pour les raisons alléguées par Esmein et Planiol. Ils adhèrent au contraire très nettement à la conception subjective, en disant : « Abuser de son droit peut signifier qu'aucun droit n'est absolu et que l'exercice d'un droit quelconque peut devenir illégitime, lorsque les actes constitutifs de cet exercice ne répondent plus à l'intérêt en vue duquel ce droit a été reconnu par la loi, quel que soit d'ailleurs le mobile malicieux ou non qui les explique ». Cette approbation complète de l'aspect finaliste de notre doctrine est ainsi largement exprimée. Il suffira de ne point limiter l'application de ces principes à la question de la responsabilité civile, pour arriver à la conception la plus générale.

392. Baudry-Lacantinerie et Barde se montrent adversaires résolus de toute théorie de l'abus des droits. Pour combattre la conception subjective, ils reprennent les arguments d'Esmein et de Planiol sans y rien ajouter. Contre la conception objective, ils reproduisent les objections de Desserteaux. Puis, après avoir ainsi refait la critique de toute la question, ils ajoutent : « Nous croyons qu'il suffit pour protéger tous les intérêts qui en sont dignes de s'attacher à cette idée générale que tous les droits ont des limites » (2). Nouvelle preuve que les objections des auteurs sont généralement de pure forme et que sur le fond de la question ils doivent admettre les principes exposés. Baudry-Lacantinerie et Barde ne proposent du reste aucun mode juridique de détermination ou d'appréciation de ces limites par le juge. Le premier a bien compris lui-même que seule la théorie

(1) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e édit., t. VI, Paris, 1920.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Des obligations*, 3^e édit., t. IV, p. 542. Paris, 1908. Voy. aussi BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. II, p. 372. Paris, 1920.

étudiée permettait de fournir un cadre juridique à ces principes. Dans le traité du louage, il s'est rallié avec Wahl à l'explication par l'abus du droit de la responsabilité encourue pour rupture injustifiée du contrat d'emploi ou de travail (1).

393. Parmi les grands commentateurs modernes du Code civil, Colin et Capitant paraissent bien être les seuls qui apportent à la théorie de l'abus une complète adhésion. Ils préparent même très nettement son élargissement en posant ce principe : « C'est une règle consacrée, non par la loi écrite, mais par la coutume, laquelle a force de loi en tant qu'elle contrôle et règle l'application des textes positifs, que les droits appartenant à des particuliers doivent être exercés sans excès, d'après leur destination naturelle et d'une façon normale eu égard à l'état général des mœurs et des relations sociales » (2). Par l'énonciation de cette règle et dans ces termes l'œuvre de Colin et Capitant paraît servir de trait d'union entre la phase doctrinale constructive et la phase d'élargissement. Il est à remarquer que ces auteurs invoquent ces principes à l'occasion de l'étude du droit de propriété et ne les réservent donc pas pour l'examen des questions de responsabilité civile. Ils voient dans la théorie de l'abus, contrairement à ce que Capitant avait antérieurement soutenu (3), la solution de la question des relations de voisinage. Ils ont aussi le grand mérite de faire table rase des discussions d'école sur le point de savoir s'il y a dépassement ou abus, exercice dans les limites ou en dehors des limites et de ne s'arrêter qu'au fond même de la question pour en déduire des principes définitifs (4).

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Du contrat de louage*, t. II, p. 598, n^o 2929.

(2) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, édit. 1923, t. I^{er}, p. 765.

(3) CAPITANT, *Obligations de voisinage*, édit. 1900, p. 38 et 39.

(4) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, édit. 1924, t. II, p. 382 à 387.

L'examinant à nouveau au chapitre des délits et quasi-délits, ils adoptent également le critère de l'intention de nuire et celui du manque de diligence suffisante. Ils approuvent enfin les applications de la théorie aux clauses d'interdiction de sous-location ou de cession insérées dans les baux (1) et à la rupture injustifiée du contrat de louage de services (2).

394. Les auteurs qui au cours de la phase constructive de la théorie de l'abus ont le mieux mis en valeur la conception objective nous paraissent être MM. Cezar-Bru et Morin (3). Ils soumettent l'ensemble des questions soulevées par cette doctrine à un examen approfondi. Ils conclurent en disant : « L'abus des droits assigne aux droits, en dehors des limites strictes et législatives, des limites laissées à l'appréciation des tribunaux et reposant sur l'équité ». Et plus loin : « Les droits ne sont pas des fins en soi, mais des moyens destinés à réaliser une fin qui leur est extérieure. L'abus des droits consiste à prendre les moyens pour la fin ».

395. Nous avons donné ainsi un bref aperçu des études doctrinales les plus importantes qui se sont attachées à soutenir ou à critiquer la thèse de l'abus des droits durant la phase constructive. La lecture de celles que nous avons indiquées suffit à donner une idée d'ensemble sur tous les arguments invoqués pour ou contre la doctrine étudiée, maintenu dans le cadre général de la responsabilité civile. Pour être complet nous devons cependant signaler encore plusieurs études fort intéressantes, mais qui ne nous paraissent pas avoir apporté d'arguments nouveaux dans la lutte doctrinale engagée. Janot (4) partisan convaincu de la thèse de

(1) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, p. 542.

(2) *Ibidem*, t. II, p. 601 à 607.

(3) « La faute, le risque et l'abus du droit », *Annales des facultés de droit et des lettres de l'université d'Aix-Marseille*, 1906.

(4) *De la responsabilité civile par suite de l'abus du droit*. Thèse. Dijon, 1906.

l'abus des droits accepte les trois critères : intention de nuire, absence de motifs légitimes, détournement du but social, mais accorde sa préférence à ce dernier. Paul Boncour (1) s'y rallie également mais estime que l'article 1382 doit être regardé comme la base législative de justification. Toutes les hypothèses envisagées tombent selon lui, sous l'application de ce texte.

Coroi (2) met comme condition à l'existence d'un abus l'intention évidente de nuire.

Perrochet (3) pense que la doctrine de l'abus des droits fait partie intégrante de la question de responsabilité pour acte illicite. Il rejette le critère subjectif redoutant de confier au juge la recherche de l'*animus vexandi* et adopte le critère objectif de la finalité des droits.

396. Enfin, on peut encore citer parmi les défenseurs de la théorie étudiée : Bardesco (4), Galopin (5), Betrémieux (6), Valerius (7), Laparre (8), Barasch (9); parmi ses adversaires : De Visscher (10), Dobrovici (11), Salanson (12), Roussel (13).

Ces derniers auteurs ne formulent du reste que des critiques de forme et ne s'attaquent pas au fond même de la question.

(1) *Les rapports de l'individu et des groupements professionnels*. Thèse. Paris, 1900.

(2) *La théorie de l'abus du droit et l'excès de droit en droit français*. Genève, 1910.

(3) ANDRÉ PERROCHET, *Essai sur la théorie de l'abus du droit*. Lausanne, 1920.

(4) BARDESCO, *L'abus du droit*. Thèse. Paris, 1913.

(5) GALOPIN, *Etat et capacité des personnes*, p. 152 et 153.

(6) BETRÉMIEUX, *Fondement de la responsabilité civile en droit français*, nos 8, 23 et 68.

(7) VALÉRIUS, *De l'usage abusif du droit*. Belg. jud., 1923, col. 98.

(8) LAPARRE, *La théorie de l'abus du droit et celle du détournement de pouvoir*. Paris, 1913.

(9) BARASCH, *Le socialisme juridique*, 105. Paris, 1923.

(10) DE VISSCHER, *De l'abus du droit*. Gand, 1909.

(11) DOBROVICI, *De l'abus du droit*. Paris, 1909.

(12) SALANSON, *L'abus du droit*. Paris, 1903.

(13) PIERRE ROUSSEL, *L'abus du droit*. Etude de critique. Paris, 1913.

CHAPITRE III. — Phase d'élargissement.

397. Le véritable fléchissement des idées individualistes dû aux nécessités économiques et sociales d'après guerre ne devait pas tarder à influencer considérablement les problèmes les plus généraux du droit. A ceux qui recherchaient une formule pratique de socialisation du droit, permettant de procéder à l'évolution nécessaire sans heurts ni transformations brusques, la théorie de l'abus des droits s'offrait. Deux des juristes les plus éminents de Belgique et de France n'ont pas manqué d'y songer. A quelques mois de distance Georges Cornil (1) et René Demogue (2) publient à son sujet deux études remarquables. Toutes deux, la première surtout, tendent à faire sortir la thèse de l'abus du cadre de la responsabilité civile pour en faire un principe général de réglementation sociale.

Déjà Hauriou dans la dernière édition de son *Traité de droit administratif* (3) demandait que la théorie de l'abus des droits devienne « celle de l'activité juridique anormale ou exceptionnelle par rapport au droit commun du commerce juridique ».

398. M. Georges Cornil, satisfaisant à ce désir voit l'abus dans tout exercice antisocial d'un droit subjectif. Ayant déduit cette formule du principe qualifié de truisme « que tout droit subjectif ne peut être reconnu à un individu, sinon au regard des autres membres du groupe social », il reconnaît qu'elle permet une sérieuse extension de la conception de la faute aquilienne, mais ne limite pas là son rôle. Envisageant la force obligatoire des contrats, il proclame

(1) GEORGES CORNIL, *Le droit privé*, p. 90 à 142. Paris, 1924.

(2) DEMOGUE, *Des obligations*, édit. 1924, t. IV, p. 317 à 395.

(3) *Op. cit.*, p. 382, 383 et 385, notes.

abusif le fait d'un contractant de s'entêter dans l'exécution à la lettre de son contrat, à l'encontre de toute morale sociale. Il base sur la théorie étudiée toute la thèse de l'imprévision. Rappelant très à propos le désajustement qui se produit fatalement entre les textes législatifs et les besoins auxquels ils répondent, par suite de la rapidité des transformations économiques et sociales, il estime que l'on peut et que l'on doit confier au juge le soin de procéder au réajustement nécessaire par une interprétation souple que toute la doctrine de l'abus peut justifier et coordonner. Puis rencontrant par avance les objections que des idées aussi avancées ne manqueraient pas de faire naître (1), il affirme très nettement redouter moins l'arbitraire des juges que leur emprisonnement dans des textes immuables. Il signale au surplus que toute latitude leur est donnée en matière pénale bien que les intérêts en jeu y soient pourtant d'une autre gravité qu'en matière civile. Il conclut faisant sien ce mot de Cruet : « Beaucoup d'anarchie c'est le désordre, mais un peu d'anarchie, c'est le progrès ».

399. M. Demogue ne s'avance pas encore aussi loin que M. Cornil. Il situe l'étude de la théorie de l'abus dans la partie intitulée : « Des actes illicites et de la responsabilité civile extra-contractuelle ». Après avoir fait un relevé d'une partie de la jurisprudence française relative à la question, il passe en revue les différentes opinions émises par les auteurs de la phase constructive, semble adopter à la fois chacun des critères proposés par ceux-ci, néglige la question de pure forme et abordant la question de fond, écrit : « Le problème déborde beaucoup celui de la responsabilité. C'est un problème des limites de tous les droits subjectifs y compris ceux de la puissance publique. Le droit subjectif n'a-t-il pas des limites d'ordre téléologique ou social? Faut-il sous-entendre

(1) DABIN, *Belg. jud.*, 1924, col. 550 à 567.

à la suite de chaque disposition légale : le droit ainsi reconnu ne peut être exercé que pour des motifs conformes au bon ordre social ? Cette théorie objective conduit à un problème de conscience collective : c'est de *faute sociale* qu'il s'agit ».

Du moment que l'auteur admettait une conception aussi large de la thèse de l'abus du droit, rien ne devait l'empêcher de placer son étude dans la partie préliminaire de son œuvre pour bien marquer son intention d'en faire un principe général de socialisation du droit. Il dut y penser certainement car on retrouve dans le chapitre qu'il consacre à la « notion générale de l'obligation » l'énonciation d'idées qui sont à la base même de notre théorie : « l'état naturel en société est la solidarité » ; « la liberté peut simplement être considérée comme souhaitable dans une certaine mesure ». Et plus loin cette proposition très caractéristique : « L'obligation née de la volonté libre étant admise comme consécration de la coopération sociale n'a de valeur que dans la mesure où elle répond à cette coopération » (1). Proposition qui permettra l'application de l'aspect finaliste de l'abus à toute la matière des obligations. Ce sont les mêmes principes qui inspireront l'auteur lorsqu'après avoir transformé la théorie de la cause illicite en théorie de l'utilité sociale des contrats, il écrira : « Finalement la théorie de la cause est un des aspects de la théorie de l'abus des droits » (2).

400. Enfin un auteur, peut-être un précurseur, a depuis longtemps dépassé le stade auquel semblent être arrivés MM. Cornil et Demogue. M. Duguit a remarqué que la théorie étudiée visant surtout à la socialisation du droit, tendant à subordonner l'exercice de tout droit subjectif à l'intérêt social ne présenterait plus d'utilité le jour où l'on comprendrait qu'il n'y avait pas de droits subjectifs, mais de simples fonctions

(1) DEMOGUE, *Des obligations*, t. I^{er}, p. 20.

(2) *Ibidem*, t. III.

sociales. Et dès lors ayant construit tout un système juridique nouveau, négateur absolu des droits subjectifs, rendant l'effet impossible en supprimant la cause, il a pu soutenir la complète inutilité de la théorie envisagée en disant : « La vérité toute simple c'est qu'agir conformément au droit ce n'est point exercer un droit subjectif, que faire un acte dont l'objet n'est pas en soi contraire au droit mais dont le but est illicite, c'est violer le droit objectif. Qu'on écarte le mot et l'idée de droit subjectif, on écarte du même coup toutes les controverses et subtilités qu'on a comme à plaisir accumulées sans raison et sans profit » (1).

(1) DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I^{er}, p. 376. Voy. aussi *Transformations générales du droit privé*, p. 197 à 202; Appendice IV.

TITRE II.

LA QUESTION DE FORME

401. « La plupart des juriconsultes, écrit M. H. Rolin (1), sont des disciples, qui s'ignorent eux-mêmes, de Scot Erigène et d'Albert Legrand; les êtres formant l'objet de leurs études ce sont les droits, les règles de droit, etc., c'est-à-dire des choses qui n'ont pas d'existence phénoménale. Il faut briser cette armature médiévale; ne plus voir dans ces notions et dans les expressions qui les désignent que des formules commodes et ne les conserver que comme telles; il faut revenir aux faits, retrouver sous la technique juridique la réalité psychologique et sociale, montrer le lien entre elles et faire voir comment la première est sortie de la seconde ».

C'est pour avoir oublié ces sages et excellents conseils, que des juriconsultes aussi éminents que Planiol, Josserand et même Demogue qui pourtant reconnaît par ailleurs rien n'aimer tant qu'un fait, se sont laissés aller à discuter longuement autour de cette querelle de mots : l'abus des droits n'est-il pas plutôt un dépassement de droit, un acte accompli en dehors des limites du droit ou sans droit, et l'expression même ne contient-elle pas une contradiction puisqu'un fait ne peut être à la fois conforme au droit et contraire au droit.

402. Reconnaissons-le immédiatement les critiques de forme qui ont été adressées à la théorie étudiée ne présentent qu'un intérêt essentiellement relatif. Ce qui importe, à notre sens, c'est l'adoption de plus en plus générale de ces principes par la jurisprudence et la législation : tout exercice anti-

(1) *Prolégomènes à la science du droit*, p. 2. Bruxelles, 1911.

social d'un droit ou d'une faculté reconnue sera sanctionné; tous les droits, qu'ils soient définis ou non, sont relatifs; ils ne sont conférés aux êtres juridiques que parce que ceux-ci vivent en société et pour qu'ils vivent en société; dès que ceux-ci en usent sans tenir compte à la fois de leur raison et de leur but, la répression suit.

403. Ces principes adoptés il nous intéresse peu de savoir si l'expression « abus du droit » est vicieuse en elle-même, si elle constitue une logomachie ou si au contraire le fait de relever qu'un acte ne peut être en même temps conforme et contraire au droit n'est qu'un « calembour juridique » (1).

L'exercice d'un droit subjectif est-il antisocial parce qu'il dépasse les limites de ce droit? C'est admissible du moment où il est reconnu que tous les droits subjectifs ont des limites qui ne résultent pas seulement des textes mais des principes généraux du droit, des limites que le juge peut et doit rechercher.

L'exercice est-il antisocial parce que l'acte tout en restant dans les limites du droit subjectif est contraire au droit objectif? Soit encore pour autant qu'il soit décidé que le droit objectif sanctionne l'exercice antifinaliste ou intentionnellement méchant d'un droit subjectif.

Le droit subjectif est-il un intérêt juridiquement protégé? D'accord, étant entendu que cet intérêt ne méritera plus protection s'il entre en conflit avec l'intérêt social qui lui est supérieur.

Le droit subjectif donne-t-il au sujet le pouvoir d'imposer sa volonté à d'autres êtres juridiques? Soit, pour autant que ce pouvoir disparaisse si celui qui le détient en use d'une manière telle, que toute vie en société deviendrait impossible ou difficile si chacun en usait semblablement.

Le droit subjectif crée-t-il simplement à charge des tiers

(1) JOSSEMAND, *De l'abus des droits*, p. 79.

une obligation de ne pas faire? Oui, pourvu que cette obligation cesse au moment où son maintien deviendrait préjudiciable à la collectivité.

Le droit subjectif est-il le résultat d'un rapport de confiance légitime? Peut-être. Il se déduira surtout de la conscience collective de la société et ne pourra impunément tromper la confiance que cette conscience lui accorde.

Le droit subjectif enfin n'existe-t-il pas et sa notion doit-elle faire place à celle de fonction sociale? C'est possible, mais il sera d'autant plus certain que cette fonction sociale ne pourra être exercée aux dépens d'un intérêt général pour satisfaire un besoin individuel.

Quel que soit l'angle sous lequel on envisage la question, quelle que soit la forme qu'on lui concède ou qu'on lui refuse, le fond reste le même et ce fond seul nous intéresse.

404. Cette suppression de la question de forme soulèvera peut-être une objection. Cette distinction entre l'acte accompli sans droit ou dépassant les limites du droit et l'acte conforme au droit subjectif mais contraire au droit objectif présente, dira-t-on, un double intérêt pratique des plus considérable.

405. Au point de vue de la sanction d'abord. Si l'acte est accompli sans droit le juge pourra ordonner la suppression des conséquences ou des résultats de l'acte; si l'acte est abusif mais reste dans les limites du droit subjectif le juge ne pourra ordonner que la réparation du préjudice occasionné. Sous réserve de la question des différentes sanctions qu'il convient d'appliquer à l'exercice antisocial des droits, bornons-nous à déclarer que seuls les intérêts en présence doivent déterminer le juge dans le choix de la réparation à ordonner, et non pas une distinction superficielle et verbale. Si l'intérêt social s'oppose à ce qu'une usine émette des exhalaisons nocives incommodant les voisins, un autre intérêt social, prépondérant celui-ci, exige que le

développement de l'industrie ne soit pas entravé. Le juge devra donc les concilier tous deux. Il ne pourra ordonner la fermeture de l'usine, satisfaisant ainsi le second. Il condamnera à la réparation du préjudice, satisfaisant le premier. Ainsi encore l'intérêt social s'oppose à ce qu'un particulier puisse nuire à son voisin en érigeant une fausse cheminée qui lui enlève la lumière. Aucun intérêt social n'exige le maintien d'une fausse cheminée. Le juge pourra en prescrire la démolition.

406. Autre utilité de la distinction, ajoutera-t-on. S'il s'agit d'un dépassement de droit, l'article 1382 suffit pour justifier les applications jurisprudentielles exposées, l'adage : *qui suo jure utitur neminem lædit* cessant de pouvoir être invoqué. A cet adage est donnée une signification qu'il n'a pas ; il vise celui qui use de son droit et non celui qui abuse de son droit. Au surplus, il sera démontré que l'article 1382 tel qu'il est rédigé, mais non tel qu'il est parfois compris, suffit amplement à justifier, en matière de responsabilité civile, toutes les solutions adoptant la théorie étudiée, sans qu'il faille pour obtenir ce résultat recourir à des subtilités de mots.

407. Ces objections étant examinées, qu'il nous soit permis au point de vue de la forme, de préférer l'expression : « exercice antisocial d'un droit » à la locution « abus du droit ». La dernière a fait fortune et comme tant d'autres, elle constitue bien que défectueuse une formule commode. Il convient, selon nous, de ne la conserver que provisoirement à condition pourtant de rechercher derrière elle la réalité de fait et la vérité sociale.

TITRE III

LA THÉORIE DE L'ABUS DES DROITS ET LA RESPONSABILITÉ CIVILE

CHAPITRE I^{er}. — Son rôle.

408. Si les principes qui sont à la base de la théorie de l'abus des droits ne paraissent pas être nouveaux, puisqu'on les rencontre déjà en droit romain et en droit ancien, il faut reconnaître pourtant que la plupart des solutions jurisprudentielles que nous avons rapportées datent de la fin du XIX^{me} siècle ou du XX^{me} siècle, et que beaucoup d'entre elles et les plus hardies sont généralement postérieures à 1914. Il en résulte, selon nous, que la théorie de l'abus des droits eut entr'autres effets, celui d'élargir considérablement la portée pratique de l'article 1382. Liés par un texte imparfait (1), guidés par une doctrine plus individualiste encore que le code, les tribunaux semblent tout d'abord s'être fait du mot « faute » inséré dans le dit article, une conception par trop étroite et s'en tenant trop strictement à la notion aquilienne. La théorie étudiée a puissamment contribué à faire admettre non pas une responsabilité sans faute au sens social du mot, mais une responsabilité sans faute au sens classique du mot. En d'autres termes, elle a favorisé une très heureuse transformation de la notion de la faute. Il ne s'agit pas d'une organisation nouvelle de la responsabilité civile ; il s'agit seulement d'un changement d'interprétation de l'une des conditions de cette responsabilité.

(1) ROLIN, *De la responsabilité sans faute*, p. 11.

409. Ces conditions sont en droit français, selon M.^eH. Rolin, au nombre de quatre : *une obligation légale; un manquement à cette obligation; un dommage causé par ce manquement; un manquement imputable moralement à son auteur.*

410. Dans toutes et chacune des décisions jurisprudentielles relevées, qui n'envisagent pas l'abus du droit comme facteur de réglementation sociale, mais comme simple cas d'application des règles de la responsabilité civile, on retrouve ces quatre conditions réunies. Reprochant à Planiol l'adjonction d'une cinquième condition étant : « un acte que son auteur n'avait pas le droit de faire », M. Rolin ajoutait très judicieusement : « Du moment que l'auteur de l'acte a l'obligation de ne pas le faire, il est inutile d'ajouter qu'il n'a pas le droit de le faire » (1). Cette remarque vient appuyer cette considération primordiale : la condition exigée par la conception classique : « fait que l'on n'avait pas le droit de faire » se confond avec celle de « l'obligation légale » dès que la faute est envisagée comme étant un manquement à une obligation préexistante. C'est cette notion de l'obligation préexistante seule que la théorie de l'abus a transformée selon nous, laissant au surplus intactes les quatre conditions prévues et exigées.

411. Prenons l'exemple le plus connu : l'abus du droit résultant pour un propriétaire de la construction d'une fausse cheminée à seule fin de nuire à son voisin.

Traditionnellement, classiquement, le propriétaire peut jouir et user de sa chose de la manière la plus absolue. Il n'a pas l'obligation de ne pas élever cette cheminée. La théorie étudiée fait naître cette obligation et crée ainsi la première condition tout en maintenant la nécessité des trois autres. *Un manquement à cette obligation* : il faut que le propriétaire élève la fausse cheminée. *Un dommage causé par ce manquement* : il faut que le voisin subisse un préjudice de ce chef.

(1) ROLIN, *De la responsabilité sans faute*, p. 11.

Un manquement moralement imputable : il faut que le propriétaire ne l'ait pas fait construire alors qu'il était en état de démence.

412. Autre exemple : l'abus du droit de rupture de contrat de louage de services commis par une société qui congédie un mineur dans le but de l'empêcher, eu égard à son âge, de bénéficier d'une pension. Avant le succès de la théorie étudiée, on aurait nié l'obligation de la société de ne pas rompre le contrat, invoquant son droit d'engager qui lui plaisait et de rompre quand il lui plaisait pourvu que le préavis légal fût observé. En 1923, la cour de Bruxelles, sous l'inspiration évidente de la thèse de l'abus des droits, a reconnu dans le chef de la société charbonnière l'obligation préexistante de ne pas congédier dans de semblables circonstances. C'est la première condition : « une infraction à toute règle non écrite que tout régime juridique implique et qui est la défense de faire tort aux droits d'autrui » (1). La seconde condition : un manquement à cette obligation de ne pas faire tort aux droits d'autrui. Troisième condition : la privation de pension pour le mineur. Quatrième condition : l'imputabilité de l'acte à la dite société.

413. Il résulte de tout ceci, que loin de transformer radicalement tout le système de la responsabilité civile, la théorie de l'abus des droits s'est bornée à conférer aux tribunaux un pouvoir plus large d'appréciation en ce qui concernait la reconnaissance d'une des conditions de cette responsabilité, à savoir la réalité d'une obligation préexistante.

Or, la recherche des obligations auxquelles les êtres vivants en société sont tenus les uns vis-à-vis des autres et vis-à-vis de cette société elle-même, dépend essentiellement de l'idée qu'on se fait des droits subjectifs et de leurs limites.

Le droit subjectif crée au profit du sujet de droit une

(1) Belg. jud., 1923, col. 207.

libre sphère d'activité dans laquelle il n'y a pas d'obligation préexistante. La théorie de l'abus en limitant les droits subjectifs par ce principe général : « tout exercice antisocial est interdit » a pour effet de restreindre cette sphère d'activité et de permettre par conséquent plus facilement la reconnaissance d'une obligation préexistante. On arrive ainsi à cette conclusion que la thèse de l'abus des droits n'a d'influence, théoriquement parlant, sur la notion générale de responsabilité civile que parce qu'elle constitue un facteur nouveau de réglementation juridique général, facteur qui crée de très nombreuses obligations préexistantes ou en permet la reconnaissance.

La conception nouvelle des droits subjectifs et de leurs limites permet à celui qui, législateur ou juge doit dire le droit, de rechercher en toute circonstance si l'intérêt social ne crée pas à charge du sujet, en restreignant son droit, des obligations dont l'existence n'était pas autrefois soupçonnée ou dont, en tout cas, la nécessité n'apparaissait pas. Parfois, le manquement à ces obligations entraîne des sanctions pénales. Tel le fait de subordonner, en Belgique, la conclusion d'un contrat de travail à l'affiliation d'une personne à une association syndicale. C'est une faute sociale. Parfois ce manquement entraîne une sanction civile. Cette sanction civile peut se présenter de façons différentes. Le manquement à l'obligation de ne pas conclure une convention ayant un but déterminant contraire aux bonnes mœurs rend l'obligation nulle. C'est encore une faute sociale, mais moins grave. Le manquement à l'obligation de ne pas agir témérement en justice aura comme sanction la réparation du préjudice occasionné. C'est une faute qui n'est qu'indirectement sociale. Elle ne lèse la société qu'en lésant un individu. C'est la responsabilité quasi-délictuelle. On le voit, la théorie n'apporte de changement à cette responsabilité qu'en ce qu'elle facilite la reconnaissance d'une obligation

préexistante. La distinction qui sépare la conception étroite et la conception élargie de l'abus des droits est que dans la première l'exercice antisocial cause un dommage à autrui, tandis que dans la seconde il lèse directement la société.

414. Les auteurs ont longuement discuté le point de savoir si pour reconnaître l'abus du droit, il fallait s'arrêter à l'intention de l'auteur de l'acte incriminé, à l'absence d'intérêt légitime dans son chef, à la finalité du droit dont il était fait usage. Si l'on admet avec nous que le rôle de la théorie de l'exercice antisocial des droits est uniquement de multiplier les cas où une obligation préexistante peut être reconnue, il apparaît, néanmoins, indispensable de rechercher le critérium permettant de déterminer à quel moment l'exercice d'un droit subjectif devenu antisocial se heurte à cette obligation.

CHAPITRE II. — Le critérium.

415. En étudiant la doctrine et la jurisprudence nous avons pu constater que trois critères différents avaient été proposés et appliqués : l'intention de nuire, l'absence d'intérêt légitime, le détournement de la finalité du droit exercé.

Selon nous, ces trois critères se confondent dans le seul critérium véritable : la rupture de l'équilibre des intérêts en présence. Examinons tout d'abord celui-ci et nous verrons ensuite si les trois premiers ne sont pas autre chose en dernière analyse que l'un des éléments révélateurs de cette rupture.

SECTION I^{re}. — La rupture de l'équilibre
des intérêts en présence.

416. Le but du droit, selon Demolombe (1), c'est le meilleur et le plus exact règlement possible de tous les intérêts. De quels intérêts s'agit-il?

Il s'agit des intérêts de tous les êtres vivant en société, intérêts pour la protection desquels les droits subjectifs leur sont conférés. Il s'agit aussi des intérêts de la collectivité, devant lesquels les intérêts privés doivent s'incliner.

Le maintien de l'équilibre entre les intérêts collectifs et les intérêts particuliers sera obtenu, selon nous, par la théorie élargie de l'abus des droits.

Le maintien de l'équilibre entre les simples intérêts individuels sera obtenu par la théorie étroite de l'abus qui nous intéresse seule pour l'instant.

417. Si la société protège un intérêt particulier et confère à cet effet un droit subjectif, c'est qu'elle estime cette protection utile, voire nécessaire. Que fait, dès lors, en dernière analyse, le sujet qui objecte à une demande de réparation : « J'ai usé de mon droit »? Il réclame protection en faveur de la faculté qu'il a exercée et de l'intérêt qu'il a à cet exercice. Mais cet intérêt ne doit et ne peut être protégé que s'il est socialement utile qu'il le soit. En ce cas, toute atteinte à cet intérêt est considérée comme socialement nuisible. Il se peut parfois que le dommage subi à raison de l'exercice d'un droit lèse l'intérêt d'autrui et doive également être considéré comme socialement nuisible. Deux intérêts sont donc en présence : l'intérêt du sujet du droit, l'intérêt de la victime de l'exercice du droit. Il est socialement utile et nécessaire qu'ils soient

(1) DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. I^{er}, n^o 14.

tous deux protégés. Il est socialement impossible qu'ils soient tous deux maintenus intacts. Dès lors, un équilibre doit être recherché. Mais si à un moment donné, la lésion de l'intérêt du préjudicié apparaît comme plus grave, au point de vue social, qu'une atteinte à l'intérêt du sujet, il y a rupture de l'équilibre. Elle entraîne l'intervention de la justice en faveur de l'intérêt menacé. En d'autres termes, il se fait que la société ayant à choisir considère comme plus utile d'éviter le dommage que va subir un être juridique ou d'en exiger la réparation, que de maintenir intact l'intérêt qu'elle a cru devoir protéger. Elle retire alors partiellement par l'intermédiaire du législateur ou du juge les pouvoirs qu'elle avait octroyés. Elle diminue la sphère d'activité qu'elle avait créée. Elle limite le droit subjectif, d'où reconnaissance à charge du sujet d'une obligation préexistante de ne pas faire. S'il l'enfreint, il engage sa responsabilité. La théorie de l'abus des droits ne nous paraît pas être autre chose que l'application de ces principes.

418. Un exemple mettra plus de clarté dans ce raisonnement. Envisageons le droit de propriété. La propriété est généralement considérée comme indispensable dans l'état actuel de la vie économique et sociale. Il est même possible que sous une forme ou sous une autre elle reste indéfiniment nécessaire au développement de la race humaine. Il est donc reconnu que la propriété doit être protégée et c'est à cette fin que le droit de propriété est conféré. Il est socialement utile que l'intérêt protégé par ce droit ne subisse aucune atteinte. Il n'y a pas en principe d'obligation de ne pas faire à charge du propriétaire qui se borne à exercer son droit. Mais si le propriétaire occasionne par l'exploitation de son industrie un préjudice au voisin en entravant le développement normal de cultures, il lèse le droit de celui-ci. Or, le droit de propriété protège l'intérêt du cultivateur tout comme il protège celui de l'usinier. Il est socialement utile que ces

deux intérêts soient respectés et protégés. Tant que les inconvénients ne dépassent pas une certaine mesure, tant que la nécessité d'un dédommagement n'exige pas une diminution de protection de l'intérêt de l'usurier socialement moins grave que l'appauvrissement particulier mais indirectement collectif, causé par la lésion de l'intérêt du voisin, la justice ne devra pas intervenir. Il y aura équilibre des intérêts en présence.

Si les dégâts augmentent, si à un moment donné l'appauvrissement social résultant de l'atteinte à la propriété du cultivateur devient plus important que celui causé par la restriction éventuelle du droit de l'usurier, il y a rupture d'équilibre en faveur du cultivateur et le juge ou la loi interviennent. En conséquence leur mission consiste à vérifier s'il y a ou non un intérêt social plus important à porter une légère atteinte au droit de propriété qu'à laisser non réparé le dommage causé aux récoltes. Ils doivent mettre en balance, rénovant ainsi le symbole de la justice, le préjudice social résultant de l'atteinte à un droit reconnu et celui résultant du dommage causé par l'exercice de ce droit. Si le fléau penche vers ce dernier, il y a exercice antisocial d'un droit.

419. Cet ensemble de considérations nous paraît pouvoir être résumé dans la formule suivante : *il y a responsabilité par abus de droit si l'intangibilité de la libre sphère d'activité juridique de l'auteur de l'acte litigieux apparaît comme socialement moins utile que la réparation du préjudice causé par l'exercice d'une faculté comprise dans cette sphère; cette constatation devant entraîner à charge du sujet de droit la reconnaissance d'une obligation pré-existante de ne pas accomplir l'acte litigieux.*

Étant acquis « que l'on ne découvrira la mesure juste et vraie des droits individuels qu'en comparant leur importance économique et sociale à celle des intérêts qu'ils con-

trairient » (1), il nous reste à démontrer que tous les autres critères proposés ne sont que des moyens d'une efficacité variable, permettant de révéler la rupture de l'équilibre des intérêts en présence.

SECTION II. — L'intention de nuire.

420. Le critérium de l'intention méchante est celui que la jurisprudence a le plus communément adopté. C'est celui qui a suscité dans la doctrine les polémiques les plus vives. Certains auteurs, tels que Saleilles, l'ont, au cours de leur carrière, parfois combattu et parfois défendu. Il donne à la théorie étudiée son aspect subjectif. Il permet la critique classique basée sur le danger des recherches d'intention de la part du juge.

Chaque fois, décide-t-on en cours et tribunaux, que le sujet de droit exerce celui-ci dans le but de nuire à autrui, il doit être tenu à la réparation du préjudice ainsi occasionné. Nous l'avons signalé : ce principe est invoqué couramment en matière de procès vexatoire, d'exercice du droit de réponse, de concurrence déloyale, de rupture de contrat, etc.

421. L'intention méchante n'est qu'un des moyens mais un des moyens les plus certains, de révéler au profit de la partie lésée une rupture d'équilibre que le juge doit réparer. Expliquons-nous en reprenant l'espèce classique : le propriétaire construisant une fausse cheminée dans le seul but de nuire à son voisin. Le fait que la cheminée est fautive établit l'*animus vexandi*. Le juge saisi du litige, appliquant la formule que nous avons établie plus haut, considérera d'une part l'utilité sociale de l'intangibilité du droit de propriété qui est « de jouir et disposer de la manière la plus absolue » et il admettra, d'autre part, qu'il y a utilité éga-

(1) GENY, *Méthode d'interprétation*, t. II, 173.

lement sociale à exiger la réparation du préjudice causé par l'édification de cette fausse cheminée. Il pèsera ces deux intérêts. Il constatera alors que l'intérêt du propriétaire présente en l'occurrence une utilité sociale à peu près nulle ou même absolument négative puisqu'il agit par pur esprit de vexation. L'atteinte qu'il devra porter à la sphère d'activité du propriétaire pour faire naître dans son chef une obligation de ne pas agir comme il a agi, n'aura aucune conséquence sociale, la collectivité n'ayant aucun intérêt à ce qu'un droit puisse être exercé de semblable façon. L'évidente nécessité de la réparation du dommage obligera le juge à la décider immédiatement. L'intention ayant guidé l'auteur de l'acte sera la meilleure preuve du défaut d'intérêt de celui-ci. Elle permettra au juge ou éventuellement à la loi d'intervenir en toute tranquillité.

422. Les faits ne se présentent pas dans la réalité d'une façon toujours aussi simple. Il peut arriver que l'intention de nuire soit l'un des mobiles de l'acte, mais ne soit pas le seul mobile. On a proposé dans ce cas de décider qu'il y aurait abus de droit chaque fois que l'*animus vexandi* apparaîtrait comme mobile principal. Seulement s'il est parfois difficile au juge de rechercher l'intérêt qui se cache derrière un acte, il sera, nous semble-t-il, encore bien plus compliqué de discerner le mobile essentiel. Aussi, dans ce cas, le critérium de l'équilibre des intérêts nous paraît une fois de plus être le seul qui puisse apporter la solution du problème. Le cas de l'industriel condamné pour avoir abusé de son droit de contracter avec qui lui plaît en refusant d'embaucher un ouvrier dans le but de nuire à une organisation syndicale déterminée, est à cet égard typique. Il va de soi que cet industriel obéissait à plusieurs mobiles; par exemple le désir de nuire au syndicat, celui d'éviter des grèves dans ses chantiers, la défense d'un idéal politique, etc. Peut-être avait-il à prendre cette attitude un intérêt profes-

sionnel d'ordre général? Peut-être considérait-il sincèrement que l'organisation par lui visée était dangereuse au point de vue social? En tous cas, sa situation apparaît comme totalement différente du propriétaire qui construit la fausse cheminée. Comment le juge a-t-il pu discerner entre tous ces mobiles, celui qui fut déterminant?

Par quel raisonnement est-il arrivé à reconnaître dans le chef de cet industriel l'obligation préexistante de ne pas refuser d'embaucher un ouvrier sous le prétexte qu'il était syndiqué? L'équilibre des intérêts en présence a été son seul guide. Il a vu d'abord les intérêts de l'usiner protégés par son droit indiscutable de conclure un contrat de travail librement et avec qui lui convient. Il a envisagé et pesé l'utilité sociale que présentait la sauvegarde de ces intérêts; il a réfléchi aux conséquences de l'atteinte qu'il allait porter au principe de la liberté des contractants, base même du code des obligations. Il a certes dû se convaincre de l'importance sociale considérable qu'il y avait à maintenir intangibles ces intérêts, ce droit et ce principe.

Puis il a eu à considérer les intérêts des ouvriers, la protection accordée à ces intérêts par la reconnaissance indispensable du droit d'association; la nécessité de la liberté d'association et la situation sociale qui serait créée aux travailleurs manuels, si l'attitude de ce patron se généralisait. Ayant longuement comparé ces deux catégories d'intérêts, il a estimé socialement plus utile de protéger la seconde que la première.

Ce raisonnement a été fait en France par le juge; il a été fait en Belgique par le législateur. Ce dernier a été plus loin que le juge français; il a considéré que la nécessité sociale de protéger la liberté d'association était beaucoup plus considérable que celle de protéger la liberté de contracter; il a édicté des sanctions pénales contre l'auteur de semblable abus. C'est la preuve réitérée que l'abus des droits, considéré

comme nous l'envisageons, est constitutif d'une faute sociale.

423. Soit donc que l'intention de nuire apparaisse comme le mobile exclusif de l'auteur du dommage, soit qu'elle reste l'un des mobiles mais le mobile principal, il faut reconnaître que cette intention est un indice sérieux, simple indice pourtant d'une rupture d'équilibre d'intérêts. Le vrai critérium devant déterminer la décision du juge est cette rupture elle-même; l'intention de nuire en est l'un des signes révélateurs.

Pour apprécier la qualité sociale des intérêts, le juge recherchera la pensée de l'auteur de l'acte envisagé. Si cette intention est essentiellement malveillante, il reconnaîtra que l'intérêt allégué ne présente qu'une utilité sociale restreinte ou nulle et dans ce cas aucune protection ne lui sera due.

424. Nous estimons qu'il est sage que le principe de la recherche de cette intention soit maintenu. En effet la responsabilité telle que nous la déterminons revêt un caractère de plus en plus objectif. Elle se base presque uniquement sur l'utilité sociale des intérêts. L'importance accordée à la volonté de l'auteur de l'acte maintient dans une certaine mesure un élément subjectif qui peut servir d'indice ou d'appoint à l'appréciation objective. Au cas où les intérêts opposés apparaîtront d'une utilité sociale à peu près équivalente, l'intention permettra au juge une détermination plus aisée. Il ne faut pas oublier en effet que la preuve de cette intention peut être parfois très facile. Elle peut se révéler par des faits extérieurs. C'est le cas de la fausse cheminée, du fil de fer barbelé établi à très grande hauteur près de hangars à ballons dirigeables, de l'aveu inséré dans une lettre ou dans un contrat.

Au surplus, répétons-le, l'*animus vexandi* n'est pas le critérium de l'exercice antisocial des droits. C'est, parmi tant d'autres, l'un des éléments qui peuvent intervenir pour révéler une rupture d'intérêts, celle-ci entraînant seule dans l'esprit

du législateur ou du juge une limitation de la sphère du droit subjectif envisagé et la reconnaissance d'une obligation pré-existante de ne pas faire.

SECTION III. — Défaut d'intérêt légitime.

425. L'absence d'intérêt légitime, critérium proposé par Josserand en 1903, est plus large que l'intention de nuire. Un sujet de droit peut sans intérêt légitime user des facultés qui lui sont accordées tout en n'ayant aucune intention de nuire. Tel le maître qui sans obéir à un ressentiment quelconque congédie un employé, sous des prétextes futiles; tel aussi le demandeur qui de bonne foi intente un procès évidemment mal fondé. Le critérium proposé par Josserand a cet avantage d'allier l'élément subjectif à l'élément objectif. Élément subjectif : la recherche d'un intérêt. Élément objectif : l'appréciation de la légitimité de cet intérêt. Et par ce dernier élément il sert en quelque sorte de trait d'union entre le critérium purement subjectif, l'*animus vexandi*, et le critérium purement objectif, la destination économique et sociale du droit.

426. L'absence de motif légitime a surtout été invoquée par la jurisprudence pour justifier les restrictions apportées au droit d'ester en justice, de rompre une convention de louage de services ou une promesse de mariage. L'énoncé même de ce critérium, les mots qui l'expriment, suffisent à démontrer, selon nous, qu'il se confond également avec le critérium plus général que nous avons adopté sous le nom de rupture d'équilibre des intérêts en présence. Pour le démontrer prenons et analysons un cas type dans lequel la conviction du juge a été en apparence déterminée par l'absence de motif légitime, alors qu'en réalité elle le fut par la rupture d'équilibre des intérêts en présence. Un maître renvoie son employé en invoquant comme motif une absence de deux

ou trois jours provoquée par une maladie. Quel raisonnement tiendra le juge qui condamnera le patron à la réparation du dommage? Il pèsera une fois de plus les intérêts sociaux qui lui sont soumis. Il verra d'un côté la liberté du patron qui n'est lié par aucune convention à durée déterminée; de l'autre la situation créée à l'employé. Il constatera que cette liberté du patron est protégée par le droit de résiliation des conventions à durée indéterminée; appréciera l'utilité sociale de l'intangibilité de ce droit, et l'intérêt qu'il y a à éviter des situations aussi pénibles et dommageables que celle résultant de son exercice. Il réfléchira aux conséquences de la limitation qu'il devra apporter au droit du patron pour reconnaître à sa charge une obligation de ne pas renvoyer sans préavis. S'il constate à ce moment que le maître a agi sans motif légitime, il se convaincra beaucoup plus aisément de l'importance moindre des intérêts invoqués par ce dernier que de ceux allégués par l'employé.

A celui qui sans intérêt légitime use d'un droit accordé précisément à seule fin de protéger ses intérêts légitimes, le juge n'éprouvera aucun scrupule à retirer partiellement cette protection. Le défaut d'intérêt légitime lui aura révélé la rupture d'équilibre. Celle-ci seule permettra, en limitant la sphère d'activité du sujet aux actes utiles ou nécessaires, de reconnaître une obligation de ne pas faire, au manquement de laquelle réparation sera due. Ce nouvel élément révélateur de la rupture d'équilibre, beaucoup plus souple que l'intention de nuire, permet déjà au juriste chargé d'apprécier la réalité de cette rupture de rechercher dans chaque circonstance le but des facultés accordées. Pour juger de la légitimité de l'exercice d'un pouvoir reconnu, il faut scruter la raison d'être de ce pouvoir. Nous arrivons ainsi au troisième critérium proposé.

SECTION IV. — La destination économique et sociale des droits subjectifs.

427. Ce critérium proposé par Saleilles (1) élimine tout élément subjectif. La véritable formule, écrit Saleilles, serait celle qui verrait l'abus du droit dans l'exercice anormal du droit, exercice contraire à la destination économique et sociale du droit subjectif. C'est cette formule qui inspire la grosse majorité des décisions relatives au rapport de voisinage. Chaque droit subjectif est conféré aux êtres vivant en société en vue de protéger des intérêts qu'il est socialement utile de protéger et dès lors chaque droit subjectif a un but économique et social. Le droit de propriété en est le meilleur exemple. Si protection est accordée au propriétaire, c'est pour qu'il collabore en cultivant son champ, en louant sa maison, en construisant son usine, ou par la manifestation quelconque d'une activité utile et normale, au développement général de cette société dont il n'est qu'une cellule. Si protection est accordée à la puissance paternelle, c'est pour que le père en use dans l'intérêt de ses enfants ou de la famille, base de notre organisation sociale.

Si le propriétaire au lieu de cultiver son champ, le laisse en friche, la protection devra lui être retirée; une législation prévoyante sauvegardant l'intérêt économique de la nation devrait intervenir en ce sens. Si au lieu de louer sa maison, le propriétaire la laisse inhabitée et à l'abandon, elle devrait être réquisitionnée et elle l'est parfois sous la législation actuelle. Ce sont là des exemples d'abus du droit envisagé comme principe général de réglementation. C'est sous ce jour d'ailleurs que le critérium actuellement examiné joue son rôle le plus important.

428. Dans un pays où la dépopulation constitue un danger

(1) SALEILLES, *Théorie générale de l'obligation*, p. 370.

social le propriétaire d'une maison à appartements fait savoir par annonces ou affiches que l'un de ceux-ci est vacant. Un ménage se présente. Il y a des enfants. L'appartement est suffisamment spacieux. Mais le propriétaire qui habite également l'immeuble refuse de conclure et motive ce refus par le fait qu'il ne veut qu'un ménage sans enfant. Nous estimons que le propriétaire commet un abus qui engage sa responsabilité vis-à-vis des personnes sollicitant de conclure le bail. Pourquoi? Parce qu'il a exercé son droit contrairement à sa finalité, à sa destination économique et sociale. En dernière analyse, la comparaison des intérêts en présence déterminera la conviction du juge ou du législateur. D'une part le droit de propriété, principe de notre organisation économique, d'autre part le danger de la dépopulation. Il y a socialement plus d'intérêt à remédier à une situation favorisant la dépopulation qu'à respecter l'intangibilité du droit du propriétaire. Dès lors une limitation doit y être apportée. Une obligation de ne pas refuser la location à un ménage avec enfants doit être reconnue. Si le propriétaire l'enfreint, il doit réparer le préjudice que ce manquement occasionne. L'exercice anti-finaliste a révélé la rupture de l'équilibre des intérêts.

SECTION V. — Conclusions.

429. Le véritable critérium auquel s'arrêtera à chaque occasion le législateur ou le juge sera la rupture de l'équilibre des intérêts sociaux en présence ou la comparaison de la qualité sociale des intérêts particuliers. L'intention de nuire, l'absence de motif légitime, le détournement de la finalité d'un droit sont autant d'éléments qui tantôt réunis, tantôt séparés permettront d'apprécier le degré d'utilité sociale des intérêts comparés. Ce ne sont pas ces éléments qui feront naître le droit à réparation. Ce sont eux qui permettront parfois au juge ou au législateur de se convaincre de la

nécessité de la limitation d'un droit subjectif pour rétablir un équilibre rompu et reconnaître à charge du sujet une obligation de ne pas agir comme il a agi.

430. En réalité trois questions sont soulevées par la théorie de l'abus des droits ainsi conçue :

1° Les droits subjectifs sont-ils absolus ou relatifs? Personne aujourd'hui ne conteste cette relativité.

2° Tous les droits subjectifs sont-ils susceptibles d'être ainsi selon les circonstances et l'évolution économique du moment, limités et assouplis en vue de permettre au juge de reconnaître une obligation de ne pas faire à charge du sujet ou bien seuls les droits imparfaitement définis sont-ils susceptibles de cette modification de leur contenu?

3° Peut-on reconnaître au juge ce pouvoir de limitation ou d'assouplissement, ou faudra-t-il en chaque circonstance que le législateur intervienne?

Ces trois questions font partie de l'étude de « l'abus des droits » envisagé comme principe de réglementation générale.

CHAPITRE III. — La base légale.

431. Les adversaires de la théorie étudiée lui ont fréquemment reproché un défaut absolu de justification légale. Le fondement de ce reproche a été reconnu par quelques-uns de ses partisans dont certains ont proposé l'adoption d'un texte nouveau permettant au juge d'invoquer couramment la théorie de l'abus des droits.

432. L'article 1382, tel qu'il est rédigé, suffit amplement selon nous, à justifier, en matière de responsabilité civile, toutes les applications de cette doctrine.

Elle n'a apporté aucune modification aux principes essentiels de cette responsabilité. Elle respecte et continue à exiger la réunion des quatre conditions indispensables. Elle se borne

uniquement à faciliter la reconnaissance d'une obligation préexistante de ne pas faire à charge du sujet de droit. Dès lors, si l'article 1382 ne fait en termes du reste imprécis qu'indiquer la nécessité de réunir les conditions susvisées et énoncer des principes généraux de responsabilité auxquels il n'est pas touché, il faut en conclure que la nécessité d'un texte nouveau n'est pas démontrée.

Il y aura lieu d'examiner s'il est indispensable d'établir un texte énonciatif de l'abus des droits envisagé comme principe dominant toute l'organisation juridique. Les droits subjectifs ne peuvent être exercés antisocialement. Chaque fois que la rupture d'équilibre des intérêts en présence se produit, le juge a le droit de reconnaître l'existence d'une obligation de ne pas faire. Cela étant admis, l'application de la théorie de l'abus à un simple cas de responsabilité civile ne souffre aucune difficulté. Les quatre conditions prévues par l'article 1382 doivent être réunies. Le principe général de l'exercice antisocial des droits se borne à créer l'obligation légale dont la reconnaissance est nécessaire pour remplir la première des conditions exigées.

433. Peut-être l'objection suivante sera-t-elle présentée. Le texte de l'article 1382 ne contient-il pas une opposition limitée, mais une opposition néanmoins certaine, à l'adoption définitive de la théorie élargie de l'abus des droits, instrument général de réglementation sociale? L'article 1382 et cette théorie sont-ils conciliables? L'examen si fréquemment reproduit des travaux préparatoires de ce texte, travaux du reste laconiques, obscurs et parfois contradictoires, nous semble inutile. De même est sans intérêt une exégèse minutieuse et approfondie. Nous n'insisterons pas sur la place secondaire occupée dans le texte par le mot *faute*, sur l'absence complète de répétition du même mot dans les articles 1383, 1384, 1385 et 1386, sur l'importance essentielle accordée au contraire au mot « *fait* », ensemble de considérations qui a permis

à certains de soutenir avec quelque vraisemblance que le mot « *faute* », employé dans cet article indiquait seulement un lien de causalité, qui y avait été inséré pour de seules raisons de style afin d'éviter la répétition du mot *cause* (1). Mais nous insisterons pourtant sur cette considération primordiale : « l'adage *qui suo jure utitur neminem lædit*, arme essentielle des adversaires de la théorie étudiée, principe invoqué par eux chaque fois qu'il s'est agi d'appliquer celle-ci, n'est énoncé ni par l'article 1382 ni par aucun autre texte. Principe général universellement admis? Peut-être, mais principe dépourvu de toute justification légale et, qui plus est, généralement mal compris. *Qui utitur*, doit en tout cas se traduire : « qui use » et non « qui abuse ». Au surplus, si l'existence d'un principe général *sans appui d'aucun texte*, est admis, un autre principe ne peut-il pas être également reconnu dans les mêmes conditions?

434. Restant sur le terrain de la responsabilité civile, nous nous bornerons à constater que l'article 1382, texte vague, très large grâce à son imprécision, texte élastique dont on a pu écrire que « sa stricte application paralyserait toute activité » (2), ne crée aucune objection légale, ni à la doctrine étroite, ni à la doctrine élargie de l'abus du droit. Formule souple, elle est toute prête à permettre comme elle l'a permis jusqu'ici dans le domaine de la responsabilité quasi délictuelle, les applications les plus nombreuses et les plus heureuses de la théorie étudiée.

(1) BETTRÉMIEUX, *Fondement de la responsabilité civile en droit français*, p. 153.

(2) LEVY, « L'exercice du droit collectif », *Revue trimestr. de droit civil*, 1903, p. 95 et 96.

CHAPITRE IV. — La sanction.

435. Se basant sur cette querelle de mots qui a pour objet de déterminer si l'acte abusif est conforme au droit subjectif ou sort des limites de celui-ci, certains auteurs, tels que Saleilles (1) ont discuté le mode de réparation auquel l'abus des droits pouvait donner lieu.

Il s'agit bien entendu ici des sanctions de l'abus des droits envisagé comme cas spécial de responsabilité civile et non comme principe général de réglementation sociale. Si l'on considère avec nous que l'article 1382 peut parfaitement servir de cadre aux applications de la théorie de l'abus en matière de responsabilité quasi délictuelle, si l'on accepte de ne voir en cette théorie qu'un moyen de permettre aux juges une reconnaissance plus fréquente d'obligations pré-existantes, la question de la sanction à appliquer au sujet de droit qui manque à cette obligation apparaît comme fort simple.

436. L'article 1382 oblige l'auteur du fait à réparer le dommage; il ne détermine ni ne limite le mode de réparation. La cour de cassation de France a, plusieurs fois, posé en principe que les termes de cet article n'empêchaient point tout autre mode que la réparation en argent (2).

Dès lors, le juge ayant à choisir entre plusieurs systèmes de réparation devra une fois de plus se laisser guider par l'utilité sociale des intérêts en présence. S'il est socialement utile que la cause du dommage soit maintenue il ne pourra exiger la suppression; il se bornera à ordonner une réparation en argent ou à prescrire, si la chose est possible,

(1) SALEILLES, *Théorie des obligations*, 3^e édit., p. 373, en note.

(2) Cass. fr. (req.), 6 décembre 1869 (D. P., 1876, 1, 56) et 6 août 1880 (SIR., 1881, 1, 358).

l'exécution de travaux permettant d'éviter à l'avenir la répétition du dommage. Ainsi les propriétaires d'immeubles établis à proximité d'une gare ne pourront réclamer la suppression de celle-ci. Il est socialement indispensable que les services des transports par fer puissent se développer normalement. Ainsi, l'agriculteur lésé par les émanations industrielles pourra demander au tribunal de condamner l'usinier à placer les appareils nécessaires à l'absorption de vapeurs acides. Il sollicitera en vain, vu l'utilité sociale de celle-ci, l'arrêt de l'industrie incriminée.

Si par contre le maintien de la cause du dommage présente une utilité sociale moindre que la réparation en nature ou n'en présente même aucune, sa disparition pourra être exigée. Ainsi le tribunal ordonnera la démolition de la fausse cheminée élevée dans le seul but de priver le voisin de lumière.

437. En matière d'abus du droit de propriété, la jurisprudence belge s'est conformée à ces principes. Elle reconnaît en cas de responsabilité de voisinage la nécessité de maintenir l'existence et l'activité de l'usine ou de l'exploitation visée (1). Elle alloue des indemnités, faisant parfois consister celles-ci non en un capital une fois payé, mais en une rente ou prestation annuelle (2). De même il a été décidé que le juge pouvait ordonner l'exécution de travaux de nature à empêcher le dommage de perdurer (3).

S'il s'agit non plus d'obligations de voisinage, mais d'abus du droit de propriété proprement dit, nos tribunaux n'ont pas hésité à ordonner la démolition ou la suppression de la cause même du dommage. Ainsi dans l'affaire des enseignes lumineuses, déjà rapportée et qui a permis à notre cour de cassation de marquer son adhésion formelle à la théorie

(1) Trib. Liège, 29 mars 1888 (*Pasic.*, 1888, III, 317).

(2) Gand, 29 janvier 1869 (*Pasic.*, 1870, II, 15).

(3) Liège, 6 août 1884 (*Journ. des trib.*, 1885, col. 22).

étudiée, la cour d'appel de Bruxelles a condamné l'intimé à supprimer la réclame incriminée dans les huit jours de la signification de l'arrêt rendu (1).

438. L'abus du droit d'agir en justice ne pourra, la plupart du temps, donner lieu qu'à une réparation en argent. Il est en effet socialement indispensable que les procès même téméraires ou vexatoires puissent être continués jusqu'au bout et que l'accès du prétoire reste ouvert à tous. On a vu pourtant que l'Angleterre avait pris des mesures législatives, permettant soit de priver les « maniaques du procès » du droit d'ester en justice, soit de soumettre leurs actions à un contrôle préalable. Nos tribunaux ont, de leur côté, en ordonnant la publication de leurs jugements aux frais de l'auteur de l'abus, prescrit une réparation en nature indépendamment de la réparation pécuniaire.

439. En matière d'abus du droit d'exprimer sa pensée, c'est la réparation en nature qui est le plus fréquemment décidée. Elle se traduit par la publication du jugement dans les journaux. La suppression de la cause du dommage pourra éventuellement être également ordonnée. L'article 1036 du Code de procédure civile autorise spécialement, à cet égard, les tribunaux à prononcer, même d'office, des injonctions, à ordonner la suppression des écrits déclarés calomnieux et à prescrire l'impression et l'affichage de leurs jugements.

440. L'abus du droit de conclure une convention entraînera presque toujours une réparation essentiellement pécuniaire. Ainsi pour l'embauchage d'ouvriers d'un concurrent dans le but de désorganiser ses services.

441. Il en est de même de l'exercice antisocial du droit de résiliation. Il serait socialement nuisible de forcer le patron à reprendre à son service un ouvrier congédié. On a vu

(1) Bruxelles, 14 avril 1915 (*Pasic.*, 1915-16, II, 194).

pourtant que des lois d'après-guerre obligent l'employeur à réintégrer dans son emploi l'ouvrier démobilisé. Si le congé s'accompagne de circonstances attentatoires à l'honneur de l'employé, une réparation en nature par voie de publication pourra être ordonnée.

442. Enfin en matière de société, l'abus du droit de résiliation sera sanctionné par la suppression de la cause du dommage, puisqu'il semble bien résulter de l'article 1869 qu'une démission à contretemps ou de mauvaise foi doit être considérée comme non avenue.

TITRE IV

L'ABUS DES DROITS, INSTRUMENT GÉNÉRAL DE RÉGLEMENTATION JURIDIQUE; RÈGLE DE DROIT OBJECTIF.

CHAPITRE I^{er}. — Son rôle.

443. Pas plus dans le domaine infiniment vaste des principes généraux du droit, que dans celui de la responsabilité civile, la théorie étudiée n'apporte de véritable innovation. Son mérite est simplement d'avoir systématisé et canalisé la tendance de la socialisation du droit et d'avoir permis son développement. Entre la conception individualiste des droits reconnus aux hommes aux fins de résister au pouvoir souverain et la conception solidariste des droits conférés par la collectivité pour permettre aux êtres juridiques de participer et de collaborer à la vie sociale, entre l'idée du droit donnée fondamentale de la nature et l'idée du droit-devoir, du droit-fonction, la théorie de l'exercice antisocial servira de trait d'union.

444. Le principe de l'individualisme a été un moment nécessaire. En face du pouvoir absolu exercé par un seul, l'idée-force de droits intangibles accordés aux hommes pouvait faciliter leur émancipation et leur libération. Ce pouvoir absolu n'est plus. Aujourd'hui la nécessité de la solidarité humaine se fait sentir plus impérieusement que celle de la liberté. A cette nécessité correspond la conception des droits-devoirs. Mais les textes inspirés par la conception de droits intangibles mettant l'homme à l'abri des atteintes du pouvoir ont subsisté. De là une discordance entre l'idée moderne et

les textes anciens. La théorie de l'abus des droits permet la transformation sans heurts et par simple évolution du droit individuel en droit social.

En réalité elle se borne à assouplir les limites des droits subjectifs. Elle donne au juge ou à la loi le pouvoir de restreindre au profit de la collectivité ou du bien social la sphère dans laquelle l'activité de l'homme peut s'exercer librement. Elle reconnaît que cette sphère n'est créée, que ces intérêts ne sont protégés que parce qu'il est socialement utile qu'ils le soient. Elle ajoute que si les circonstances, les conditions perpétuellement variables de la vie se transforment de manière telle qu'il y ait une utilité sociale plus grande à porter atteinte à ces droits qu'à les respecter, le juge ou la loi auront le pouvoir et le devoir de considérer comme abusif d'interdire ou de réprimer tout ce qui serait fait au delà des limites nouvelles rigoureusement imposées par les nécessités sociales. Si le mot « abusif » choque, disons exercice antisocial d'un droit ou acte réalisé sans droit. L'expression « abus du droit » peut momentanément être maintenue parce qu'elle fut généralement employée par la jurisprudence et qu'elle a un sens que l'usage a consacré. L'essentiel est de reconnaître cette relativité et cette transformation permanente du contenu des droits subjectifs. Cette théorie ne serait peut-être jamais née si les textes du Code civil avaient été plus souples. Ne s'inspirent-ils pas presque exclusivement de la doctrine individualiste? La contradiction entre les transformations continues de la vie et l'inflexibilité des textes la régissant a seule provoqué l'élaboration de la théorie étudiée et justifié son évolution. Pendant et après la guerre mondiale, la législation et la jurisprudence ont dû nécessairement y avoir recours. Plus qu'en toute autre période de l'histoire, le code sans souplesse s'est montré impuissant à favoriser le développement de l'idée de solidarité; il fut dans l'impossibilité de se plier aux exigences sociales et économiques

particulièrement intenses et impérieuses du moment. Les applications de la théorie de l'imprévision, sa consécration législative, la jurisprudence française relative aux clauses d'interdiction de sous-louer insérées dans les baux commerciaux, les expédients trouvés par nos cours et tribunaux en matière d'option d'achat et de diminution de prix des loyers, toutes les lois sur les loyers elles-mêmes, le remplacement de la théorie de la cause par celle du mobile déterminant, sont autant d'exemples de cette atteinte socialement indispensable à l'intangibilité des droits subjectifs et à la rigidité des textes.

445. Ainsi envisagée la théorie de l'abus des droits conduit au rapprochement, voire à la fusion partielle par identité de but, du droit civil et du droit public.

Insensiblement en effet le domaine de la liberté individuelle se restreint. Demogue, dans la préface de son *Traité des obligations* écrit : « On n'a pas besoin de la liberté — l'ordre social importe beaucoup plus », et plus loin : l'état naturel en société est la solidarité, la liberté peut simplement être considérée comme souhaitable dans une certaine mesure » (1). De plus en plus l'importance sociale de nos actes, leur répercussion proche ou lointaine, leur influence apparente ou non sur la vie en société, sur la collectivité sont analysés, compris et appréciés. Combien d'anciennes libertés ont ainsi disparu! Le domaine juridique de l'ordre public s'accroît sans cesse. Le contrat de travail, le contrat de louage, le contrat de vente de produits de première nécessité sont presque tous soumis à l'une ou l'autre condition d'ordre public. Le patron ne peut faire travailler son ouvrier plus de huit heures, il est reconnu socialement indispensable que celui-ci ait un repos normal ou dispose de loisirs permettant son développement intellectuel et moral. Le propriétaire

(1) DEMOGUE, *Des obligations*, t. I^{er}, p. 12.

n'est plus en droit de demander le loyer qui lui plaît. Il est d'ordre public que les loyers ne puissent dépasser un certain pourcentage d'augmentation. Une sanction pénale avait même été proposée mais elle ne fut pas adoptée. Par contre la loi édicte une peine à l'égard du patron qui enfreint le principe des huit heures. Ce principe devra lui-même du reste fléchir devant des nécessités économiques plus impérieuses. Et ainsi apparaît qu'à la base même de notre droit, domine la notion de l'équilibre des intérêts sociaux ou des intérêts privés qui ne sont que des intérêts sociaux indirects.

446. Le droit pénal subit du reste une tendance similaire. Chacun convient que l'idée de vengeance doit en être bannie. Seule l'utilité sociale de la répression est désormais envisagée. Sous l'heureuse influence de cette idée directrice on ne tient plus tant compte du délit que de l'individu qui l'a commis et des circonstances dans lesquelles il a été commis. Le médecin et le sociologue collaborent avec le juge. Ils recherchent, avant tout, le genre de répression qui s'impose dans l'intérêt de la société. Les criminels sont des malades mais dans l'intérêt de tous, ces malades doivent être mis dans l'impossibilité de nuire jusqu'à ce qu'ils soient guéris. L'assouplissement des textes permettant des variations de peines beaucoup plus larges est impérieusement réclamé. Il ne faut pas d'une part que la possibilité de nuire soit rendue à celui qui n'est pas guéri. Il ne faut pas d'autre part que la privation de liberté soit maintenue, si elle n'est plus nécessaire. Comme en droit civil, le principe de l'équilibre des intérêts sociaux en présence s'affirme et dominera bientôt.

447. Mais cette assimilation du droit civil et du droit public, cette restriction de plus en plus rigoureuse de la liberté individuelle ne vont-elles pas faire disparaître les droits subjectifs pour ne laisser que des fonctions sociales? Ne vont-elles pas enlever à l'homme tous ses pouvoirs pour ne lui laisser que des devoirs?

Cette question nous amène à rencontrer très rapidement les théories de Duguit. Celui-ci se déclare partisan de la négation absolue de l'existence des droits subjectifs. « Eliminer la notion purement métaphysique de droit subjectif, c'est-à-dire du pouvoir d'une volonté de s'imposer comme telle à d'autres volontés, voilà la condition indispensable pour déterminer pratiquement et positivement le domaine du droit » écrit-il (1).

Le droit, selon lui, est une règle de conduite s'imposant à l'homme vivant en société. Ce droit objectif a sa source dans le sentiment de *socialité* unissant les membres de la société et dans le sentiment de la justice. C'est la règle de droit. Mais cette règle peut se présenter sous deux aspects différents. La règle *normative* qui impose à tout homme vivant en société une certaine abstention ou une certaine action. La règle *constructive* qui par l'établissement de sanctions ou de toute autre façon assure directement ou indirectement l'exécution de la règle normative. Puis il s'attaque à la doctrine individualiste qui a inspiré les codes de l'ère napoléonienne. Il qualifie avec raison de purement gratuite l'affirmation que l'homme parce qu'il est homme, pris isolément et en soi, séparé des autres hommes, à l'état de nature, est titulaire de certains droits propres à sa nature d'homme. C'est, écrit-il, une proposition purement métaphysique, une expression purement verbale, qui peut satisfaire un croyant mais est dépourvue de valeur scientifique. Et ayant ainsi écarté la doctrine individualiste, il estime très justement que les droits subjectifs, s'ils existent, ne peuvent naître que de la vie sociale et de la forme qui s'y applique. La question de l'existence du droit subjectif revient ainsi à savoir si l'individu vivant en société et comme tel soumis au droit objectif de cette société, se trouve par là dans une situation impliquant qu'il est titulaire de ce qu'on appelle des droits subjectifs.

(1) DUGUIT, *Droit constitutionnel*, t. I^{er}, p. 3.

Cette question, Duguit la résout négativement. Pourquoi ? Parce que l'existence d'un droit subjectif implique une subordination de volontés, une supériorité d'une volonté sur une autre et qu'on ne peut concevoir quel élément d'ordre positif et humain pourrait constituer une hiérarchie des volontés. « Les éléments du problème sont très simples et la solution nous en paraît elle-même extrêmement simple. L'homme est placé dans un certain groupe social, l'existence de ce groupe implique l'existence des règles de conduite s'imposant à ses membres dans leurs rapports entre eux, règles de conduite qui imposent certains actes et certaines abstentions. Par là est faite à tous les membres du groupe une certaine situation au point de vue actif et passif, situation qui n'affecte en rien leur volonté, lorsqu'elle reste toujours ce qu'elle était, volonté individuelle réglée par la norme du groupe, *volonté dont la sphère d'activité varie avec le groupe*. En tant qu'elle s'applique aux individus, elle donne naissance à des situations objectives, dans lesquelles on ne peut voir ni des obligations ni des droits subjectifs parce que des obligations et des droits subjectifs impliquent une hiérarchie de volonté, ce qui en fait n'existe pas et ne serait concevable qu'avec la reconnaissance d'une intervention surnaturelle, scientifiquement inadmissible » (1).

Rencontrant la thèse de l'abus des droits, il en fait la critique dans les termes que nous avons rappelés en exposant les différentes opinions de la doctrine : « Qu'on écarte l'idée et le mot de droit subjectif, on écarte du même coup toutes les controverses et subtilités qu'on a comme à plaisir accumulées sans raison et sans profit » (2).

Il n'entre pas dans le cadre de notre étude de faire la critique des théories de Duguit. La plupart des auteurs qui

(1) DUGUIT, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 130.
(2) *Ibidem*, t. I^{er}, p. 176.

s'en sont occupés ont dû y reconnaître une part de vérité et n'ont généralement conservé l'expression « droit subjectif » que parce qu'il s'agissait d'un vocabule commode (1).

448. Il paraît en tout cas certain, si le droit subjectif n'est qu'un pur concept, que ce concept reste encore actuellement nécessaire. Duguit ne parle-t-il pas lui-même *d'une volonté dont la sphère d'activité varie avec le groupe*. Toute la question est là. *Une sphère d'activité doit être reconnue* : Il est socialement nécessaire qu'elle le soit. Duguit a tort, dès lors, de dédaigner la théorie de l'abus des droits, parce que c'est elle, telle qu'elle est envisagée, qui seule permettra cette variation jugée indispensable. Pour le surplus, cette sphère d'activité reconnue par la règle de droit, organise-t-elle ou non une hiérarchie de volontés ? C'est une question de pure métaphysique que nous n'entreprendrons pas de résoudre. Mais nous ne croyons pas que cette sphère de libre activité disparaisse jamais.

449. Dans le monde juridique la relativité générale est un principe essentiel qui ne peut être méconnu sans risque d'erreur. Il est possible, quoique peu probable, qu'un jour prévaille un système juridique où l'homme n'aura que des devoirs sans avoir aucun pouvoir personnel. La période de guerre ne fut pas loin d'en être un exemple. Actuellement, le monde est en pleine phase d'évolution. Vers quoi cette évolution tend-elle exactement ? La moindre réflexion fait apparaître la vanité des prédictions. Une seule chose est évidente : le principe directeur de cette évolution est l'idée-force de solidarité sociale. S'il est certain que cette idée-force doit faire perdre à tous les droits subjectifs leur caractère absolu, il n'est pas à présumer qu'elle entraîne leur suppression. S'il est socialement utile que la sphère d'activité des

(1) GÉNY, *Rev. trimestr. de droit civil*, 1924, p. 815; CORNIL, *Droit privé*, p. 130; DEMOGUE, *Notions fondamentales*, p. 322.

hommes soit diminuée, que les limites de leurs droits soient restreintes et susceptibles d'assouplissement, il est encore et il sera vraisemblablement toujours socialement utile qu'une liberté relative continue à leur être conférée. L'intérêt social exige que certains intérêts particuliers soient protégés. Ces intérêts protégés sont les droits subjectifs. Que la locution elle-même soit malheureuse, nous en convenons, mais nous ne nous livrerons pas à une nouvelle querelle de mots. Certes, il est regrettable que la même expression soit employée pour désigner le principe qui exige la protection de certains intérêts (le droit objectif) et ces intérêts eux-mêmes, une fois qu'ils sont protégés (droit subjectif). La pauvreté de notre langue juridique est seule en cause. A la locution : *droits subjectifs*, nous sommes disposés à substituer celle de « situation juridique subjective ». L'essentiel est, à notre avis, qu'une sphère de libre activité continue à être reconnue aux hommes tant qu'il est socialement utile qu'elle le soit. Que les intérêts que cette sphère protège soient appelés (1) « droit subjectif » ou « situation de droit » ou « situation juridique subjective », peu importe, si l'on estime pour la clarté de l'enseignement ou la facilité des discussions devoir préférer l'une de ces expressions. Il importe en même temps que les problèmes du droit objectif prennent le pas sur ceux des droits subjectifs (2); que les droits subjectifs ou les situations juridiques subjectives, comme on voudra, ne puissent être créées que par le droit objectif; que surtout la situation juridique subjective ne soit pas une donnée fondamentale de la nature, mais un fait consacré par la règle de droit. Comme tel il reste soumis au contrôle permanent de celui qui l'a créé. Si le bénéficiaire d'une situation juridique subjective en usait d'une façon contraire à cette règle, il l'exercerait antisocialement.

(1) GÉNY, *Rev. trimestr. de droit civil*, 1922, p. 803.

(2) DUGUIT, *Droit constitutionnel*, t. I^{er}, p. 7.

450. De tout temps à la théorie de l'abus des droits a été fait le reproche de tendre à une confusion de la morale et du droit. La réponse est simple. S'agit-il de la morale individuelle? Le reproche est mal fondé. Aucune considération de morale individuelle n'inspire cette conception; seule l'utilité sociale est en jeu. Bien plus, les applications de la théorie étudiée auront souvent des conséquences opposées à la morale individuelle. Nous n'en voulons comme exemple que la disposition déclarant nulle comme contraire à l'ordre public toute convention particulière dérogeant à la loi sur les loyers. Nombreux sont les locataires qui avaient pris l'engagement d'honneur de ne point réclamer de diminutions et ont néanmoins invoqué ce texte. Ainsi furent mise en opposition flagrante le droit et la morale individuelle.

S'agit-il, au contraire, de la morale sociale? Le reproche n'en est pas un. Le droit n'est que de la morale sociale en action. Il ne peut être fait meilleur éloge des principes envisagés que de reconnaître qu'ils visent à soumettre à la réglementation de la vie sociale, but du droit, toute manifestation de cette vie même.

CHAPITRE II. — Le critérium.

451. Selon nous, il importe donc de conférer aux hommes une sphère de libre activité dans laquelle ils puiseront des facultés que nous sommes disposés à appeler « situations juridiques subjectives » (pour éviter toute confusion entre les deux sens du mot « droit »). En retour il faut admettre également, comme une nécessité absolue, d'exiger la conformité de ces facultés et de leur exercice avec l'intérêt général. Si cette exigence n'est pas satisfaite, il y a lieu à intervention du juge ou du législateur. Ils restreindront ces facultés. Comment la non-conformité permettant cette intervention se révélera-t-elle?

452. S'agira-t-il d'un critérium essentiellement subjectif ? Non. La conformité variera non pas selon la volonté arbitraire ou capricieuse du bénéficiaire de ces facultés, mais bien selon les circonstances économiques et sociales au milieu desquelles il les exercera. L'intérêt général varie quotidiennement. Telle manifestation du droit de propriété « cette simple affectation des choses à un but social » paraîtra contraire à l'intérêt général pendant une crise de logement et ne le lésera plus, cette crise une fois terminée. Il ne faut pas cependant dénier toute valeur au critérium subjectif. L'intention du bénéficiaire de la faculté, ou le mobile auquel il obéit, permettra dans bien des cas de faciliter l'intervention du juge ou de la loi.

453. L'examen des différents critères proposés a été étudié. Qu'il nous suffise de rappeler que le véritable critérium est la rupture d'équilibre des intérêts sociaux en présence. L'intention de nuire, l'absence d'intérêt, le défaut de motifs légitimes, la destination économique et sociale des situations juridiques subjectives seront autant d'éléments permettant isolément ou conjointement d'apprécier les intérêts sociaux, de les peser. Ce sont si l'on veut, les critères du critérium unique.

Si l'on confère à l'homme « le droit de propriété » c'est qu'il paraît socialement utile qu'il puisse jouir et disposer des choses qui lui appartiennent de la manière la plus absolue. Aux sociologues de dire si cette utilité est réelle et dans l'affirmative d'en énumérer les raisons : nécessité de respecter l'initiative individuelle, de favoriser l'esprit d'épargne et de gain, l'intérêt étant l'un des mobiles des actions humaines. Dans l'état social actuel cette utilité est généralement reconnue.

Si l'on accorde à l'être juridique la faculté de conclure des conventions, c'est qu'il paraît de même socialement utile de permettre la libre manifestation de sa volonté, « cette

manifestation étant présumée conforme à l'intérêt collectif » (1), et de favoriser la naissance « d'obligations admises comme consécration de la coopération sociale et n'ayant de valeur que dans la mesure où elles répondent à cette coopération » (2).

Dans chacune des facultés reconnues aux êtres juridiques, on pourrait retrouver ainsi l'intérêt social qui a voulu la protection d'un intérêt individuel. Ces facultés sont imparfaitement définies, car une définition parfaite paraît impossible : la loi est, en effet, impuissante à prévoir toutes les transformations permanentes de la vie collective. Fatalement donc l'exercice de ces facultés lèse parfois l'intérêt général. Dès lors, deux intérêts sociaux sont en présence. Un intérêt direct : éviter cette lésion ; un intérêt indirect : éviter de porter atteinte au droit subjectif reconnu utile.

La situation juridique subjective devra être respectée jusqu'au moment où une circonstance soit extrinsèque à la volonté du bénéficiaire de cette situation (évolution économique ou sociale), soit intrinsèque à cette même volonté (l'exercice intentionnellement nuisible de la faculté reconnue), produira une rupture d'équilibre, la lésion de l'intérêt général ayant augmenté ou l'utilité de la protection ayant diminué. Il faudra alors apporter une limitation à la libre sphère d'activité juridique.

454. A la suite de ces considérations nous pouvons, nous semble-t-il, adopter cette définition du critérium de l'abus des droits envisagé comme facteur général de réglementation juridique : Il y aura exercice antisocial d'une faculté reconnue par la loi, chaque fois que l'intérêt social lésé par cet exercice apparaîtra comme plus considérable que l'intérêt social s'attachant à l'intangibilité de cette faculté.

(1) DEMOGUE, *Des obligations*, t. I^{er}, p. 33.

(2) *Ibidem*, t. I^{er}, p. 20.

455. Prenons un exemple jurisprudentiel des plus caractéristiques : le prêt consenti en vue de permettre à l'emprunteur de jouer. Intérêt social direct : éviter le développement des jeux de hasard considérés comme immoraux. Intérêt indirect : protéger le libre exercice de la faculté reconnue à toute personne juridique de disposer de ses biens comme elle l'entend et de conclure des conventions avec qui lui convient. Or, le mobile auquel obéit le bénéficiaire de cette faculté, en l'exerçant de cette façon, entraîne une lésion de l'intérêt collectif. La protection de l'intérêt social direct sera reconnue comme plus utile que celle de l'intérêt indirect. Il sera porté atteinte par le juge à la faculté de conclure librement une convention de prêt (1). Il annulera la convention.

456. Plusieurs intérêts sociaux directs ou indirects peuvent être enchevêtrés. L'appréciation de la rupture d'équilibre ne sera pas toujours chose aisée. Il en est ainsi en matière d'imprévision. Les intérêts qu'un premier examen fait apercevoir sont tous deux indirects : la protection du droit du créancier à l'exécution intégrale du contrat d'une part, et d'autre part, l'utilité d'éviter la ruine ou l'appauvrissement excessif du débiteur, cellule de la collectivité. Mais à la réflexion le juge chargé de vérifier l'équilibre tiendra compte de l'intervention d'autres facteurs : le besoin de sécurité des contractants ou même éventuellement le maintien du principe d'ordre public du cours forcé de la monnaie (2). Ce n'est que exceptionnellement qu'il se décidera à porter atteinte à cette somme d'intérêts sociaux.

457. Cette nécessité absolue de limiter certains droits individuels dans des circonstances déterminées apparaît comme l'un des traits les plus caractéristiques non seulement

(1) Paris, 8 février 1917 (*Gaz. des trib.*, 1918, 2, 372).

(2) Trib. Bruxelles, 7 février 1924 (*Belg. jud.*, 1924, col. 361).

de notre jurisprudence mais encore de nos législations modernes. Il serait fastidieux d'énumérer ici les lois innombrables qui ont reconnu l'obligation de rétablir l'équilibre rompu des intérêts sociaux. Constatons pourtant qu'un très grand nombre de constructions juridiques postérieures à notre code ont ainsi fait plier le principe de l'autonomie de la volonté et de l'immutabilité des conventions en dehors du consentement des contractants. En matière de modifications aux statuts des sociétés, l'application stricte de l'article 1134 du Code civil nécessitait le consentement unanime des associés pour toute modification quelconque à la convention d'association. Le développement de ces groupements, le nombre des affiliés permettaient difficilement l'obtention d'une unanimité. L'inertie, l'esprit de chicane ou de vexation, la mauvaise humeur, la ruse ou l'entêtement d'un seul pouvaient mettre en échec la réalisation de tout projet favorable aux intérêts de l'association. La cour de cassation de France en 1893 comprenant la nécessité d'éviter de semblables abus et l'intérêt social évident de porter atteinte « à la situation juridique subjective » de chaque associé reconnut à la majorité des actionnaires le pouvoir de modifier le pacte social (1). Les lois françaises et belges sur les sociétés ont adopté des solutions semblables. Pareillement les lois sur la faillite et le concordat préventif font un usage identique du principe de la majorité (2). Est-il pourtant rien de plus opposé au principe de l'immutabilité des conventions que de voir ainsi le droit contractuel d'un créancier changé et transformé contre son gré par la volonté collective d'une majorité d'autres créanciers de son débiteur?

Que cette atteinte à une « situation juridique subjective » soit portée par la loi ou par le juge, celui qui dit le droit

(1) D. P., 1893, 1, 105.

(2) MORIN, *La révolte des faits contre le Code*, p. 152.

ne trouvera de critérium véritable et sûr que dans la recherche constante de l'équilibre des intérêts sociaux en présence.

CHAPITRE III. — La sanction.

458. Supposons réunies les circonstances nécessitant l'intervention de la théorie étudiée, supposons acquise la rupture d'équilibre révélatrice d'un exercice abusif d'une situation juridique subjective et recherchons la manière dont va se traduire l'intervention du juge ou de la loi.)

459. Nous avons vu déjà comment la limitation de la sphère d'activité, créant de nouvelles obligations de ne pas faire, pouvait, par application de l'article 1382 et des principes de la responsabilité civile, entraîner à charge de l'auteur d'un exercice abusif l'obligation de réparer pécuniairement ou en nature le dommage occasionné. C'est le cas le plus fréquent. La sanction normale est la réparation du préjudice, réparation qui permet le rétablissement de l'équilibre rompu.

460. Cependant, en dehors de toute question de responsabilité civile, la sanction de l'abus envisagée comme facteur général de réglementation peut se présenter sous de tout autres aspects.

Une situation subjective, un intérêt juridiquement protégé, ne sont pas seulement invoqués pour échapper par application de l'adage : *Qui suo jure utitur neminem lædit*, aux conséquences d'un fait dommageable. Il arrive fréquemment que sa reconnaissance soit sollicitée en justice en dehors de tout problème de responsabilité civile. La sanction dont disposera le juge si la protection réclamée n'est plus socialement utile à raison de l'évolution économique ou des circonstances spéciales dans lesquelles la réclamation se produit, sera alors tout indiquée; il refusera la

protection de la justice. L'intérêt cessera d'être juridiquement protégé. Ainsi dans un des rares cas où le Code fait une application des principes étudiés (droit de passage au profit du fonds enclavé) il admet que le droit de propriété portant sur les fonds voisins doit subir une limitation résultant de la nécessité sociale de permettre au propriétaire du fonds enclavé l'exploitation normale de son bien. Que fera le juge si le propriétaire réclame la protection de la loi contre l'exercice du droit de passage? Il refusera cette protection. Il la refusera de même au droit de réponse, si cette réponse contient des passages injurieux ou contraires aux bonnes mœurs ou si son auteur n'a pas un intérêt sérieux à la voir publier (1); au droit reconnu par l'article 661 de rendre un mur mitoyen si celui qui en réclame la sanction se trouve dans l'impossibilité de faire de la mitoyenneté un usage normal (2); au droit de réclamer l'exécution d'un contrat si par suite de circonstances imprévues cette exécution devait être ruineuse pour le débiteur; à celui d'exiger la résiliation d'un bail à raison de l'inobservation d'une clause d'interdiction de sous-louer, si le refus de consentir à cette sous-location apparaît comme vexatoire ou socialement nuisible.

461. Une mention spéciale doit être faite du refus de protection des intérêts privés en cas d'annulation de convention pour cause ou du moins pour mobile déterminant reconnu illicite. L'autonomie de la volonté est un des principes fondamentaux de notre code. La liberté de contracter est laissée à chacun parce qu'il est présumé qu'il sera fait de cette liberté un usage conforme aux intérêts de la collectivité. Toute convention est considérée comme un acte de coopération sociale. Si les parties font de cette liberté un

(1) Voy. Droit de réponse dans l'exposé de la jurisprudence.

(2) Gand, 22 juin 1907 (*Pasic.*, 1907, II, 313).

usage antisocial, si elles s'en servent pour la satisfaction d'intérêts particuliers opposés à l'intérêt général, la loi et la jurisprudence reconnaissent au juge le droit d'annuler le contrat ou tout au moins de lui refuser toute protection légale. Toute demande d'exécution d'une obligation en dérivant se heurtera à une fin de non-recevoir déduite de la lésion collective que cette exécution pourrait entraîner. Mais l'intérêt social une fois satisfait, les parties seront-elles abandonnées à leur sort? Celles qui ont participé à cette faute sociale bénéficieront-elles d'une convention contraire aux bonnes mœurs? Y aura-t-il une action en répétition des sommes versées en exécution de la dite convention? Le critère de l'utilité sociale fait ici défaut. Et, dès lors, la jurisprudence hésite. Est-il utile de permettre cette répétition? Est-il plus utile de faire subir à la partie lésée un préjudice résultant de sa propre faute? La jurisprudence française a une tendance très marquée à accorder l'action en répétition (1), sauf s'il s'agit de sommes payées en exécution d'une convention relative à l'exploitation de maisons de tolérance (2). La jurisprudence belge n'est pas fixée. On trouve des décisions favorables au principe de la répétition (3), mais la majeure partie y est opposée (4), estimant que la loi « doit abandonner au sort qu'ils se sont fait

(1) Cass. fr. (civ.), 25 janvier 1921 (*Gaz. du pal.*, 19 mars 1921); trib. Seine, 11 février 1897; Paris, 29 novembre 1899 (*Gaz. du pal.*, 1903, 2, 22); cass. fr. (req.), 21 mars 1910 (*Sir.*, 1913, 1, 297); Paris, 12 juin 1912 (*Gaz. du pal.*, 1912, 2, 33).

(2) Cass. fr. (civ.), 15 décembre 1873 (D. P., 1874, 1, 222). Voy., sur ces questions, CAPITANT, *De la cause*, p. 235 à 242.

(3) Bruxelles, 30 novembre 1885 (*Pasic.*, 1886, II, 11); Liège, 22 mars 1902 (*ibid.*, 1902, II, 308).

(4) Trib. comm. Bruxelles, 2 août 1905 (*Jur. comm. Brux.*, 1905, p. 434, (restitution de marchandise remise pour être passée en fraude en pays étranger); Liège, 28 octobre 1908 (*Jur. cour Liège*, 1908, 334) (pot de vin); Anvers, 16 juillet 1874 (*Pasic.*, 1875, III, 98) (loyer d'une maison de tolérance); cass., 4 juin 1903 (*ibid.*, 1903, I, 276) (apport à une association pour l'exploitation d'une maison de jeu).

ceux qui l'ont trahie jusque dans la cause génératrice des conventions » (1).

462. La sanction peut du reste se présenter sous un autre aspect. La protection de l'intérêt privé se traduit parfois par un droit d'agrément ou une liberté de consentement ou de non-consentement accordé par la loi ou la convention. S'il est fait de cette liberté un usage vexatoire et partant antisocial, le juge pourra remplacer par sa propre autorisation le consentement refusé. Ainsi en est-il de l'autorisation d'ester en justice que doit solliciter la femme mariée et de l'agrément préalable à laquelle les propriétaires soumettent le plus souvent les autorisations de sous-louer.

463. Enfin il arrive qu'il y ait utilité sociale à accorder protection à certains intérêts individuels, bien qu'il y ait pourtant un véritable danger social à permettre leur trop libre développement. Dans ce cas, dès que le bénéficiaire de la situation juridique subjective fait de l'intérêt protégé un usage nuisible à la collectivité, la loi ne se contente pas de lui refuser cette protection; elle le punit. C'est la sanction pénale de l'abus du droit. Cette sanction joue, par exemple, en cas d'exercice abusif de la liberté de la presse, du droit de réclamer l'exécution d'un contrat de travail (loi des huit heures, protection de l'enfance, etc.), d'en refuser la conclusion ou de le résilier (loi protégeant la liberté d'association). Ce qui prouve une fois de plus que la tendance de socialisation du droit auquel répond la théorie étudiée vise à une fusion du droit civil et du droit public. Seule une question de degré d'utilité sociale les sépare.

(1) Verviers, 24 juin 1908 (*Pand. pér.*, 1908, n° 739).

CHAPITRE IV. — Le pouvoir du juge.

464. Il reste à déterminer à qui sera conféré le pouvoir d'apprécier les limitations qu'il convient d'apporter à la libre sphère d'activité d'un sujet de droit suivant les conditions d'exercice, de temps et de milieu.

Ce pouvoir appartiendra tout d'abord au législateur. Cette proposition évidente ne réclame aucun commentaire.

465. Le législateur sera toutefois impuissant à prévoir et à régler toutes les situations pouvant se présenter. Tantôt la désespérante lenteur mise à l'élaboration de nos lois, tantôt la précipitation irréfléchie avec laquelle elles sont votées les rendent insuffisantes ou inopérantes. Enfin dans l'hypothèse même d'un régime parlementaire fonctionnant parfaitement, il va de soi que bien des transformations sociales et économiques échapperont au législateur et qu'un texte, aussi clair, complet et précis soit-il, ne pourra matériellement prévoir toutes les circonstances dans lesquelles la protection d'un intérêt individuel devra partiellement ou momentanément être supprimée. Dès lors se pose la seule véritable question à laquelle se résume en dernière analyse la théorie étudiée.

466. Ne peut-on pas reconnaître au juge le pouvoir d'interpréter les textes constitutifs des droits subjectifs, suivant l'intention, la destination, le milieu, le temps, les conditions économiques et sociales dans lesquelles ils sont exercés? Nous ne reprendrons pas les nombreux et brillants travaux sur les méthodes d'interprétation (1); les derniers surtout semblent favorables à une large extension des pouvoirs du juge (2). Restons sur le terrain exclusif de l'utilité publique,

(1) VAN DER EYCKEN, *Méthode positive d'interpr. jurid.*; F. MALLIEUX, *L'exégèse des codes et la nature du raisonnement judiciaire.*

(2) PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*; GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*; J. BONNECASE, *L'école de l'exégèse en droit civil.*

la seule à considérer selon nous. Le danger social de l'arbitraire du juge est-il plus considérable que celui résultant de l'impossibilité de réprimer les exercices antisociaux des droits individuels? Si oui, la thèse de l'abus des droits fait faillite. Si non, elle triomphe. Or, nous croyons l'avoir démontré, une tendance jurisprudentielle générale, jusqu'ici approuvée par la presque unanimité de la doctrine, a prouvé péremptoirement l'inéluctable nécessité d'attribuer au juge le pouvoir de limiter les situations juridiques subjectives en général. Il faut le reconnaître, le danger du pouvoir arbitraire du juge paraît bien chimérique. M. G. Cornil fait à cet égard dans son œuvre la plus récente des remarques décisives (1). Il signale « comme fait social indiscutable le frein que la tradition met aux tendances novatrices ». Il estime que l'expérience nous apprend que l'esprit essentiellement traditionnaliste des juges fait de l'activité judiciaire un facteur bien timide de progrès social ».

D'autre part cet auteur mêle à la discussion un argument irrésistible à notre sens. Le pouvoir d'appréciation extraordinairement large laissé, à bon escient du reste, par la loi au juge répressif ne devrait-il pas constituer un danger social autrement grave que la reconnaissance d'un pouvoir analogue mais plus limité au juge civil? La nécessité de préserver la liberté humaine contre les atteintes injustifiées du pouvoir judiciaire n'est-elle pas aussi impérieuse que la sauvegarde des intérêts familiaux, moraux ou pécuniaires?

Le juge civil possède du reste lui aussi en bien des circonstances des pouvoirs aussi étendus que ceux que nous voulons lui reconnaître. L'appréciation de la moralité des causes ou des conditions dans les conventions ou les libéralités, l'examen de la gravité des torts allégués en matière de divorce, ou des motifs invoqués en matière d'opposition au mariage, et

(1) CORNIL, *Le droit privé*, p. 133 à 140.

tout le domaine si étendu où le juge du fond reste souverain appréciateur, ne sont-ils pas suggestifs à cet égard? Des magistrats civils ont-ils systématiquement ou volontairement abusé de ce pouvoir? L'organisation judiciaire américaine, qui permet aux tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois a-t-elle eu pour ce pays des conséquences révolutionnaires? L'Angleterre, pays du « judge made law » a-t-elle à se plaindre de ses magistrats? Enfin l'article 2 du Code suisse, en vigueur depuis douze ans, a-t-il permis là plus qu'ailleurs l'ébranlement des principes fondamentaux de l'organisation sociale contemporaine?

467. Il va de soi qu'il n'est point question d'accorder au juge un pouvoir illimité. Chaque fois qu'il se croira en présence d'un exercice abusif « d'une situation juridique subjective » il examinera tout d'abord si aucun texte ne prévoit et ne résout le cas. Cette recherche étant restée infructueuse, il évitera de s'écarter des directives fournies par la jurisprudence. Si enfin il apparaît que l'espèce ne s'est pas encore rencontrée dans les mêmes conditions d'intention ou de milieu, le juge appliquera les critères que nous avons étudiés, il appréciera l'équilibre des intérêts en présence.

468. Une dernière considération. Il apparaît comme essentiel de ne confier le soin de rendre la justice qu'à des hommes d'élite. La théorie de l'abus élargit et élève considérablement le rôle du juge. Il importe que cette mission nouvelle ne soit conférée qu'aux magistrats qui en sont dignes. A cette fin, le relèvement des conditions morales et matérielles qui lui sont faites, permettra le perfectionnement constant et nécessaire de notre magistrature.

CHAPITRE V. — De la nécessité d'un texte.

469. Un dernier point reste à examiner. L'abus des droits envisagé comme facteur général de réglementation sociale trouve-t-il dans les textes en vigueur une base légale; à défaut de base légale, pouvons-nous nous contenter de dire qu'il s'agit d'un principe général de droit objectif, ou devons-nous conclure à la nécessité d'un texte nouveau?

470. Première question : une base légale est-elle offerte par les textes en vigueur? Non. L'article 6 défend bien de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Il est néanmoins insuffisant. D'une part, sa portée limitée aux conventions ne permettrait l'application de la théorie étudiée qu'aux droits subjectifs dérivant des contrats. D'autre part, cet article défend de déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs et non simplement « à l'ordre public et aux bonnes mœurs ». La distinction est capitale puisqu'elle enlève au juge tout pouvoir d'appréciation du dit ordre public et des bonnes mœurs. Ce n'est que si la convention va à l'encontre d'un texte législatif qu'elle sera annulée. Certains auteurs, nous l'avons vu, en étudiant les relations de la théorie de la cause et de celle de l'abus des droits, ont soutenu que pour l'interprétation de l'article 6, les mots « aux lois », pouvaient être supprimés. Demogue (1) et Capitant (2) ont réfuté cette argumentation qui faisait bon marché d'un texte clair.

L'article 1133 du Code civil ne contient pas une restriction semblable. Mais sa portée est également limitée à la matière des conventions. Nous avons vu que quelques articles répri-

(1) DEMOGUE, *Des obligations*, t. II, p. 542.

(2) CAPITANT, *De la cause*, p. 222.

maient des cas spéciaux d'exercice antisocial d'un droit subjectif. Aucun d'eux n'a l'ampleur lui permettant de s'étendre à l'ensemble des droits.

471. Aucun texte légal n'organise donc l'abus des droits, facteur de réglementation juridique. Peut-on, dès lors, se contenter d'affirmer qu'il s'agit en l'occurrence d'un principe général pour la consécration duquel un texte est inutile ? Le cas est pourtant fréquent. La maxime : *qui suo jure utitur neminem lædit*, que l'on a si souvent invoquée contre la théorie étudiée, n'est énoncée par aucun texte. Il n'empêche qu'elle a été très longtemps communément admise et qu'elle l'est encore sous les réserves y apportées par la doctrine de l'abus des droits. L'adage : « sans intérêt pas d'action », qui se rattache très étroitement aux principes énoncés est, bien que dépourvu de toute base légale, tout aussi unanimement reconnu par la jurisprudence et la doctrine. Enfin, l'action de *in rem verso*, principe d'équité qui par plus d'un point se rapproche très sensiblement de la théorie de l'abus des droits, est visée par un grand nombre de textes spéciaux, mais point par un texte général. Elle est cependant couramment adoptée en dehors des cas prévus par la loi « parce que sa consécration présente une utilité sociale évidente » (1). Voilà quelques exemples de reconnaissance ou de consécration de principes généraux sans texte formel et uniquement à raison de l'utilité sociale qu'ils présentent. S'il était certain que la jurisprudence poursuivrait le mouvement lent, mais en définitive très net, qu'elle a suivi jusqu'ici, il y aurait lieu de se rallier à l'avis de ceux qui estiment qu'un texte ne s'impose pas en l'occurrence. Or, cette assurance, personne ne peut nous la donner. Il faut signaler aussi qu'en certaines matières, les tribunaux semblent rencontrer des difficultés insurmontables ou du moins considérées

(1) DEMOGUE, *Des obligations*, t. III, p. 123, n° 78.

comme telles. Ajoutons que dans certains domaines juridiques, celui de l'imprévision, par exemple, la jurisprudence française (les tribunaux administratifs mis à part) semble plus réfractaire au mouvement progressiste que la jurisprudence belge. Dans d'autres, tels que l'interprétation des autorisations de sous-location ou de cession, la jurisprudence belge refuse de suivre la voie vigoureusement tracée par les cours et tribunaux français.

472. Dans ces conditions, mieux vaudrait voir un texte formel apporter à la théorie de l'abus des droits la consécration qu'elle réclame. Quel est le texte à adopter ? L'article 2 du Code civil suisse, ainsi conçu : « L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi », et la formule de Duguit (1) reproduite par le Code soviétique, peuvent tous deux servir de base : « Les droits civils sont protégés par la loi sauf dans les cas où ils sont exercés en contradiction avec leur destination économique et sociale ». L'article du Code suisse présente cet inconvénient de provoquer la querelle de mots que nous avons signalée, le mot « droit » étant opposé au mot « abus ».

La disposition soviétique contient une erreur capitale : « les droits civils sont protégés par la loi ». C'est inexact. Les droits civils sont créés par la loi pour protéger des intérêts individuels. Cette formule ne vise au surplus que le critérium de la destination économique et sociale.

Nous proposons l'inscription de ce texte en tête du Code : « Pour protéger les intérêts individuels reconnus socialement utiles, la loi crée et organise les droits civils. Les tribunaux pourront restreindre ou refuser cette protection si, par rapport aux circonstances de la cause ou à raison de transformations économiques et sociales non prévues lors de son organisation, l'utilité sociale de cette protection disparaît ou s'affaiblit ».

(1) Voy. *Bulletin de législation comparée*, 1923, p. 331.

473. Nous ne nous illusionnons pas. Cette formule sera l'objet de vives critiques à raison de sa généralité même. Peut-être conviendrait-il de procéder par étapes. Le législateur pourrait, indépendamment des lois spéciales visant des cas déterminés (voir les cas d'application nombreux cités au cours de notre étude), adopter certaines formules donnant au juge une latitude se mouvant dans des limites précises. Ainsi il serait remédié au danger d'arbitraire, à la crainte de contradiction entre les décisions rendues par des juges différents ou dans des ressorts divers.

Pour chaque catégorie de droits, en tête du livre les concernant, pourrait être insérée une règle traçant au juge les limites dans lesquelles il lui serait permis d'appliquer la théorie étudiée.

Pour la puissance paternelle, il serait proclamé que *le droit de l'enfant* prime celui du père; pour les *droits maritaux*, que le mari n'est investi de pouvoirs exorbitants que dans l'intérêt du foyer et de la famille; pour la *propriété*, que tout acte tendant à fausser le caractère d'utilité générale de celle-ci ne doit pas être protégé mais bien au contraire réprimé...; pour les *conventions*, que le juge sera toujours admis à rétablir l'équivalence des prestations réciproques en cas de survenance d'événements imprévus, etc.

Enfin, l'adoption immédiate d'un texte ainsi conçu : « Lorsqu'un droit peut être exercé de façons différentes, il faut choisir l'exercice le moins préjudiciable à la société et subsidiairement aux individus » nous paraît tout indiquée.

Sans effrayer les esprits timorés, il soutiendra efficacement l'évolution qui doit conduire au vote du texte général prémentionné ou de toute autre formule analogue que l'expérience imposera.

CONCLUSION.

474. La tâche que nous nous étions assignée est ainsi achevée. La théorie de l'exercice antisocial des droits ainsi comprise paraît être l'un des faits les plus caractéristiques des transformations juridiques modernes. Elle est la plus vaste parmi les théories contemporaines soumises aux juristes. Elle touche à la théorie du risque, englobe la théorie de la cause, celle de l'imprévision et celle aussi du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle.

475. Il ne faut pas y voir un principe destructeur de l'ordre social établi parce qu'il paraît s'attaquer aux bases mêmes du Code civil. Ce serait une erreur. L'ordre a deux ennemis d'une égale force : celui qui veut précipiter les transformations économiques ou sociales, suivant un système absolu et préconçu; celui qui veut arrêter l'évolution inéluctable de la vie sociale. Les conceptions étroites du droit napoléonien, les textes rigoureux qui les encadrent ont fait leur temps. L'esprit social nouveau demande un droit plus souple. Seule la théorie de l'abus des droits peut permettre les transformations et les adaptations juridiques nécessaires. Que ceux qui la repoussent craignent de voir un jour une justice étriquée et déconsidérée faillir à sa mission : la réglementation de la vie en société. Quant à nous, nous pensons avoir servi fidèlement deux idéaux : la solidarité humaine et l'ordre dans la justice. Au point de vue strictement juridique, nous croyons avoir obéi scrupuleusement à la devise que Saleilles faisait sienne en 1899 : « Par le Code civil, au delà du Code civil ».

INDEX ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

Cet Index ne s'applique qu'à la Partie pratique. — Les chiffres renvoient aux numéros.)

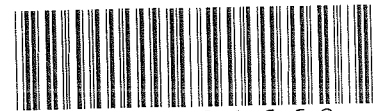
- Action en justice, 15, 16, 20, 89, 94
à 98, 295, 319, 333.
Action paulienne, 37.
Antériorité de l'établissement dangereux, 69.
Appel vexatoire, 16, 90, 97.
Assurances, 238.
Bois, 87, 353.
Bourgmestre, 290, 294.
Branches, 78.
Bruit, 50, 58, 59, 65, 68.
Cause illicite, 173 à 204, 304, 314, 329, 336.
Cautionnement, 194.
Chasse, 57, 59.
Cheminée, 44.
Chien, 47.
Choix entre plusieurs modes d'exercice d'un droit, 48, 54.
Citation directe, 96.
Cloison, 45.
Concession de services publics, 227.
Concurrence déloyale, 156 à 163.
Congé, 265 à 270, 306, 338.
Constructions, 51, 54, 56, 60, 65.
Constructions érigées par erreur, 14, 26.
Critique, 104, 114.
Défense en justice, 90, 94, 95, 97, 293.
Délai, 219, 224.
Démolitions, 28.
Désaveu, 97.
Détournement de pouvoir, 290, 294.
Divorce, 121, 123 à 125, 296.
Donation, 195 à 202.
Droit de réponse, 107, 108, 116, 117.
Emanations, 57, 58, 65, 67, 68.
Embauchage, 156 à 163.
Energie hydraulique, 76.
Enrichissement sans cause, 254.
Enseigne, 54.
Entreprise, 141, 228, 241, 284.
Equité, 23, 67.
Erreur substantielle, 254.
Etablissement dangereux, 66.
Etincelles, 58, 75.
Exécution des contrats, 18, 36, 38, 39.
Exécution des jugements, 97.
Faillite, 168, 172, 211.
Fenêtres, 25.
Feuilles, 59.
Fonds de commerce, 209 à 218.
Fouilles, 15, 46, 66, 68, 301, 310.
Fraude à la loi, 296, 297.
Fraude fiscale, 182.
Fumées, 15, 54, 58, 67, 68.
Grands-parents, 130, 135.
Grève, 152, 153, 271 à 278, 338, 361.
Hôtels, 47, 54, 147, 247.
Hypothèques, 286 à 288.
Imprévision, 226 à 257, 305, 315, 322, 327, 337.
Imputation de paiement, 221.
Incompétence, 89.
Interdiction de cession ou de sous-location, 209 à 218.
Jugement par défaut, 89, 96.
Lettres (Secret des), 121, 123.
Liberté de la presse, 99, 100, 102, 103, 110 à 112.
Liberté syndicale, 145, 146, 150 à 153, 271 à 278.

- Lois sur les loyers, 72 à 74, 77, 79, 80.
Louage de choses, 172, 179, 184, 209 à 218, 235, 236, 246 à 249, 285, 306, 316, 322, 323, 337, 338.
Louage de services, 144 à 154, 156 à 163, 180, 234, 245, 265 à 270, 306, 316, 323, 330.
Maison de jeu, 178, 179, 182, 184.
Maison de tolérance, 58, 67, 178, 179, 182, 184.
Mandat, 40, 259 à 261, 316, 343, 363.
Mariage, 296.
Mines, 87.
Mobile déterminant, 195 à 202.
Moulins, 29, 47.
Mur mitoyen, 52.
Nantissement, 191, 193.
Nom patronymique, 53.
Oppositions à mariage, 33.
Option d'achat, 239, 240, 249.
Palissades, 47.
Payement partiel, 220.
Pharmacie, 178.
Photographie, 106.
Plaintes, 90 à 92, 95, 96.
Pollution des eaux, 59, 65, 68, 87.
Pouvoirs du juge, 7, 25, 41.
Prêt, 190, 192.
Promesse de mariage, 90, 131, 279 à 283, 306, 323, 326, 330, 338, 350.
Propriété, 15, 27, 42 à 87, 299, 301, 307, 310, 318, 327, 332, 339, 340.
Propriété au-dessus du sol, 30, 47, 59, 307, 310, 318.
Propriété en dessous du sol, 30, 301, 307, 310, 318.
Puissance maritale, 14, 118 à 126, 301, 312, 328, 334.
Puissance paternelle, 13, 127 à 137, 303, 311, 320, 328, 335, 341.
Puissance publique, 292, 293, 295.
Quasi-contrat de voisinage, 66.
Refus de contracter, 139.
Réparation en nature, 25.
Retrait litigieux, 40.
Risque professionnel, 15, 21, 22, 30, 66.
Romancier, 105.
Saisie, 96.
Sanction pénale, 100, 111.
Sans intérêt, pas d'action, 46.
Servitudes, 26, 35, 310.
Société, 40, 149, 158, 169 à 171, 181, 185, 222, 262 à 264, 296, 306, 316, 330, 338.
Sources, 15, 30, 60, 310.
Tapage, 45.
Testament, 47, 195 à 202.
Théâtre, 143, 160, 247, 293.
Tierce opposition, 98.
Tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, 157 à 163, 180, 336, 337.
Transaction, 140.
Transport, 187, 188, 219, 237, 250.
Usufruit, 34.
Usure, 192.
Vente, 141, 177, 178, 182, 183, 224, 230, 242.
Vente à prix réduit, 164 à 168.
Voisinage, 15, 21, 22, 24, 25, 30, 44 à 47, 49 à 51, 54, 56 à 70, 87, 301, 310.

REV15

F 1985

ÚK PrF MU Brno



3 1 2 9 S 0 1 6 6 3

340