

CHAPITRE III

L'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir (1)

Avant de passer à l'étude des moyens pratiques mis en œuvre pour la sanction efficace des règles de la bonne administration, nous croyons indispensable, pour la précision du problème du contrôle de la moralité, de terminer nos développements généraux par un examen comparatif général des théories de l'*abus du droit* en droit privé et du *détournement de pouvoir* en droit public.

En effet, la théorie du contrôle juridictionnel de la moralité administrative, telle que nous la concevons, et notamment celle du détournement de pouvoir, que nous étudierons plus

(1) V. sur l'abus du droit : LOUIS JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'Abus des Droits*, 1927, et la bibliographie donnée par l'auteur, p. 417 et s.; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 10^e éd., t. II, n° 871 et s.; L. DUGUIT, *op. cit.*, t. I, 2^e éd., p. 713 et s., 3^e éd., p. 266 et s.; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1927, 2^e éd., p. 162 et s., et la bibliographie donnée en note par cet auteur; Fr. GÉNY, *Méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif*, 1919, t. II, p. 171 et s.; cf. également la longue note de M. BRÈTHE sous Cass.-req. 7 mai et 24 novembre 1924 S. 25.1.217. — Pour la comparaison de cette théorie avec celle du détournement de pouvoir cf. la note de M. HAURIOU sous Cons. d'Et. 27 février 1903 Zimmernann S. 05.3.17; L. DUGUIT, *op. cit.*, t. II, 2^e éd., p. 296 et s., 3^e éd., p. 383 et s.; LAPARRE, *La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir*, thèse Paris 1913; L. JOSSERAND, *op. cit.*, chap. VII, p. 241 et s. Pour les solutions de la jurisprudence judiciaire nous renvoyons à la note précitée de M. BRÈTHE (V. d'ailleurs ce qui sera dit à ce sujet au texte); on pourra encore consulter utilement E. H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, t. II, p. 180 et s.

Il convient de remarquer que nous ne relevons au texte que les points intéressants par rapport à notre étude; pour plus de détails v. les ouvrages cités ci-dessus.

loin en détail, rappelle une théorie voisine du droit privé : celle de l'abus du droit. Nous verrons d'ailleurs qu'il existe un intérêt évident à rapprocher la théorie civiliste de celle du contrôle des buts en droit administratif.

Dans une première section, nous exposerons, dans ses grandes lignes, la théorie de l'abus du droit telle qu'elle se présente à l'heure actuelle. La comparaison entre la théorie du détournement de pouvoir et celle de l'abus du droit fera, ensuite, l'objet d'une deuxième section.

SECTION I

La théorie de l'abus du droit

I. Le concept de l'abus. — II. Les conceptions de MM. Josserand, Brèthe (et Géný). — Le but économique et social. — Critique de ces conceptions.

La théorie dite de l'abus du droit, qui n'est pas nouvelle, quoique des discussions récentes lui aient donné une certaine apparence de nouveauté, a provoqué des controverses intéressantes. Encore aujourd'hui, nous nous trouvons à ce sujet en présence de doctrines nettement divergentes. Cela tient essentiellement à ce qu'on n'a pas su reconnaître exactement comment le problème se posait.

La critique qu'en 1897 Esmein adressait à la théorie a été reprise aujourd'hui, notamment, par M. Planiol, qui rejette, en principe, la conception de l'abus de droit en tant qu'elle comporterait une signification proprement juridique. Il nous semble cependant que l'argumentation de cet auteur glisse à côté des véritables données du problème.

Tout d'abord, en se plaçant au seul point de vue de M. Planiol, on admettra facilement avec lui que « le droit « cesse où l'abus commence » et qu'en ce sens la théorie ne saurait être considérée que comme reposant sur une pure « logomachie » dénuée de toute valeur juridique. Il va de soi, en effet, que quand on sort des limites qui sont tracées

aux droits qu'on exerce et qui ne peuvent jamais être absolus, « on agit en réalité sans droit ». M. Planiol remarque justement qu'aujourd'hui tout le monde est d'accord sur ce point. Le *dépassement* du droit constitue, en effet, une faute caractérisée qui donne lieu à l'application normale de la théorie de la responsabilité civile.

Cependant, pour les auteurs qui ont fait des efforts plus pénétrants en vue d'approfondir le problème, la théorie de l'abus du droit ne se ramène pas seulement à une pure question de mots.

Voyons, brièvement, quel est le sens de la théorie.

I. — Il restera toujours vrai que celui qui ne fait qu'user de son droit, dans des conditions absolument normales, ne saurait se voir reprocher une faute quelconque. La règle « *neminem laedit qui suo jure utitur* » ne perdra jamais rien de sa force. En général, tout le monde est d'accord sur ce point (V. cep. les auteurs cités au début de la note de M. Brèthe, S. 25.1.217, ainsi que ceux cités dans le livre de M. Ripert mentionné en note). D'autre part, il est bien entendu que celui qui exerce son droit doit, tout d'abord, veiller à ne pas le dépasser. Nous venons de voir qu'il est impossible de trouver dans ce dépassement une base sérieuse pour l'établissement de notre théorie. Le dépassement du droit est un fait directement contraire aux prescriptions qui découlent des principes généraux de notre organisation juridique.

L'abus du droit ne doit, au contraire, être cherché que dans les actes et agissements présentant des apparences de régularité. Un examen approfondi nous démontrera que parmi ces actes il en est qui tendent à des fins nettement répréhensibles. Voilà bien le critérium — relativement simple — de l'abus proprement dit. Une personne qui, tout en n'exerçant que les facultés comprises dans son droit, les détourne cependant de leur but régulier abuse de son droit.

Il est inutile d'insister longuement sur le truisme que les droits n'ont été reconnus aux hommes que pour la

satisfaction de leurs intérêts légitimes. L'importance toujours grandissante que prend l'idée de but dans notre organisation juridique moderne et qui, à la suite de Ihering, a été mise en relief notamment par les travaux de M. Duguit ne peut être sérieusement contestée. Pratiquement, tout droit ne tire sa valeur sociale que du but précis en vue duquel il est exercé. C'est en partant de considérations de ce genre qu'on a pu affirmer et défendre la théorie de l'abus du droit.

En dehors des auteurs qui s'en tiennent à l'argumentation toute verbale que nous avons écartée, tout le monde semble d'accord sur le principe même de l'abus. Les difficultés commencent lorsqu'il s'agit de préciser les éléments constitutifs de l'abus du droit. Le problème se ramène, en somme, à la question de savoir quelles sont les fins précises que le titulaire d'un droit peut légitimement proposer à son activité légale et quelles sont celles qu'il est tenu d'éviter. Or, nous remarquons qu'en droit privé, où la liberté est la règle, celui qui exerce son droit a, en principe, non seulement le choix des moyens de ses initiatives, mais encore le choix du but, à condition qu'il se tienne dans les limites tracées tant par la lettre que par l'idée même de la règle légale et qu'il ne soit pas exclusivement guidé par une intention malveillante. Car si, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, les droits ne sont reconnus aux hommes que pour la satisfaction de leurs intérêts légitimes, il ne faut cependant pas perdre de vue que, dans l'état actuel de notre droit, le titulaire d'un droit à fondement égoïste est seul juge de ce qu'exige ou paraît exiger son intérêt. Ce qu'on peut et ce qu'on doit, au contraire, exiger d'une personne exerçant les facultés comprises dans son droit, c'est qu'elle n'en use pas pour nuire méchamment à autrui.

Nous insistons sur le terme *méchamment*, parce que l'action poursuivie avec l'intention de porter préjudice à autrui n'est pas toujours, par elle-même, contraire au droit. « Les hommes, dit très justement M. Planiol (*loc. cit.*), passent leur vie à se nuire les uns aux autres; la vie des sociétés

« est une lutte perpétuelle et universelle ; toute action, tout
 « travail est un fait de concurrence économique ou sociale ;
 « tout homme, toute nation qui acquiert une supériorité
 « dans une branche quelconque de son activité, en sup-
 « plante d'autres, évince ses concurrents, leur nuit, et *c'est*
 « *son droit de leur nuire.* » Ce n'est donc pas seulement de
 l'intention de nuire que dépend l'existence ou l'absence de
 l'abus du droit. Il faut également qu'il apparaisse, après
 examen des faits de la cause, que cette intention malveil-
 lante a été le but déterminant de la volonté du titulaire du
 droit, que la personne exerçant les facultés comprises dans
 son droit a été uniquement guidée par le désir de causer
 préjudice à autrui sans profit sérieux pour elle-même.

Dans toute cette matière, on ne peut, d'ailleurs, en ce qui
 concerne la preuve de l'abus, procéder que par voie de
 détermination négative. Nous admettrions ainsi volontiers
 la définition donnée à l'article 226 du Code civil allemand
 où il est dit que « *l'exercice d'un droit n'est pas permis lors-*
 « *qu'il ne peut avoir d'autre but que de causer à autrui un*
 « *dommage* ». Peut-être y aurait-il lieu de corriger quel-
 que peu cette formule en substituant au mot « but » le mot
 « but déterminant ». Car, en cas de pluralité de buts, celui
 dont il échet de tenir compte pour l'appréciation de la va-
 leur de l'acte, c'est toujours la fin qui a exercé sur l'esprit
 de son auteur une influence déterminante.

Ainsi, nous dirons qu'*abuse de son droit toute personne
 qui, sans rechercher principalement aucun avantage pro-
 pre, ne s'est laissé déterminer, dans l'exercice apparemment
 normal d'une des facultés comprises dans son droit, que par
 le désir de causer un dommage matériel ou moral à au-
 trui* (1).

Sur ce point, nous nous rangeons, sans difficulté, à la

(1) On ne saurait donc, à notre avis, parler d'abus *des* droits, comme
 on l'a proposé. L'abus ayant, d'après notre doctrine, pour chaque droit
 exercé par son titulaire un caractère identique puisqu'il est toujours
 caractérisé par la réalisation d'une faculté légale dans la seule inten-
 tion de nuire méchamment à autrui, il est tout indiqué de ne parler que
 de l'abus *du* droit en général.

doctrine soutenue par M. Georges Ripert qui, à juste titre, attribue à notre théorie un fondement exclusivement moral. De ce point de vue, l'abus du droit qui, dans son originalité, n'a rien de commun avec l'exercice anormal d'un droit subjectif donnant exclusivement lieu à l'application de la théorie de la responsabilité civile, est caractérisé par la poursuite d'une *intention malveillante* à l'égard d'autrui, *malice* qui doit être réprimée en vertu des principes supérieurs de la justice et du droit. La tâche qui, dans ces conditions, incombe aux tribunaux chargés d'apprécier la valeur morale des activités individuelles, consiste non seulement à assurer le respect du droit d'autrui contre les entreprises malveillantes d'une personne se couvrant des apparences de l'exercice régulier de son droit propre, mais encore à maintenir l'activité privée, *pour elle-même*, dans certaines limites déterminées par l'une des règles les plus élémentaires de la morale sociale.

« La théorie de l'abus du droit, déclare M. Ripert (*op. cit.*, p. 163 et s.), est tout entière inspirée par l'idée *morale* et ne pénètre dans le domaine juridique que dans une mesure limitée... Il s'agit, en effet, de désarmer le titulaire d'un droit et, par suite, de traiter de façon différente des droits *objectivement égaux* en prononçant une sorte de déchéance contre celui qui est exercé *immoralement*. Ce n'est pas là un simple problème de responsabilité civile, mais une question générale de *moralité* dans l'exercice des droits ».

« Pour trouver, poursuit l'auteur (*op. cit.*, p. 177), des hypothèses réelles d'abus du droit, il faut que l'acte accompli soit par lui-même irréprochable. Rentrant dans l'exercice normal et habituel du droit, il serait supporté sans recours, s'il n'était pas vicié par l'esprit qui l'inspire ».

Cependant, le tout n'est pas d'affirmer un principe, il s'agit également de savoir comment les tribunaux vont pouvoir découvrir le but immoral poursuivi par le titulaire du droit subjectif. Il est évident que le juge ne saurait

scruter, avec la dernière rigueur, les reins et le cœur de ceux qui, apparemment, font un usage régulier de leurs droits. Nous répondons ainsi à l'objection soulevée par M. Planiol qui craint qu'avec cette théorie de l'abus le juge ne soit obligé de « scruter les consciences, de connaître et de peser les motifs » (1).

Pour arriver à une conclusion certaine sur la valeur morale de l'activité d'une personne déterminée, le tribunal appelé à connaître de la régularité de cette activité se bornera, lorsque le but de l'acte ne se révélera pas directement par l'aveu même de son auteur, à examiner dans tous leurs détails les circonstances se trouvant à la base de l'acte dont la fin est prétendue viciée. L'exercice d'un droit apparaîtra-t-il comme ayant pu procurer une satisfaction quelconque à son bénéficiaire, il devra être considéré comme régulier. Si, au contraire, les circonstances ayant accompagné l'acte font nettement ressortir l'inutilité absolue, soit même un dommage quelconque pour le bénéficiaire, le tribunal pourra avoir de justes motifs d'en déduire l'irrégularité des fins ayant déterminé l'action du titulaire du droit et il devra tirer de cette constatation toutes les conséquences de droit qui s'imposent.

« L'esprit de malveillance, dit M. Ripert (*op. cit.*, p. 177), « se découvre assez facilement par le *résultat* de l'acte. « Si le titulaire du droit cause un dommage à autrui sans

(1) Des craintes analogues avaient déjà été exprimées par ESMEIX. Cet auteur déclare dans sa note sous l'arrêt Cass.-req. 29 juin 1897 S. 98.1.21: « Malgré ce que cette doctrine a d'élevé, et malgré les autorités qui la soutiennent, elle ne nous paraît pas juridiquement acceptable. La faute prévue par l'article 1382 ne peut être qu'un acte illicite, et l'exercice d'un droit, dans les limites que la loi lui a tracées, ne saurait être illicite; quelle que soit l'intention de celui qui l'exerce. « En entrant ainsi dans la recherche des intentions, en professant qu'un droit malicieusement exercé, quoique sans aucune manœuvre dolosive, peut donner lieu à des dommages-intérêts, on substitue, nous le craignons, la *faute morale* à la *faute juridique*, et on transforme nos juges en censeurs ». A remarquer l'opposition absolue qui est établie entre la *faute morale* et la *faute juridique*, alors que, à notre point de vue, l'amalgame des deux éléments ne présente rien que de très normal.

« retirer aucun avantage de son acte, l'exercice du droit se
 « révèle dolosif. L'inutilité de l'acte, si elle ne provient pas
 « d'une erreur de calcul, témoigne que la malfaisance était
 « la seule raison de l'action. Il y a des exemples très
 « nets de cet abus dans l'exercice du droit de propriété.
 « La Cour de cassation, dans un arrêt du 8 juin 1857
 « (S. 58.1.305), pose le principe : « On doit prévenir et
 « réprimer toute entreprise faite par haine et par malice
 « et sans utilité pour celui qui se la permet ». Si on peut, à
 « la rigueur, soutenir qu'il y a exercice anormal du droit,
 « lorsqu'on se livre sur le fonds à un concert discordant
 « pour effrayer le gibier, ou que l'on établit des palissades
 « à piquets de fer pour déchirer des aéronefs en évolution,
 « il est au contraire certain que la construction d'une fausse
 « cheminée, l'établissement d'une clôture en planches, les
 « fouilles coupant la veine d'une source sont des actes
 « irréprochables en eux-mêmes, mais qui deviennent abu-
 « sifs s'ils sont accomplis pour porter préjudice au voi-
 « sin. Le but malfaisant sera révélé par l'inutilité voulue
 « de l'acte... ».

Ainsi le juge, chargé de contrôler l'exercice des droits, ne recherche généralement pas d'une façon directe si le titulaire du droit a réellement poursuivi un but malicieux, mais il se borne à vérifier si l'acte accompli était tel que, par lui-même, il ne pouvait avoir d'autre but déterminant que de nuire méchamment à autrui. Et voilà comment l'écueil signalé par les adversaires de la théorie, telle que nous l'entendons à la suite de M. Ripert, peut être écarté.

Nous ne contestons pas que, dans certains cas, les tribunaux risquent, dans ces conditions, de censurer une activité qui, bien que ne présentant pas un caractère d'utilité apparente, n'aurait cependant pas été inspirée par des intentions malveillantes. Mais cela est le danger de tout système qui, ne pouvant conduire à la découverte de la vérité par la preuve directe, ne fournit à l'investigation de l'interprète du droit que les moyens imparfaits basés sur les procédés de la présomption. Nous ne croyons d'ailleurs pas qu'il

y ait lieu de s'en inquiéter outre mesure en ce qui concerne spécialement le cas qui nous occupe, car la censure d'une activité qui se présente, sans contestation possible, comme absolument inutile, ne pourra jamais que contribuer puissamment à la moralisation des rapports de la vie privée.

II. — La théorie de l'abus telle que nous l'entendons s'oppose à certaines conceptions qui tendent à élargir outre mesure l'étendue de son application.

a) M. Jossierand, notamment, qui s'autorise d'ailleurs de nombreuses décisions jurisprudentielles qui paraissent lui donner raison, situe, dans son ouvrage déjà cité en note, le critérium de l'abus dans le *motif légitime*, basé à la fois sur des considérations d'ordre *intentionnel, technique, économique* et *social* ou *finaliste*.

Le *motif légitime* constitue pour lui l'aspect concret, l'expression sensible du critère *finaliste* tiré du but et de l'esprit des droits.

Si, en théorie, il peut paraître parfaitement exact de dire qu'un droit ne doit jamais être exercé sans motifs légitimes, si l'on peut également affirmer que le titulaire d'un droit ne saurait exercer les facultés qui y sont comprises qu'à bon escient et dans le but en vue duquel les droits nous ont été reconnus par le législateur, ces affirmations doivent demeurer sans influence pratique si l'on vise par là des fins autres que celles découlant du principe général en vertu duquel les droits subjectifs ne doivent se réaliser que pour la satisfaction de nos intérêts, s'ils sont à base égoïste, dans l'intérêt d'autrui, s'ils sont à base altruiste. Or, M. Jossierand semble vouloir défendre une théorie qui tend à la socialisation *complète* du droit sans tenir compte de ce que, pratiquement, l'exercice d'un grand nombre de facultés comprises dans les droits subjectifs ne peut relever que des consciences individuelles.

Mais le reproche le plus sérieux qu'à notre avis on puisse faire à la théorie défendue par M. Jossierand, c'est qu'elle est construite sur une base *réelle*, certes, mais *beaucoup*

trop large, au risque de lui faire perdre une grande partie de son *originalité*. L'auteur en arrive à identifier la *relativité* des droits, *qui répond à une réalité incontestable*, avec l'*abus* qui en est fait par leurs titulaires. Par la force même des choses, il a ainsi effacé ou, du moins, atténué dans une mesure importante les limites qui séparent la notion commune de faute civile proprement dite de celle de l'*abus*. La plupart des cas cités par l'éminent doyen de la Faculté de droit de Lyon dans son livre, mentionné ci-dessus en note, comme constituant des illustrations de la théorie de l'*abus*, ne sont pour nous que des applications ordinaires de la responsabilité pour faute. Les exemples donnés par M. Josserand sont en réalité des cas classiques de limitation du *contenu* même du droit et non pas des cas de contrôle de la *direction* dernière donnée à ce droit, par ailleurs exercé dans des conditions absolument normales.

La *relativité* des droits, si brillamment mise en relief par le savant doyen, ne se confond nullement avec l'*abus*; elle se rattache plutôt à la question de la *limitation objective* des facultés comprises dans les droits subjectifs, limitation dont l'importance varie, bien entendu, selon la nature des droits exercés dans chaque cas et selon les conditions économiques, sociales et morales de l'époque. L'idée de l'*abus*, au sens précis que nous attribuons à ce mot, ne vise pas tant la *réalisation* même des droits subjectifs que la *détermination de volonté* de celui qui exerce les facultés légales comprises dans son droit. Car il ne s'agit plus ici d'un problème de *police juridique* proprement dite, mais d'un problème de *police morale* et purement disciplinaire dont la solution doit être cherchée dans l'idée de l'*abus* fondé sur le critère *intentionnel* tel que nous l'avons exposé ci-dessus.

En résumé, la théorie de la *relativité* des droits se rattache à l'idée de *rationalité* affectant l'étendue même du droit, alors que l'*abus*, tel que nous le comprenons, pose essentiellement une question de *moralité*.

Si, d'ailleurs, la thèse de M. Josserand était admise, il

faudrait bien reconnaître avec Saleilles (d'ailleurs partisan de la thèse de l'abus) que « le prétendu abus du droit n'est, « presque toujours, qu'une limitation du contenu du « droit » (1).

En réalité, la théorie de l'auteur nous semble viciée par une contradiction interne. Tout en repoussant l'*absolutisme* des droits, l'éminent doyen revient, dans une certaine mesure, à la théorie du droit subjectif à contenu à peu près illimité, en traçant aux facultés comprises dans les droits subjectifs un cadre trop large pour ne chercher, ensuite, le principe de leur limitation nécessaire que dans l'esprit général des institutions du droit, alors, cependant, qu'il conviendrait de considérer comme une limitation du contenu même du droit la plupart des restrictions que M. Josserand nous présente comme découlant du principe général de l'abus. En déclarant, comme le fait M. Josserand (*op. cit.*, p. 313), que « l'acte abusif est tout simple-
« ment celui qui, accompli en vertu d'un droit subjectif
« dont les limites ont été respectées, est cependant con-
« traire au droit envisagé dans son ensemble et en tant
« que juricité, c'est-à-dire en tant que corps de règles so-
« ciales obligatoires », on raisonne, nous semble-t-il, à côté du problème pour établir, par ailleurs, une scission trop profonde entre le droit subjectif défini et le droit objectif qui sont cependant fortement liés à leur base.

C'est, d'ailleurs, pour toutes ces raisons que nous préférons à la division — proposée par M. Josserand — des actes engageant la responsabilité de leurs auteurs en actes *illégaux*, *illicites* et *excessifs*, la division, également tripartite, en actes *illicites*, contraires aussi bien à la règle *légitime* qu'aux principes découlant directement de l'*esprit* général de nos institutions juridiques, en actes *abusifs*, détournés vers un but malveillant, et en actes *excessifs* accomplis d'une façon légitime, mais engageant la respon-

(1) SALEILLES, *Théorie générale de l'obligation*, 2^e éd., p. 370, n. 1.

sabilité pécuniaire de leurs auteurs dans la mesure où ils imposent aux tiers des dommages anormaux (1).

b) Dans une autre théorie, qui se rapproche plus ou moins de celle défendue par M. Josserand, on fonde le critère de l'abus essentiellement sur des considérations d'ordre économique.

M. François Gény, notamment, avait déclaré, il y a quelque temps déjà (*Méth. d'interpr.*, 1919, p. 173), « que
« l'on ne découvrira la mesure, juste et vraie, des droits
« individuels qu'en scrutant leur but économique et social
« et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils

(1) Cf. l'analyse faite de l'ouvrage de M. JOSSERAND par M. Henri CAPITANT dans la *Rev. trim. de Droit civil* 1928, p. 365. M. CAPITANT, qui approuve, en principe, les idées fondamentales émises par M. JOSSERAND, tout en manifestant une tendance à nier la *nécessité* de la recherche d'un critérium général de l'abus, critique la théorie de l'éminent doyen de Lyon en ce qu'elle trace aux *droits subjectifs* un cercle beaucoup trop large par le fait même qu'elle assimile à des droits de cette nature diverses manifestations de la liberté non spécialement reconnues par la loi. Il nous semble, sur ce point, que M. CAPITANT limite à l'excès le nombre des droits subjectifs: la conception du droit subjectif trouve sa base dans la *liberté individuelle* elle-même; son application ne saurait donc être restreinte aux seules manifestations de cette liberté nettement prévues et définies par le droit positif. — D'autre part, nous n'insisterons pas sur la distinction faite par l'auteur entre les *droits patrimoniaux* et les *droits de la famille* en vue de la détermination de l'étendue d'application de la notion de droit subjectif. S'il est exact que les droits de la famille constituent avant tout des devoirs, il ne faut, cependant, jamais oublier que le pouvoir corrélatif au devoir ne va jamais sans une certaine liberté d'appréciation de la part du titulaire de ce pouvoir, et que, par conséquent, il n'est pas inexact de voir dans les diverses prérogatives appartenant au chef de famille de véritables droits subjectifs. Ces droits subjectifs se distinguent seulement des autres en ce qu'ils sont subordonnés à l'idée de fonction, qui est, cependant, loin d'absorber l'élément proprement subjectif. — Remarquons toutefois que si nous ne pouvons nous rallier au point de vue exprimé par le savant professeur, ses conclusions méritent du moins d'être retenues à l'appui de notre théorie de l'abus, dans la mesure où elles ont pour résultat d'éliminer du champ d'application de l'abus des actes que M. JOSSERAND considère comme des *détournements* de prétendus droits subjectifs alors qu'ils constituent simplement des agissements *illicites* nettement caractérisés accomplis par les intéressés dans l'usage de leur liberté naturelle.

« contrairent », étant entendu que c'était bien là le critère de l'abus.

M. Brèthe soutient aujourd'hui que « l'abus du droit « consiste à se servir de son droit *sans intérêt personnel* « ou pour la satisfaction d'un intérêt illégitime ». Il n'est pas difficile de reconnaître encore dans cette affirmation une variante de la théorie du *motif légitime*, bien que l'auteur se défende d'adopter cette doctrine. Les critiques que nous venons de formuler à l'adresse de cette dernière doivent donc s'appliquer par analogie au critérium de *l'intérêt*.

Nous ne voyons pas pour quelle raison il y aurait lieu, comme le propose M. Brèthe (dans sa note déjà citée), « de substituer à l'idée de *but* ou de motif l'idée d'*intérêt* » et qu'au lieu de dire « que les droits doivent être exercés en « vue d'un certain but déterminé par la loi », nous devrions admettre « qu'ils ne sont donnés que pour la satisfaction « de certains intérêts ». En théorie, tout cela n'est certainement pas inexact, car, en principe, les droits doivent toujours être exercés en vue de certains intérêts. Mais, *pratiquement*, il sera le plus souvent impossible de déterminer exactement les intérêts divers justifiant l'exercice de chaque droit dans les limites tracées par la règle légale et les principes généraux du droit. Et si, d'autre part, le défaut d'intérêt peut faire présumer l'abus en indiquant un but malveillant, il n'en est cependant pas lui-même le *critérium*. La théorie de l'intérêt poussé à ses dernières conséquences, si elle ne tend pas simplement à faire rentrer dans l'abus les cas de faute donnant lieu à l'application *normale* de la théorie de la *responsabilité civile*; aboutirait à reconnaître aux tribunaux le droit de s'ériger en juge de ce qu'exige dans chaque cas l'intérêt de l'individu. Or, il convient d'insister sur ce point, dans l'état actuel de notre droit, où, *malgré toutes les restrictions légitimement établies par le législateur et les règles coutumières*, la liberté est la règle, chacun n'est responsable de ses actes que devant sa conscience, pour autant que ceux-ci ne sont pas contraires aux

principes supérieurs du droit, et apprécie souverainement les nécessités et les possibilités du développement de sa personnalité (1).

c) Des thèses qui précèdent et plus particulièrement de celle de M. Gény, on pourrait rapprocher les dispositions générales du nouveau Code civil polonais dont le sens se trouve précisé notamment dans une conférence récente de M. I. de Koschembahr-Lyskowski, publiée dans la *Revue trimestrielle de Droit civil* (année 1928, pages 551 et s.); et intitulée : *Quelques dispositions générales d'un projet de Code civil polonais*.

Le professeur polonais, qui repousse la conception du droit subjectif, insiste sur l'importance du *but économique et social* des actes juridiques; selon lui, ce but devrait, dans chaque cas, être apprécié par le juge sur le fondement de considérations essentiellement objectives. Voilà l'idée directrice qui sert de base à son argumentation.

Au premier abord, nous n'avons rien à redire à cette thèse, car nous admettons volontiers qu'une activité n'a de valeur et ne peut produire tous ses effets que si elle s'appuie sur quelque chose de concret, sur des réalités dignes de la sanction du droit, c'est-à-dire si, par elle-même, elle répond à un but économique ou social conforme à l'idée même de la loi l'ayant prévu ou autorisé.

Mais ces considérations, dont il faudrait se garder d'exagérer l'importance, demeurent étrangères à la conception même de l'abus à laquelle nous nous attachons, puisqu'elles visent l'*existence* même du droit, alors que, dans notre idée, l'abus ne réside que dans la *direction* dernière donnée par la volonté agissante à une activité qui, *en appa-*

(1) M. RIPERT (*op. cit.*, p. 188) reproche à M. BRÊTHE de baser le critérium de l'abus sur l'idée d'*utilité*. « Mais, dit-il, quand on parle de l'utilité d'un acte, comment la définit-on? S'il s'agit de l'utilité sociale, on dépouille le droit subjectif de son utilité, car le titulaire d'un droit doit en retirer les avantages même si la société en souffre. S'il s'agit de l'utilité individuelle, il faut uniquement considérer la pensée de celui qui accomplit l'acte et la notion reste psychologique ».

rence, s'est réalisée selon les prévisions *objectives* de la règle de droit.

Une activité, quelle qu'elle soit, ne peut évidemment revendiquer le bénéfice de la garantie juridique que dans la mesure où son contenu s'adapte de lui-même aux exigences de l'ordre objectif. C'est là une question de limitation objective du contenu même du droit, telle qu'elle a été mise en lumière par l'ouvrage de M. Josserand cité ci-dessus ; mais ce n'est pas là le problème de l'abus ; car celui-ci, s'il doit conserver son originalité, ne doit poser que la question de l'appréciation des *déterminations de volonté* se dissimulant derrière des activités qui, sous le rapport de leur contenu, se réalisent, *en apparence*, selon les buts économiques et sociaux imposés par le droit *objectif*.

Dans une activité déterminée, il faut donc distinguer deux choses : 1° la *cause objective* de cette activité qui, pour nous, se traduit dans la conformité *apparente* de l'activité concrète aux buts économiques ou sociaux ou, si l'on veut, à l'idée même des règles de conduite qui s'y appliquent ; 2° le *motif déterminant* ou la *cause subjective* qui se retrouve dans la détermination de volonté, *prise en elle-même*, de la personne agissante.

Nous n'avons pas à nous occuper, dans ce chapitre, de la *cause objective* des activités privées. Remarquons seulement que si les droits reconnus aux particuliers ne peuvent avoir qu'une valeur relative déterminée par ce qu'on appelle les *buts économiques et sociaux* s'imposant aux diverses activités, il existe, aujourd'hui, une tendance bien marquée à éliminer tout système de *droits subjectifs* dont la raison d'être se trouve cependant, à notre sens, dans la conscience même de l'homme, être raisonnable et libre ; on incline ainsi à faire entrer les diverses manifestations de la vie sociale dans un système de règles purement objectives qui distribuent aux volontés agissantes les autorisations et les défenses et qui, seules, doivent fournir les éléments pour la détermination des facultés pouvant légitimement être exercées par les hommes vivant en société (Comp. l'étude, citée ci-dessus, de M. K.-L.).

Quant à l'importance de ce que nous appelons la *cause subjective*, nous renvoyons à ce que nous venons de dire sur l'abus du droit (1).

On nous reprochera, peut-être, de nous livrer sur tous ces points à des distinctions bien subtiles ; mais nous ne voyons vraiment pas d'autre moyen de caractériser la conception de l'abus que nous tenons à conserver pour la plus grande clarté des classifications juridiques et qui serait à éliminer du droit si, par elle, l'on n'entendait définir que la *relativité* des droits, lesquels ne peuvent évidemment être absolus.

(1) Comp. pour la théorie de la cause, H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, 3^e éd., 1927. L'éminent professeur qui renouvelle toute la théorie, sur la base de la doctrine classique, place le siège de la notion de cause dans la considération de l'avantage économique pouvant être retiré par la personne qui s'oblige, comme contre-partie de son engagement (v. l'analyse de cette étude dans ROUAST, *A propos d'un livre sur la cause des obligations*, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1923, p. 395 et s.; cf. encore G. RENARD, *La Valeur de la loi*, p. 87 et s.).

Nous renvoyons également aux développements intéressants donnés sur la théorie de la cause par M. JOSSERAND dans son récent ouvrage sur *Les Mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, 1928 (p. 140 et s.). L'éminent auteur, qui attribue à la cause une base plus compréhensive en appliquant la théorie non pas seulement au lien obligatoire comme tel, mais à l'acte juridique, estime qu'elle est constituée essentiellement par les *mobiles* ou *motifs déterminants extrinsèques* à l'acte. D'objective qu'elle est encore dans l'opinion de M. CAPITANT, elle devient subjective et changeante selon les circonstances variables dans lesquelles un acte juridique est susceptible d'intervenir; elle ne forme plus un des éléments constitutifs de l'acte comme dans la théorie de M. CAPITANT.

Nous croyons que les deux points de vue peuvent se combiner et nous donnerons, alors, le pas à l'élément *objectif* sur l'élément *subjectif*. Nous estimons qu'en principe un contrat, par exemple, doit se suffire à lui-même et qu'il n'est point besoin de rechercher, pour en tirer une conclusion sur sa validité, les motifs *précis* qui ont amené chacun des contractants à passer l'acte. L'idée de sécurité dans les relations du commerce juridique l'exige. Seulement, si certains indices qui se révèlent d'eux-mêmes dans l'acte d'une façon non équivoque autorisent des doutes sur sa conformité aux principes de la morale commune et élémentaire, il incombera au juge de faire porter ses recherches sur les *mobiles* pour en déterminer la valeur morale et en tirer les conséquences de droit qui s'imposent, conformément aux exigences supérieures de l'ordre public. C'est d'ailleurs *grosso modo* la conclusion à laquelle, en fin de cause, semble aboutir également M. JOSSERAND.

d) En résumé, nous nous refusons à admettre que la théorie de l'abus du droit trouve son fondement principal dans des considérations d'ordre économique, le problème, réduit à ses justes proportions, présentant, à notre sens, un aspect essentiellement moral.

La théorie de l'abus du droit est purement et simplement la consécration de la *moralité privée* en ce sens qu'elle tend à empêcher toute activité légale et d'apparence régulière de prendre une direction qui lui imprimerait un caractère de *malveillance* et de *méchanceté*. C'est en la réduisant à ce rôle qu'il sera possible de lui conserver son originalité et son importance pratique.

Cela étant admis, nous devons cependant remarquer que les solutions pratiques auxquelles arrivent les auteurs qui défendent spécialement la théorie de l'intérêt ne diffèrent pas essentiellement de celles impliquées par la doctrine à laquelle nous nous rallions. Reconnaissons franchement qu'au fond et à peu de choses près tout le monde est d'accord; il ne paraît pas, en effet, que les auteurs que nous critiquons aient vu dans la théorie de l'abus du droit autre chose qu'une consécration formelle des principes qui imposent aux hommes exerçant les facultés comprises dans leurs droits le respect absolu de certaines règles de moralité. En dernière analyse, toute cette discussion, si utile qu'elle soit pour fixer les idées et éviter des malentendus, semble pourtant se réduire bien plus à une question de terminologie qu'à une question de principes. Néanmoins, il est toujours bon de signaler le danger de théories par trop objectives; sous prétexte d'éliminer l'arbitraire du juge dans l'appréciation de l'abus du droit, elles risquent, par un choc en retour, de ramener cet arbitraire en provoquant imprudemment l'extension du contrôle juridictionnel vers un domaine jusqu'alors réservé à la libre appréciation individuelle.

En ce qui nous concerne, nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de s'indigner de ce que « la doctrine et la jurisprudence, en se fondant sur l'intention de nuire... ont

« une tendance à faire consister l'abus du droit dans la *faute* ». Car, ce qui, toujours, différenciera notre théorie de celle de la responsabilité civile proprement dite, c'est que la faute dont il s'agit en l'occurrence est *essentiellement* une *faute morale* commise au mépris des *règles de discipline* régissant les activités individuelles (1).

(1) Dans les développements donnés au texte nous avons cru pouvoir nous dispenser de mentionner spécialement les solutions jurisprudentielles. Il est bien entendu que nous n'avons pas à faire ici, où nous devons nous limiter à une comparaison entre le détournement de pouvoir et l'abus du droit, l'étude détaillée des décisions des tribunaux judiciaires concernant l'abus. On trouvera à ce sujet des renseignements précieux dans la note, déjà citée, de M. BRÈTHE et surtout dans le livre de M. JOSSERAND qui fournit sur ces points des indications très complètes (V. enc. André ROUAST, *La rupture abusive du contrat de travail*, D. hebdomadaire, 1928 chron. p. 5 et s.).

Généralement, la jurisprudence judiciaire, qui est cependant loin d'être fixée, se rallie à la théorie qui voit un abus dans tout acte accompli, sans profit sérieux pour son auteur ou sans intérêt légitime, uniquement dans l'intention de nuire à autrui.

« La jurisprudence, dit M. BRÈTHE, n'a pas un critérium unique de l'abus du droit. En général, elle découvre l'abus dans l'usage d'un droit uniquement pour nuire à autrui. Mais parfois elle élargit cette notion et condamne comme abusif l'exercice d'un droit sans motifs légitimes, bien que le titulaire ait agi sans intention de nuire. La notion ordinaire d'abus du droit en jurisprudence — que l'on peut dégager sous la grande variété des formules employées — c'est l'idée d'usage d'un droit exclusivement en vue de nuire à autrui, dans une pensée malveillante, par pure malice, sans intérêt sérieux pour le titulaire ».

Relevons la formule typique donnée par un arrêt déjà ancien de la cour de Colmar, du 2 mai 1855 *Doerr c. Keller* [S. 25.1.219 note (a)], où il est dit « que, s'il est de principe que le droit de propriété est un droit en quelque sorte absolu, autorisant le propriétaire à user et à 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 ».

On peut rapprocher de cet arrêt une décision plus récente de la Cour de cassation (Cass.-civ. 14 novembre 1922 *cons. Pabot du Chatelard c. époux Léon Hautefort* D. 25.1.145 avec la note de M. JOSSERAND) dont voici la formule : « Attendu qu'aux termes de cet article, le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter; que cette règle est générale et doit recevoir son