Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 25 (1906)

Artikel: L'abus du droit et l'acte illicite

Autor: Martin, Alfred

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896570

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 06.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

L'abus du droit et l'acte illicite.

Par Alfred Martin, professeur à l'Université de Genève.

La notion de l'*abus du droit,* ou de l'*abus de droit,* sans être entièrement nouvelle, a acquis, à l'époque actuelle, une importance qu'elle n'avait pas antérieurement. La doctrine et la jurisprudence tendent à lui attribuer un rôle assez considérable. Elles la mentionnent souvent, mais elles ne l'ont pas suffisamment élucidée. C'est une expression qui n'est pas toujours employée dans le même sens.

On a, parfois, considéré comme un abus du droit, le fait de dépasser les limites de son droit. Ainsi Larombière[1]) paraît voir un abus du droit de propriété dans l'acte d'établir sur son fonds une industrie bruyante, ou insalubre, qui rend l'existence insupportable aux voisins.

En réalité il y a là un acte illicite, c'est-à-dire un acte qui dépasse les limites du droit.

Ce qu'on appelle à proprement parler abus du droit, est un acte qui ne dépasse pas les limites du droit, un acte qui, en lui-même, est licite, mais qui devient illicite, à raison de l'intention de son auteur. Si cette intention est uniquement de causer un préjudice à autrui, l'exercice du droit devient abusif.

M. Saleilles définit l'abus du droit de la façon suivante: „Etant donné un acte licite en lui-même par ses conditions extérieures et matérielles, il y a abus de droit, s'il est permis de considérer cet acte comme illicite et contraire au droit, uniquement à raison de son but intentionnel.“ [2])

---

[1]) Théorie et pratique des obligations, Tome V, p. 693 et suiv.

[2]) De l'*abus de droit*, rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du Code Civil. Bulletin de la Société d'Etudes Législatives, n° 4 p. 334.

Ainsi le propriétaire qui construit un mur sur son sol, uniquement dans le but d'enlever à son voisin la vue ou la lumière, commet un abus du droit. Il exerce son droit de propriété, en bâtissant sur son terrain. On ne peut pas lui reprocher d'outrepasser les limites de son droit, mais l'usage qu'il en fait est abusif.

D'autres auteurs vont plus loin. Ils soutiennent que ce n'est pas seulement celui qui exerce son droit avec malice et mauvaise foi qui est responsable, mais même celui qui agit sans intérêt sérieux et appréciable, ou sans motifs légitimes.[3])

Windscheid enseigne aussi qu'il n'est pas permis d'exercer un droit, à la seule fin de nuire à autrui.[4])

Dernburg se prononce dans le même sens: Il n'est pas permis d'abuser de son droit pour nuire à autrui.[5])

Le Code civil allemand, dans son article 226, pose la règle que l'exercice d'un droit est illicite, lorsqu'il ne peut pas avoir d'autre but que celui de causer un dommage à autrui.[6])

Cette disposition n'a pas été introduite dans le code, sans avoir soulevé une assez vive opposition. Elle n'existait pas dans les premiers projets. Le Bundesrat, en revanche, avait adopté un article qui, à l'exemple du droit prussien, ne s'appliquait qu'à l'abus du droit de propriété. C'est le Reichstag qui, en définitive, a étendu cette règle (Verbot der Chikane) à l'exercice de tout droit quelconque.[7])

---

[3]) *Porcherot,* De l'abus du droit, thèse pour le doctorat, Dijon 1901. — *Risques et responsabilité,* article de M. *Gény* dans la Revue trimestrielle de droit civil, 1902 n° 4 p. 812 et suiv. — Dans la même Revue, 1902 n° 1 p. 113 et suiv., article de M. *Charmont,* L'abus du droit. — *Bufnoir,* Propriété et contrat p. 807 et suiv. — *Gény,* Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif p. 543.

[4]) *Windscheid-Kipp,* 8e édition, 1—5 [25], Das ist unerlaubt, ein Recht lediglich zu dem Ende auszuführen, um dadurch einem andern zu schaden.

[5]) Daher ist es unzulässig, sein Recht bloss dazu zu missbrauchen, um Andere zu schädigen. Pandekten 5e édition 1er vol. p. 93.

[6]) Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen.

[7]) *Endemann,* Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1 p. 421. *Planck,* 1 p. 276 et suiv.

Le projet de Code civil suisse est plus hardi. Dans son art. 3, second alinéa, il exclut de la protection légale celui qui abuse évidemment de son droit. „Celui qui abuse évidemment de son droit, ne jouit d'aucune protection légale."

Le Message du Conseil Fédéral donne à cet égard les explications suivantes, qu'il est permis de trouver un peu brèves, si l'on songe à la portée d'une disposition semblable:

„L'article 3 vise l'abus que les personnes peuvent faire de leurs droits... Des considérations pratiques militent en faveur de notre formule toute générale. Nous avons créé là une sorte de recours extraordinaire qui doit assurer le respect de la justice au profit de ceux qui souffriraient de l'abus évident qu'un tiers ferait de son droit, lorsque les moyens ordinaires ne suffisent pas à les protéger."

Nous discuterons ultérieurement le principe. Pour le moment nous nous bornons à constater que le projet suisse ne définit nullement l'abus du droit, tandis que le Code civil allemand considère comme abusif l'usage d'un droit, uniquement lorsqu'il n'a pas d'autre but que celui de causer dommage à autrui.

En France, c'est surtout la jurisprudence qui a créé la théorie de l'abus du droit, sans pourtant le définir d'une manière suffisamment précise. Elle en fait l'application d'abord au droit de propriété, mais elle confond souvent l'idée de l'acte accompli en dehors des limites du droit, et celle de l'abus du droit, c'est-à-dire de l'exercice du droit qui ne va pas au-delà des limites du droit, mais qui n'a pas un but légitime.

Ainsi, elle cite, comme un exemple d'abus du droit, le fait d'un propriétaire qui envoie sur le fonds voisin de la fumée ou de la poussière en quantité dommageable, et celui du propriétaire qui établit sur son sol une fabrique qui dégage des exhalaisons, odeurs ou gaz nuisibles, ou qui incommode les voisins par un bruit et des trépidations continuels.[8])

---

[8]) *Porcherot,* p. 28, *Capitant,* Revue critique 1900.

Dans les cas de cette espèce, il n'y a pas abus du droit, dans le sens propre du mot, mais acte illicite, empiètement sur la sphère juridique du voisin.

En revanche, il y aurait abus du droit, lorsqu'un propriétaire élèverait un mur, uniquement dans le but d'enlever la vue à son voisin, ou lorsqu'il ferait des fouilles sur son terrain, uniquement dans le but de couper la source qui alimente la fontaine de son voisin.

Une autre application du principe de l'abus du droit concernerait les actions en justice et les voies d'exécution. Celui qui intente une action ou qui pratique une saisie, dans un but purement vexatoire ou avec dol, est passible de dommages-intérêts.

Mais l'idée que l'exercice d'un droit peut, suivant certaines conditions, devenir illicite, s'est surtout développée dans le domaine du droit industriel.

La loi du 27 décembre 1890 qui a complété l'article 1780 du Code civil français, après avoir statué que le louage de service fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes, ajoute que „néanmoins la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts."

On peut dire que c'est là un exemple typique de „l'abus du droit."

Le législateur commence par garantir à chacune des parties le droit de faire cesser le louage de service, par sa seule volonté, puis il ajoute que, toutefois, l'exercice de ce droit pourra avoir pour conséquence une condamnation à des dommages-intérêts. Autrement dit: Il y a des circonstances qui font que celui qui exerce son droit, engage sa responsabilité, comme s'il accomplissait un acte illicite. Quelles sont ces circonstances? La loi est muette à cet égard.

Aussi a-t-elle donné lieu à de nombreuses contestations.

Dans une cause qui a été jugée par la Chambre des requêtes de la Cour de Cassation (21 novembre 1893, Sirey 95 — 1 — 166) le conseiller rapporteur fait remarquer que le texte de la loi du 27 décembre 1890 est assez obscur et

énigmatique. Il conclut que le droit à l'indemnité s'ouvre toutes les fois que la résiliation du contrat est contraire à l'équité, aux termes de l'art. 1135 C. civ. et que cette interprétation conduit à admettre la faculté pour l'employé congédié de discuter les motifs de son renvoi.

Il résulte, du reste, de la jurisprudence de la Cour de Cassation, que la résiliation du louage de service peut donner lieu à des dommages-intérêts, lorsque la partie qui en est l'auteur a fait de son droit un usage *abusif* et *préjudiciable*, et que l'ouvrier congédié par le patron ne peut obtenir des dommages-intérêts que s'il prouve, en même temps que le préjudice qui lui a été causé, la faute que le patron aurait commise en *abusant* du droit qu'il avait de résilier le contrat par sa seule volonté.[9])

La notion de l'abus du droit que nous venons de voir invoquée au profit des ouvriers, l'a été aussi au profit des patrons.

Dans les conflits industriels, il arrive souvent qu'un syndicat ouvrier mette à l'index un ouvrier ou un patron, ou qu'il menace un patron d'une grève s'il ne renvoie pas tel ouvrier.

Faut-il considérer ces actes comme licites? La Cour de Cassation a résolu, à plusieurs reprises, cette question en posant les principes suivants: Les menaces de grève adressées sans violences, ni manœuvres frauduleuses, par des ouvriers à leur patron sont licites, quand elles ont pour objet la défense d'intérêts professionnels. Mais elles peuvent constituer une faute obligeant ceux qui l'ont commise à la réparer, quand, inspirées par un pur esprit de malveillance, elles ont eu pour effet d'imposer au patron un renvoi qu'aucun grief sérieux ne pouvait motiver.

---

[9]) Cass. civ. 20 mars 1895, S. 96. 1—313 — et 19 juin 1897 S. 99. 1 – 33 Ce dernier arrêt est suivi d'une note de M. Appert à laquelle nous empruntons le passage suivant: Nous ne nous dissimulons pas les reproches que peut encourir, au point de vue des principes généraux le nouvel article 1780, tel que nous le comprenons. . . . . Mais il faut reconnaître qu'il donne satisfaction à l'équité et à la tendance actuelle consistant à traiter l'ouvrier comme un mineur et à faire intervenir l'Etat dans le contrat de travail. . . . . Le législateur s'est moins piqué d'une stricte justice, que d'humanité et d'équité.

Les menaces de grève ne sont plus licites, lorsqu'elles ont pour but d'imposer au patron le renvoi d'un ouvrier, parce qu'il s'est retiré de l'association, et qu'il refuse d'y rentrer. Dans ce cas il y a une atteinte au droit d'autrui.[10])

Il est intéressant de rapprocher ces décisions de la jurisprudence française, des arrêts du Tribunal Fédéral sur des cas tout à fait analogues.

Dans une cause Boujon et consorts contre Stucker-Boock (14 octobre 1899. Rec. off. 25, 2⁰, p. 792 et suiv.) il s'agissait aussi de la mise à l'index d'un patron. Le Tribunal Fédéral a décidé „que la mise à l'index étant dans l'exercice d'un droit, n'a pas besoin d'être justifiée. Le droit porte en lui-même sa justification, et celui qui veut en user, peut le faire avec ou sans raison, peu importe. Toutefois la conscience juridique moderne tend à modérer l'application du principe ‚qui suo jure utitur, neminem laedit,' en ce sens que le droit étant la première condition de l'ordre social, ne saurait être employé dans la seule intention de nuire à autrui, c'est-à-dire pour accomplir un acte anti-social. Pour que cette restriction du droit puisse être appliquée, il faut toutefois qu'il soit établi d'une manière certaine que le seul mobile de l'acte incriminé est la malveillance et l'intention de nuire."

Dans la cause Droz-Schindler contre Bohner et Matthey (20 mai 1904, Rec. off. 30, 2⁰, p. 271), il y avait à apprécier les actes d'un syndicat qui, suivant les expressions mêmes

---

[10]) Cass. civ. 9 juin 1896 S. 97, 1. 25. Voir la note relative à cet arrêt, dans laquelle on rappelle qu'une jurisprudence immuable, appuyé par la doctrine tout entière, considère que l'exercice d'un droit donne lieu à des dommages-intérêts et que l'art. 1382 devient applicable, si le droit est exercé exclusivement dans une intention malicieuse, dans le but de nuire à autrui, sans aucun profit pour l'auteur de l'acte. Cass. req. 29 juin 1897 S. 98, 1. 17. Voir une intéressante Note de M. Esmein. — Cass. civ. 22 juin 1891 S. 93, 1. 41. Voir les conclusions du procureur général Ronjat: „S'il est permis, dit-il, d'user de son droit, de tout son droit, pour la protection et la sauvegarde d'un intérêt légitime, si minime qu'il soit, et quelque soit le préjudice qui doit en résulter pour autrui, l'usage d'un droit cesse d'être licite et engendre une action en dommages-intérêts, lorsque il a pour unique mobile la volonté de nuire à autrui.

employées par le Tribunal Fédéral, „s'est proposé d'accaparer le travail de la place au profit de ses membres, et par conséquent de chercher à exclure certaines personnes du métier, de manière à éviter l'abaissement des prix et de limiter la concurrence, qui a en outre pris des décisions relatives à l'exclusion des femmes.“ Ces mesures appliquées à une femme qui exerçait la profession de guillocheuse, avaient contraint celle-ci à quitter son atelier de La Chaux-de-Fonds et même à s'éloigner de cette ville pour gagner sa vie.

Le Tribunal Fédéral, tout en appréciant ce système économique avec une certaine sévérité, au point de vue moral et social, comme étant basé sur l'égoïsme, déclare qu'il n'est pas illégal, attendu que le syndicat n'a fait qu'user de sa liberté et qu'il n'a lésé aucun droit garanti. „Il est vrai, ajoute-t-il, que la conscience juridique moderne tend à modifier le principe ‚qui suo jure utitur neminem laedit‘ en ce sens que le droit, étant la première condition de l'ordre social, ne saurait être employé dans la seule intention de nuire à autrui. Mais, en l'espèce, il résulte nettement des faits de la cause qu'en se constituant en syndicat et en édictant les règlements de leur association, les ouvriers de La Chaux-de-Fonds n'ont pas eu en vue de nuire à certaines personnes déterminées. Bien que le syndicat ait voulu exclure la demanderesse de l'atelier de D., ce n'était pas là son but final qui est beaucoup plus général.“

Ainsi les agissements d'un syndicat qui ont pour effet direct de contraindre une personne à quitter non-seulement son atelier, mais la ville qu'elle habite, pour gagner sa vie, ne constituent, aux yeux du Tribunal Fédéral, ni un empiètement injustifié dans la sphère des droits de cette personne, ni la lésion d'un droit garanti. Nous aurons à revenir sur ce point.

En résumé, si nous recherchons quelle est l'idée qui est à la base de la théorie de l'abus du droit, nous dirons que c'est la négation du principe que l'exercice d'un droit est toujours licite, même lorsqu'il cause un préjudice à autrui. (Qui suo jure utitur neminem laedit.)

„Notre conscience juridique moderne, dit M. Gény, répugne, de plus en plus, à admettre que l'exercice des droits

puisse être illimité. Cette tendance s'est traduite notamment dans une jurisprudence, aujourdhui fortement assise, qui refuse d'appliquer la maxime traditionnelle ‚Neminem laedit qui suo jure utitur' dans tous les cas où elle reconnaît un véritable abus du droit."[11])

D'après la doctrine „traditionnelle," celui qui a un droit subjectif peut l'exercer, sans engager sa responsabilité, même si, par cet exercice de son droit, il cause un préjudice à autrui. La doctrine de l'abus du droit apporte à cette règle une grave dérogation. Elle enseigne qu'il y a des cas dans lesquels le simple exercice d'un droit subjectif doit être considéré comme un acte non permis, et où la personne qui, sans aller au-delà des limites de son droit, cause, en exerçant ce droit, un préjudice à autrui, est tenu de le réparer, comme si elle avait commis un acte illicite.

Quels sont ces cas, dans lesquels l'exercice du droit deviendrait un acte contraire au droit? Les partisans de la doctrine ne sont pas tous d'accord. Les uns disent que l'usage du droit devient abusif, lorsqu'il a pour but exclusif le préjudice causé à autrui. D'autres font un pas de plus. Ils condamnent l'exercice du droit, lorsqu'il a lieu sans intérêt, ou bien ils proposent d'assigner aux droits individuels leur mesure juste et vraie „en scrutant leur but économique et social et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contrarient.[12])

D'autres, enfin, se bornent à poser la règle que celui qui abuse de son droit, ne mérite pas la protection légale, sans définir aucunement l'abus du droit.

En somme, la théorie de l'abus du droit se caractérise comme une réaction contre l'individualisme juridique.

L'individu qui a des droits veut naturellement en user jusqu'au bout. C'est cette prétention qui est dénoncée comme abusive et dangereuse, au point de vue social, parceque l'individu risque de méconnaître la loi de solidarité, en ne

---

[11]) *Gény,* Méthode d'interprétation p. 543.

[12]) *Gény,* p. 544.

tenant pas compte des intérêts de son prochain, et au point de vue moral, parce qu'en exerçant son droit il peut poursuivre un but coupable.

Le droit moderne socialisé et moralisé doit donc établir une distinction entre l'exercice légitime et l'exercice abusif du droit, et cette distinction se fait en appréciant le but que poursuit celui qui exerce son droit.[13]) Si ce but n'est pas légitime, l'usage du droit cesse d'être licite.[14])

L'ordre juridique ne peut pas tolérer l'usage d'un droit dans un but qui lui soit contraire.

II.

Pour apprécier à sa juste valeur la théorie de l'abus du droit, il importe de rechercher si réellement la règle „Qui suo jure utitur neminem laedit" a fait son temps, si elle est tombée en désuétude.

Au fond, la question se pose en ces termes: L'exercice d'un droit peut-il être contraire au droit?

On a discuté et discutera longtemps encore sur la définition du droit subjectif.

Mais, qu'on admette que le droit subjectif soit une puissance de volonté garantie par l'ordre juridique,[15]) ou une puis-

---

[13]) *Gierke,* Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889 p. 183: Das romanistische Denken des Entwurfs weiss nur von reinen Befugnissen, welche zwar von aussen her durch entgegenstehende Befugnisse eingeschränkt und mit Pflichten verknüpft werden können, jedoch in sich selbst eine Schranke nicht tragen. Dagegen ist dem Geiste dieses Entwurfes die eigentliche germanische Auffassung, nach welcher jedes Recht zugleich Pflicht ist, und eine immanente sittliche Schranke, völlig verschlossen.

[14]) Die juristische Rechtfertigung desselben (des Rechtsmissbrauches) liegt also in der Erwägung, dass die Rechtsordnung . . . . . nicht dulden darf dass der Gebrauch eines Rechtes im Einzelfalle Zwecke erstrebt, welche denen der Rechtsordnung selbst direkt zuwiderlaufen. *Gruchot,* Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, 46. Jahrgang, 1902 p. 587.

[15]) *Windscheid-Kipp,* I p. 131. Recht ist von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft.

sance destinée à la satisfaction d'un intérêt reconnu légitime,[16]) qu'on dise que le droit, au sens subjectif, soit la part dans les biens de la vie qui appartient à tout membre de la société humaine,[17]) ou qu'avec Jhering on considère le droit, comme étant un intérêt protégé par une action, on aboutit toujours à cette conclusion que le droit subjectif est une force garantie à l'homme par l'ordre public, pour réaliser sa destination conformément à sa vraie nature.

Le droit subjectif a deux caractères essentiels.

1⁰ Il est une puissance de volonté accordée à l'homme. C'est une souveraineté (Willensherrschaft) qui peut s'exercer sur un domaine limité, sur une certaine sphère juridique. Dans ces limites, la volonté de l'homme étant souveraine, personne ne peut lui demander compte de ses actes et de ses intentions.

L'essence du droit subjectif, dit Planck, consiste en ce que la volonté de l'ayant droit doit être souveraine, dans les limites déterminées par le contenu du droit.[18])

Si donc, dans ces limites, ce n'est plus la volonté de l'ayant droit qui est la règle, et qu'une autre puissance intervienne pour contrôler la légitimité de son activité, le droit n'est plus une force autonome, ce n'est plus une garantie; il n'y a plus de sphère juridique dans laquelle l'homme puisse se développer librement.

2⁰. Le droit est un moyen pour réaliser un but, et ce but n'est autre que le développement de la personnalité, la vie normale conforme à la vraie nature de l'homme.[19])

---

[16]) *Regelsberger,* I p. 76. Das Recht ist die Macht zur Befriedigung eines anerkannten Interesses.

[17]) *Dernburg,* 5e édition, I p. 88. Recht im subjektiven Sinn ist der Anteil an den Lebensgütern, welcher einer Person in der menschlichen Gesellschaft zukommt.

[18]) *Bürgerliches Gesetzbuch,* I p. 276. Das Wesen des subjektiven Rechts besteht darin, dass innerhalb der durch den Inhalt des Rechts bestimmten Grenzen, der Wille des Berechtigten massgebend sein soll.

[19]) *Regelsberger,* Pandekten 1 p. 228. Die Rechte sind nicht Selbstzweck, sie sind nur Mittel zum Zweck. Sie sollen den Genuss eines Lebensguts oder die Erfüllung einer Lebensaufgabe sichern. . . . . In der Ausübung wird das Recht praktisch.

Le droit subjectif est donc une force active qui tend vers un certain but.

Sa destination est l'activité et non le repos.[20])

L'essence du droit est de pouvoir être exercé. Un droit dont on ne peut pas se servir est absolument inutile. Il est donné et garanti à l'homme uniquement pour qu'il puisse être exercé, car le but du droit ne peut pas être atteint, si la force qu'il procure reste à l'état latent. Elle doit être mise en action.

Il en résulte que l'on ne peut pas prétendre que l'exercice d'un droit soit contraire au droit, sans tomber dans une contradiction flagrante. L'exercice du droit est toujours conforme au droit, et si un acte est contraire au droit, il ne peut être l'exercice d'un droit.

Ces vérités paraissent d'une évidence telle qu'on s'étonne d'être obligé d'en prendre la défense. L'adage „qui suo jure utitur neminem laedit" ne signifie pas autre chose.

Certains auteurs cherchent à établir une distinction entre les droits positifs et l'exercice de la liberté naturelle. Celui qui exerce un droit positif, dit-on, ne lèse personne, il ne doit pas être rendu responsable de l'exercice qu'il fait de son droit. Il en est autrement de celui qui fait usage de sa liberté naturelle. S'il cause à autrui un dommage, il doit le réparer.

Cette distinction ne nous semble pas fondée, car celui qui agit en vertu de sa liberté naturelle, exerce un droit. L'ensemble des droits subjectifs constitue la capacité (Rechtsfähigkeit), la sphère juridique, la liberté naturelle de l'homme. L'homme ne peut se servir de sa liberté qu'en exerçant des droits, et l'exercice d'un droit est toujours conforme au droit.[21]) Nous pensons donc que l'adage „qui suo jure utitur neminem

---

[20]) *Windscheid-Kipp*, I 525. Ihre Bestimmung ist die Tätigkeit, nicht die Ruhe. Es ist ihre Bestimmung, den ihnen gemässen Zustand hervorzurufen.

[21]) *Gierke,* Der Entwurf eines B. G. B. und das deutsche Recht, Leipzig 1889 p. 264. Wer kraft der allgemeinen Freiheit handelt, übt ein Recht aus. Wo liegt die Grenze zwischen den besonderen Rechten und den Ausflüssen der allgemeinen Freiheit?

laedit“ n'a rien perdu de sa force qui est celle de la logique et du bon sens.

Essayons de nous représenter un état social, dans lequel cette règle serait complètement abrogée.

Il serait entendu que l'homme a des droits. La déclaration des droits de l'homme serait conservée comme une précieuse relique. Seulement l'homme ne pourrait exercer aucun droit qui causerait un préjudice à autrui.

Dans une société pareille, le droit et la liberté ne seraient plus que de vains mots.

En effet, il est impossible d'exercer un droit quelconque et d'accomplir un acte quelconque rentrant dans la liberté générale de l'homme, sans risquer de causer un dommage à quelqu'un.

Le créancier qui réclame son paiement, cause un préjudice à son débiteur. Le commerçant qui fait des affaires, en enlève à ses concurrents.

En devenant locataire d'une maison, je nuis à une personne qui désirait l'habiter, mais qui ne s'est présentée qu'après moi. Et s'il est permis d'emprunter un exemple aux détails les plus menus de la vie quotidienne, nous ajouterons que celui qui, entrant le premier dans un wagon ou dans un tramway, choisit la place la plus agréable, la plus chaude en hiver, la plus fraîche en été, cause une déception à ceux qui, venant après lui, ne trouvent plus que des places moins commodes.

On ne peut, pour ainsi dire, faire aucun pas, sans avoir besoin d'invoquer le principe „Qui suo jure utitur neminem laedit.“

Nous savons bien que les jurisconsultes partisans de la théorie de l'abus du droit sont trop sérieux pour prétendre supprimer cette règle. Ils refusent seulement de l'appliquer dans certains cas. Ils font une distinction entre l'exercice licite du droit et l'exercice abusif du droit.

Mais en vertu de quelle norme supérieure cette distinction doit-elle se faire? Dans quels cas sera-t-il interdit à quelqu'un de se servir de son droit? A ces questions, aucune réponse satisfaisante ne peut être donnée.

Il n'y a pas, il ne peut pas y avoir d'exercice abusif d'un droit. Il ne peut pas y avoir abus du droit dans le sens qu'on donne maintenant à cette expression. L'exercice du droit est toujours licite.

Mais on dira, peut-être, qu'il ne s'agit pas d'interdire absolument l'exercice abusif du droit. Il s'agit seulement de subordonner cet exercice à la condition de payer des dommages-intérêts à celui qui se trouve lésé par l'exercice du droit.

Ainsi, le patron qui est lié avec un ouvrier par un louage de service fait sans détermination de durée, a le droit de congédier ce dernier. Cela ne lui est pas défendu. Seulement il encourt des dommages-intérêts.

Il est facile de répondre qu'un droit n'est plus un droit, si son exercice entraîne une condamnation à des dommages-intérêts.

L'Etat ne peut pas dire à une personne: Je vous garantis que vous pouvez accomplir cet acte, mais si vous l'accomplissez vous serez condamné.

Les dommages-intérêts sont, du reste, une sanction souvent imparfaite dont on se sert lorsque la sanction parfaite, c'est-à-dire le rétablissement de l'état antérieur est impossible. Prononcer une condamnation aux dommages-intérêts contre celui qui exerce son droit n'est pas autre chose que de proclamer qu'il a eu tort d'exercer son droit.[22])

La doctrine de l'abus du droit n'est pas seulement critiquable au point de vue théorique. Elle est, en outre, dangereuse et menaçante pour la sécurité publique. Elle affaiblit

---

[22]) Si l'on veut se rendre compte des efforts de raisonnement auxquels doivent se livrer les adversaires de la règle „qui suo jure utitur neminem laedit," il faut lire la thèse, du reste remarquable, de M. Porcherot, sur l'abus du droit. Il est obligé de distinguer l'acte illicite et l'acte accompli sans droit. „Je crois que c'est faire abus de raisonnement logique que de dire qu'un acte illicite équivaut nécessairement à un acte accompli sans droit. . . . J'estime que les deux expressions acte illicite et acte accompli sans droit ne sont pas synonymes." — Le même auteur a, en revanche, raison, lorsqu'il attribue à la „poussée du socialisme" la notion de l'abus du droit. Le socialisme est essentiellement hostile aux droits individuels.

la notion du droit en voulant la socialiser et la moraliser, puisqu'elle subordonne l'efficacité des droits subjectifs à la condition de la légitimité de leur but, et qu'elle charge de cette recherche délicate et inquisitoriale le pouvoir judiciaire qui, suivant les cas, accordera ou refusera au droit la protection légale.

Sans doute, le droit doit être d'accord avec la morale, mais il ne doit, à aucun prix, être confondu avec elle. C'est à tort qu'on a invoqué la conception germanique, d'après laquelle „tout droit est en même temps un devoir et a une limite morale immanente.“ [23])

Si l'on veut dire que celui qui a un droit, peut être soumis au devoir de ne pas exercer ce droit à outrance et sans ménagement pour les intérêts légitimes de son prochain, on a parfaitement raison. Mais si l'on prétend attribuer au juge le pouvoir d'imposer l'accomplissement de ce devoir négatif, on a tort. Le devoir n'a pas pour sanction la contrainte matérielle, et le juge qui, sous prétexte de faire respecter la morale, refuserait la protection légale à celui qui invoque un droit bien établi, commettrait un déni de justice et s'arrogerait une mission qu'il est incapable d'accomplir.

III.

Nous sommes arrivés à la conclusion que la notion de l'abus du droit, dans le sens d'exercice illicite du droit, est contradictoire et antijuridique, et qu'il est facile d'en tirer des conséquences fâcheuses pour l'ordre public.

Celui qui use de son droit ne lèse personne, c'est-à-dire qu'il ne peut pas être rendu responsable du dommage qu'il cause par l'exercice de son droit. Pour que sa responsabilité soit engagée, il faut qu'il ait agi sans droit, qu'il ait outrepassé les limites du contenu de son droit subjectif, en d'autres termes qu'il ait commis un acte illicite.

Seulement il importe de préciser les caractères essentiels de l'acte illicite et de rechercher si ce qu'on appelle

---

[23]) *Gierke,* Der Entwurf p. 183.

un abus du droit ne constitue pas le plus souvent un acte illicite.

Les articles 1382 et 1383 du Code civil français énoncent le principe de la responsabilité résultant des délits et des quasi-délits. Pour qu'un fait accompli par quelqu'un engage sa responsabilité, ce fait doit réunir les trois caractères suivants: 1° Etre illicite. 2° Etre imputable à son auteur. 3° Etre dommageable.

Très souvent la doctrine et la jurisprudence qualifient l'acte illicite de faute. En réalité, ce sont deux notions distinctes. La faute est l'acte considéré au point de vue subjectif, tandis que, pour décider si un acte est illicite, il faut se placer au point de vue objectif. Un acte peut être illicite, sans être imputable à son auteur. Il n'est plus, à proprement parler, une faute.[24])

Le Code Fédéral des Obligations (art. 50) pose la règle de la responsabilité délictuelle avec plus de netteté et d'exactitude. „Quiconque cause sans droit un dommage à autrui, soit à dessein, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer.“ (Wer einem Andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird demselben zum Ersatze verpflichtet.)

Le caractère essentiel de l'acte qui donne naissance à l'obligation de réparer le dommage dont il est la cause, est d'être accompli sans droit (widerrechtlich), d'être illicite, contraire au droit.

L'idée de faute n'apparaît que dans l'article 51, pour déterminer la nature et l'importance de l'indemnité,[25]) et l'article 58 autorise même le juge à condamner, si l'équité l'exige, une personne irresponsable à la réparation du préjudice qu'elle a causé. Dans ce cas, il est vrai exceptionnel, il suffira que l'acte dommageable soit illicite, sans constituer une faute, au point de vue subjectif.

---

[24]) *Aubry et Rau*, 4e édition, Tome IV p. 745 et suiv. *Larombière*, Tome V p. 684 et suiv.

[25]) Dr. *Carl Stooss*, Rapport à la Société suisse des Juristes, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1886 p. 571 et suiv.

Qu'est ce qu'un acte illicite? M. Stooss le définit de la manière suivante: Tout empiètement, non autorisé, sur la sphère juridique d'autrui. (Widerrechtlich ist überhaupt jeder Eingriff in die Rechtssphäre des andern, zu welchem dem Handelnden nicht eine Befugnis zusteht.)

La jurisprudence du Tribunal Fédéral a, dans un nombre considérable de décisions, élucidé cette notion de l'acte illicite. D'après cette jurisprudence, conforme aux solutions de la doctrine, un acte est illicite, lorsqu'il implique une violation de l'ordre public ou lorsqu'il porte atteinte aux droits d'un individu, soit par un empiètement injustifié dans la sphère de ses droits, soit par une lésion causée à ses intérêts privés, légalement protégés. (20 mai 1904, Droz-Schindler contre Bohner et Mathey. Rec. off. 30, 2°, p. 271.)

„Un acte est illicite, d'après la théorie régnante dans la science et constamment appliquée par le Tribunal Fédéral, lorsqu'il contrevient à une règle générale de droit, ou qu'il constitue un empiètement sur la sphère juridique d'autrui, d'où résulte la violation d'un droit privé d'une autre personne ou d'un intérêt légalement protégé, sans le consentement du lésé."

(Ist eine Handlung dann widerrechtlich, wenn sie gegen eine bestimmte [gesetzte oder ungesetzte] allgemein verbindliche Rechtsnorm verstösst oder in die Rechtssphäre eines andern in der Weise eingreift, dass sie eine Verletzung eines privaten Rechtes desselben oder eines rechtlich geschützten Interesses, eines Rechtsguts, enthält, ohne dass im letztern Falle eine Einwilligung des Verletzten vorläge.) (29 septembre 1899. Weber-Pfeiffer et consorts contre Vogelsanger. Rec. off. 25, 2°, p. 621 et suiv.)

Ce principe a été appliqué dans des espèces nombreuses et variées, notamment en matière de concurrence déloyale.

Un commerçant avait répandu sur le marché un article qu'il avait revêtu du même signe distinctif que celui qu'employait un de ses concurrents. „Cet acte constitue un empiètement sur la sphère juridique de ce concurrent." (Auch hier findet ein Eingriff in die Rechtssphäre des Mitbewerbers

statt.) (30 novembre 1894. Preuss contre Hofer et Burger. Rec. off. 20, p. 1037 et suiv.)[26])

En matière de publication par voie de la presse, l'acte illicite consiste dans le fait de dépasser les limites de la libre critique. Ces limites sont tracées par la règle de l'art. 50 C. O., en vertu de laquelle chacun doit s'abstenir de léser les droits d'autrui, à dessein ou par négligence, aussi bien par l'expression d'une opinion que par des actes matériels. (Die Freiheit der öffentlichen Kritik findet ihre Schranke in der dem Art. 50 C. O. zu Grunde liegenden Anforderung des Gesetzes, dass jeder sich absichtlicher oder fahrlässiger Verletzung der Rechte anderer durch körperliche Handlungen oder Meinungsäusserungen zu enthalten habe.) (8 mai 1885. Banque Cantonale de Zurich c. Weisflog. Rec. off. 11, p. 199 et suiv. 5 décembre 1903. Charles Schmidhauser et Cie c. Nouvelle Gazette de Zurich. Rec. off. 29, 2°, p. 678 et suiv.)

„Le fait d'intenter une action par la voie judiciaire n'est pas un acte illicite, même si plus tard cette action est déclarée sans fondement. Il en est autrement, lorsqu'une action téméraire a été intentée avec méchanceté ou avec une grande légèreté.“ (Dagegen liegt in der rechtlichen Verfolgung eines unbegründeten Anspruches dann allerdings eine widerrechtliche unerlaubte Handlung, wenn böswilliger oder frivoler Weise haltlose, wohl gar erdichtete Ansprüche im Rechtswege geltend gemacht werden.) (12 décembre 1884. Laubi c. Schw. Lloyd. Rec. off. 10, p. 575 et suiv.)

„La rupture des fiançailles devient un acte illicite, lorsqu'elle a pour conséquence la lésion d'un droit qui est protégé par une règle de l'ordre juridique, contre toute attaque injuste.“ (Wenn durch den Rücktritt ein Rechtsgut des andern Teils verletzt wird, welches ..... durch ein Gebot der allgemeinen Rechtsordnung gegen widerrechtliche Angriffe geschützt ist.) (8 mai 1896. Hüsser c. Husi. Rec. off. 22, p. 527 et suiv.)

---

[26]) Voir aussi 4 juillet 1884. Sutter c. Ineichen. Rec. off. 10 p. 358 et suiv. 20 Mai 1893. Ricqlès & Cie c. Bonnet & Cie. Rec. off. 19 p. 248 et suiv.

Ainsi, l'acte illicite est avant tout l'acte qui est accompli sans droit, en dehors du droit, qui viole le droit d'autrui par un empiètement commis aux dépens de la sphère juridique qui lui est garantie. Cette même idée se trouve énoncée dans un arrêt du 14 janvier 1893, Fleck-Meili et consorts contre Herrmann et Bader (Rec. off. 19, p. 263) dans lequel le Tribunal Fédéral a tranché la question de savoir si le propriétaire d'une fabrique avait dépassé les limites de son droit, aux dépens du droit du voisin qui se plaignait d'être incommodé par le bruit et la fumée.

L'acte dont le caractère illicite apparaît, si l'on se place au point de vue objectif, doit, en règle générale, pour entraîner la responsabilité de son auteur, constituer une faute, un acte imputable, au point de vue subjectif. (16 février 1894, Bülach c. N. E. Rec. off. 20, p. 156 et suiv. 19 mars 1898, Horlacher c. Horlacher. Rec. off. 24, 2°, p. 205 et suiv. 1er juin 1900, Cie La France c. Masse Imfeld. Rec. off. 26, 2°, p. 322 et suiv. 15 mai 1903, Debons c. Varone. Rec. off. 29, 2°, p. 294 et suiv.)

Il n'en est pas moins vrai qu'en droit fédéral l'obligation de réparer le dommage causé ne prend naissance que lorsque l'acte qui a causé le dommage, est illicite.

Le droit allemand est régi par des principes analogues.

Les *Motive*[27]) constatent que l'obligation de réparer le dommage causé repose sur la règle que chacun doit respecter la sphère juridique d'autrui et s'abstenir de tout empiètement illicite aux dépens de cette sphère juridique ..... Ce qui n'est pas illicite est permis. Le Code civil allemand dans ses articles 823 à 853 règle la matière des actes illicites (unerlaubte Handlungen). Ces dispositions ont pour but de délimiter le domaine juridique, dans l'intérieur duquel toute personne peut poursuivre la réalisation de ses intérêts individuels, et de lui garantir, dans les limites de ce domaine, la protection légale.[28])

Le Code civil allemand ne se contente pas de poser la règle que celui qui cause un dommage à autrui, soit à dessein,

[27]) T. 2 p. 725 et 726.

[28]) *Planck,* 13e livraison p. 599.

soit par négligence, est tenu de le réparer. Le législateur a voulu restreindre le pouvoir d'appréciation du juge, en énumérant un certain nombre de cas particuliers, dont il donne la solution.

Mais le principe fondamental, sur lequel il se fonde, est que l'individu doit être protégé contre tout empiètement illicite commis aux dépens de la sphère juridique qui lui est garantie. Cette sphère juridique se détermine par les droits subjectifs qui lui appartiennent, ainsi que par certaines règles légales qui, pour protéger l'un, défendent ou ordonnent à l'autre certains actes.[29])

Nous pouvons donc conclure qu'en principe, un acte ne donne naissance à l'obligation de réparer le dommage qui en est résulté pour autrui, que s'il a le caractère d'être illicite, contraire au droit, et que l'acte illicite consiste dans un empiètement non permis sur la sphère juridique d'autrui.

Cette définition comprend deux éléments:

1° Chaque individu a une sphère juridique qui lui est propre.

2° Il doit être garanti par l'ordre public contre tout empiètement non permis, sur cette sphère juridique.

Nous disons, en premier lieu, que chaque individu a une sphère juridique qui lui est propre. L'ordre juridique lui garantit un certain domaine dans lequel il peut agir librement, en vue de son développement normal. Dans ces limites il jouit de la protection légale. La difficulté consiste à établir exactement la délimitation de la sphère juridique de chaque individu. Où se trouve la ligne de démarcation, en deçà de laquelle un acte, même lorsqu'il cause un préjudice à autrui, doit être considéré comme licite, et au-delà de la-

[29]) *Planck,* 13e livraison p. 599. Das Gesetz geht davon aus, dass die Vorschriften über unerlaubte Handlungen den Einzelnen gegen widerrechtliche Eingriffe in seine Rechtssphäre schützen sollen. Die Rechtssphäre des Einzelnen bestimmt sich aber teils durch die in seiner Person begründeten Rechtsgüter oder Rechte, teils durch diejenigen gesetzlicher Vorschriften, welche zum Schutze des Einen eine Handlung des Andern verbieten oder gebieten. *Endemann,* I p. 1256. Widerrechtlich bezieht sich ausschliesslich auf den Eingriff in die absoluten Rechte eines Dritten.

quelle l'acte devient illicite et doit être considéré comme un empiètement défendu?

Il n'est pas possible de donner un critère absolu, applicable à tous les cas qui se présentent dans la pratique. Il appartient aux tribunaux d'apprécier d'après les textes législatifs et les principes généraux, si le dommage dont se plaint le demandeur a été causé par un acte illicite du défendeur, c'est-à-dire par un empiètement sur la sphère juridique du demandeur. Ils doivent rechercher si le demandeur a été gêné dans l'exercice de ses droits par les agissements du défendeur qui a outrepassé les limites de ses propres droits.

C'est surtout en matière de propriété immobilière que les conflits sont fréquents.

Jhering[30]) a fait remarquer que le problème qui consiste à régler législativement les relations de voisinage entre propriétaires d'immeubles, est un des plus ardus qui existent. Si le propriétaire A peut faire sur son fonds tout ce qu'il veut, il lui est facile de rendre à son voisin B l'existence impossible et de le contraindre à céder son immeuble à vil prix. D'autre part, si le propriétaire B a le droit de se plaindre de tous les actes qui sont de nature à lui causer un certain préjudice, il pourra paralyser le droit de propriété de A.

Il est donc nécessaire d'établir entre les droits de propriété concurrents un juste équilibre qui assure à chaque propriétaire sa part, c'est-à-dire son droit, et l'exercice de son droit.

Ainsi, lorsqu'un propriétaire, en élevant une construction sur son fonds, enlève au propriétaire voisin la belle vue dont celui-ci jouissait, il n'encourt aucune responsabilité à raison de ce fait. Il n'a pas commis d'empiètement sur le droit de son voisin.

Sans doute il a nui à ce dernier, il a causé une dépréciation peut-être notable de son bien. Mais l'acte qu'il a accompli, en construisant sur son fonds, est entièrement licite. Il ne serait pas propriétaire, s'il ne pouvait pas exercer ce droit qui est un des attributs du droit de propriété.

---

[30]) Jahrbücher für die Dogmatik 1863 p. 93 et suiv.

Supposons que cette construction soit destinée à l'exploitation d'une industrie qui cause aux voisins un certain désagrément par le bruit qui se fait dans les locaux de la fabrique. Si ce désagrément est supportable, s'il n'empêche pas les voisins de travailler et de se reposer, s'il ne leur rend pas l'existence vraiment pénible, et surtout si la fabrique se trouve placée dans un quartier généralement voué à l'industrie, le propriétaire qui a construit l'usine en question, n'a fait qu'user du droit de gagner sa vie par son travail. Il est dans son droit.

Mais si, du bâtiment où l'on travaille, se dégagent de la fumée, des odeurs, des gazs nuisibles à la santé, si les machines causent des trépidations dont l'effet s'étend au dehors, alors la situation change. Les voisins sont sérieusement troublés dans leur existence. Ils doivent être protégés contre les empiètements que commet, sans droit et au-delà de son droit, le propriétaire de la fabrique.[31])

La liberté du commerce et de l'industrie a pour conséquence la liberté de la concurrence. Le commerçant qui vend de meilleurs produits que les autres, causera probablement à ceux-ci un préjudice considérable, mais il n'en sera pas responsable, parce qu'il ne fait qu'user de son droit.

Il en sera autrement s'il enlève la clientèle de ses concurrents en les diffamant ou s'il usurpe les signes distinctifs des marchandises d'un de ses concurrents.

Alors, ayant commis des actes illicites qui constituent des empiètements sur la sphère juridique d'autrui, il devra réparer le dommage causé et s'abstenir à l'avenir de tout acte semblable.[32])

---

[31]) Voir une note de M. *Blondel* sur un arrêt de la Cour de cassation du 11 Novembre 1896. Sirey 97 1 273.

[32]) Le Tribunal Fédéral (Rec. off. 20 p. 1037 et suiv.) fait ressortir très nettement comment le négociant qui imite la marque distinctive des articles de son concurrent porte atteinte aux droits de ce dernier. „Dadurch wird die Kraft, die derselbe durch die Individualisierung seiner Ware im Konkurrenzkampf eingesetzt hat, nicht nur abgeschwächt, sondern zur Förderung des nachahmenden Konkurrenten verwendet, der auf dieselbe keinen Anspruch hat.“

Ce que nous avons dit du droit de propriété et de la liberté de la concurrence peut être dit de tout autre droit, notamment du droit de critiquer, par la voie de la presse, les faits et gestes d'autrui, en particulier ceux des établissements officiels. La critique devient illicite, lorsqu'elle articule des faits inexacts, sciemment ou avec une grande légèreté.

En second lieu, nous avons constaté que l'acte illicite est un empiètement non permis sur la sphère juridique d'autrui, une invasion du domaine d'autrui (Eingriff).

Le cas le plus grave est celui d'une violence commise à dessein, d'une voie de fait, comme celle qui consiste dans une aggression, dans la soustraction d'une chose mobilière ou dans l'usurpation du champ du voisin.

Mais, pour qu'un acte soit illicite, il n'est pas nécessaire qu'il ait été commis avec l'intention de nuire. Il suffit d'une imprudence, d'une négligence, car il n'est pas permis d'être imprudent ou négligent, lorsqu'en encourant ce reproche on cause un préjudice à autrui.

Celui qui, agissant dans son propre intérêt, cause à autrui un préjudice qu'il aurait pu éviter, en prenant certains précautions, empiète sur la sphère juridique d'autrui. Son égoïsme se manifeste par ce qu'on appelle, en droit, un quasi-délit. Il viole à la fois la morale et le droit. Ce point ne fait l'objet d'aucune contestation, il est donc inutile d'y insister davantage.[33])

L'acte illicite peut même consister dans une omission. Seulement il faut, pour qu'une omission puisse être reprochée à quelqu'un, qu'il ait eu l'obligation d'agir. En n'agissant pas, il a commis un acte illicite, ou plutôt il s'est conduit d'une manière illicite.

---

[33]) Art. 1383 Code civ. fr. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence, ou par son imprudence. — Art. 50 C. O. Quiconque cause, sans droit, un dommage à autrui, soit à dessein soit par négligence ou par imprudence, est tenu de le réparer. — Art. 823. Code civ. all. Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines Andern widerrechtlich verletzt, ist dem Andern zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

L'empiètement doit, toutefois, être non permis. Il y a des cas exceptionnels où il est licite. Il n'entraîne alors aucune responsabilité. Ainsi l'obligation de réparer le dommage dont on est l'auteur, cesse en cas de légitime défense.[34])

Très souvent la jurisprudence et la doctrine qualifient de faute l'acte illicite. Un acte illicite est une faute, lorsqu'il est imputable à son auteur, lorsque ce dernier est coupable de l'avoir commis.

La faute est une notion subjective, tandis que l'acte illicite est une notion objective.

Le Tribunal Fédéral (16 février 1894. Bülach c. N. E. S. Rec. off. 20, p. 156 et suiv.) a dit qu'en vertu d'un principe général l'obligation de réparer le dommage est subordonnée non-seulement à l'empiètement objectif commis aux dépens du droit d'autrui, mais encore à l'élément subjectif de la faute.[35])

Un fait est illicite, sans constituer une faute, lorsqu'il est accompli par un enfant en bas âge, par un aliéné, par une personne privée de la conscience de ses actes.

Dans la grande majorité des cas, toutefois, un acte illicite est une faute, puisqu'on entend par là non-seulement un acte commis avec une intention méchante, mais encore une simple négligence, une simple imprudence.

„Il faut considérer comme une faute, dit Windscheid, tantôt la volonté positive d'atteindre un certain résultat, avec la conscience que ce résultat est contraire au droit, tantôt le manque d'attention et de soin qui aurait suffi pour éviter ce résultat.“ [36])

---

[34]) Art. 227 Code civ. all. Eine durch Notwehr gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich.

[35]) *Windscheid-Kipp,* 1 p. 447. Es muss hinzukommen, dass dem Urheber aus seinem Verhalten ein Vorwurf gemacht werden kann, dass ihn eine Schuld trifft.

[36]) *Windscheid-Kipp,* I p. 447. Als Schuld wird aber bald nur gerechnet das positive Wollen des eingetretenen Erfolges im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit desselben, die Arglist, bald auch der Mangel der gehörigen Sorgfalt, durch welche der eingetretene Erfolg hätte vermieden werden können, die Nachlässigkeit.

La faute est donc une perversion ou une défaillance de la volonté.

Pour apprécier un acte dommageable, les tribunaux insistent plutôt sur l'élément subjectif que sur l'élément objectif, le caractère illicite de cet acte.

La tendance actuelle est, au contraire, d'attribuer une plus grande importance à l'élément objectif.

Il y a quarante ans déjà, Jhering enseignait que les empiètements commis sur la sphère juridique d'autrui ne devaient être appréciés qu'au point de vue objectif.[37])

A son avis, les actes du propriétaire qui ne sortent pas de sa propre sphère, comme la construction d'une maison sur son terrain, sont toujours licites, quelle que soit son intention, par conséquent, lors même qu'il se propose, en bâtissant, de nuire à son voisin. Jhering était donc opposé à la doctrine de l'abus du droit (Verbot der Schikane).

En revanche, les actes qui étendent leurs effets sur le fonds voisin, comme le fait de répandre de la fumée qui corrompt l'atmosphère des immeubles contigus, constituent des empiètements illicites, à moins qu'ils ne soient justifiés par les besoins de la vie usuelle, et il n'y a pas lieu de se demander dans quelle intention le propriétaire les commet ou les fait commettre.

Le Code fédéral des obligations, dans son article 58, statue que „si l'équité l'exige, le juge peut, par exception, condamner une personne même irresponsable à la réparation totale ou partielle du préjudice qu'elle a causé."

Le cas prévu est, entre autres, celui d'un aliéné riche qui met le feu à la maison d'un paysan. Il peut être condamné à réparer le dommage qu'il a causé, quoiqu'il n'ait pas commis de faute. L'élément objectif de l'acte illicite suffit pour engager sa responsabilité.

Le Code civil allemand fait aussi, dans certains cas, abstraction du point de vue subjectif et applique le principe de la responsabilité objective.

---

[37]) Jahrbücher für die Dogmatik, 1863 p. 103 et suiv.

Ainsi, une personne, en principe irresponsable, peut être tenue de réparer le dommage qu'elle a causé, moyennant certaines conditions (art. 829).

Celui qui a cru de bonne foi, mais à tort, qu'il se trouvait dans un cas où il est permis de se faire justice à soi-même, est tenu de réparer le dommage qu'il a causé, même si l'erreur dans laquelle il se trouvait, ne peut lui être imputée comme une négligence (art. 231).[38])

A propos du titre du Code civil allemand qui traite des actes illicites (unerlaubte Handlungen), Planck[39]) explique que, de divers côtés, il avait été proposé de remplacer, dans une ou plus ou moins large mesure, le principe en vertu duquel la responsabilité suppose une faute (Verschuldungsprinzip) par le principe qui impose la responsabilité à celui qui a causé le dommage (Veranlassungsprinzip, principe de causalité).

Mais ce point de vue n'a pas prévalu. Il n'a pas paru „conforme à la justice ni aux aspirations populaires, de déclarer responsable celui qui a causé sans droit un dommage à autrui, sans avoir commis de faute. Il est vrai que d'autres idées se font jour à l'époque actuelle, mais il n'y a pas lieu de renoncer au principe subjectif, quitte à le modifier à certains égards. Il faut prendre garde de ne pas imposer à l'individu des charges excessives."

Nous sommes d'accord. Nous faisons seulement observer qu'il n'est pas toujours facile de trouver sa voie, au milieu des opinions qui, toutes, prétendent être conformes aux tendances *modernes* et qui sont loin de s'accorder entre elles.

Ainsi, la responsabilité objective est une théorie *moderne.* L'abus du droit est une idée encore plus *moderne.*

Elles n'en sont pas moins inconciliables, car la responsabilité objective considère le fait en lui-même, en faisant complètement abstraction des intentions de son auteur, tandis que l'abus du droit est une notion d'une subjectivité extrême, puisqu'elle recherche avant tout, quel a été le but de celui

---

[38]) *Endemann,* I p. 745.

[39]) *Planck,* 13e livraison p. 600.

qui a agi et ne veut pas tenir compte de la circonstance que l'acte en lui-même est l'exercice d'un droit.

Quoi qu'il en soit, moderne ou non, le seul système qui nous paraisse juridique, est celui qui rattache la responsabilité à la notion de l'acte illicite, qui est presque toujours une faute, mais une faute qui ne doit pas être appréciée, d'après les règles du droit pénal, en matière de culpabilité.[40])

En somme, c'est l'acte illicite qui est la condition essentielle de la responsabilité.

Celui qui agit sans droit, ou ce qui revient au même, au-delà des limites de son droit est responsable du préjudice qu'il cause à autrui. Mais celui qui a agi conformément à son droit, celui qui exerce le droit qui lui est reconnu, ne peut pas être rendu responsable du préjudice qu'il cause, car le rendre responsable équivaut à nier son droit.[41])

IV.

Nous avons exposé les raisons, pour lesquelles la théorie de l'abus du droit nous paraît inadmissible. Il nous reste à démontrer qu'elle est superflue et qu'il est facile de satisfaire

---

[40]) On est responsable des conséquences de l'acte illicite dont on est l'auteur, mais on n'est pas responsable du dommage qu'on a occasionné, si la cause de ce dommage est le hasard. Cette règle doit servir à la solution de certains litiges qui sont assez fréquents. Un maître d'hôtel, par exemple, réclame de gros dommages-intérêts à son client, en invoquant le fait que ce dernier ou l'un de ses enfants, a été atteint, dans son hôtel, d'une maladie contagieuse. Le dommage est incontestable. La maison s'est vidée d'un jour à l'autre. Mais la responsabilité du voyageur est-elle engagée? Oui si le demandeur établit à sa charge un acte illicite, comme, par exemple, le fait d'être arrivé dans l'hôtel avec une personne malade, sans prendre les précautions qu'exige la prudence. Mais si cette preuve n'est pas faite, aucune indemnité n'est due. La cause du dommage est un cas fortuit, ou même la force majeure, la maladie. C'est un accident très malheureux pour celui qui en est atteint directement, et aussi pour ceux auxquels les conséquences de ce fait causent un préjudice, mais chacun doit supporter ce risque.

[41]) La responsabilité civile qui incombe à une personne à raison du fait d'autrui ou à raison des choses qui sont sous sa garde, suppose aussi un acte illicite. Elle ne résulte pas de l'exercice d'un droit. Les questions spéciales à cette matière ne rentrent pas dans le sujet que nous traitons.

aux besoins de justice que ses défenseurs invoquent, en appliquant tout simplement les règles générales de la responsabilité résultant des actes illicites.

Dans ce but, demandons-nous, quels sont les cas les plus importants, pour la solution desquels la notion de l'abus du droit est invoquée, et voyons si la vraie solution ne peut pas être obtenue par l'application des règles ordinaires.

1° *Exercice du droit de propriété sur les immeubles.* Chaque propriétaire a un droit qui est limité par le droit d'autrui. S'il exerce son droit dans ses justes limites, il n'est pas responsable du préjudice qu'il a causé à autrui. S'il dépasse ces limites, il est responsable, parce qu'il agit sans droit, il commet un acte illicite. Il n'est nullement nécessaire de faire intervenir ici l'idée de l'abus du droit.[42])

Mais en est-il de même, dans le cas plus spécialement prévu par les auteurs, où le propriétaire exerce son droit dans le seul but de nuire à autrui?

Ainsi le propriétaire d'un fonds élève un mur sur son terrain, dans le seul but d'enlever à son voisin la vue et la lumière. C'est l'exemple classique de l'abus du droit. Ici, la morale doit, dit-on, se confondre avec le droit. L'exercice du droit, étant contraire à la morale, ne peut pas être licite. Il y aurait donc des cas où l'exercice d'un droit serait contraire au droit. Nous persistons à croire que c'est une impossibilité, un véritable non-sens.

La difficulté vient, selon nous, de ce que la question est mal posée. Il ne faut pas commencer par admettre qu'il s'agisse, dans le cas prévu, de l'exercice d'un droit, mais se demander si le fait mentionné n'est pas en lui-même illicite.

Or, l'acte d'un propriétaire qui bâtit un mur sans avoir un autre but que celui de nuire à son voisin, est un acte qu'il n'a pas le droit d'accomplir, c'est un acte illicite et qui

---

[42]) M. *Charmont* (L'abus du droit, Revue trimestrielle n° 1 1902 p. 115 et suiv.) reconnaît que c'est plutôt un empiètement, une atteinte à la propriété d'autrui qu'on constate, lorsqu'on prononce une condamnation contre le propriétaire d'une usine dont le bruit trouble les voisins ou de laquelle se dégagent de la fumée, des émanations délétères ou des gazs nuisibles.

doit lui être défendu comme tel.[43]) Les droits subjectifs sont garantis à l'homme pour qu'il puisse développer ses facultés et satisfaire ses intérêts légitimes, or l'intérêt de nuire à autrui n'est pas un intérêt légitime. Le propriétaire qui construit une maison pour l'habiter, pour la mettre en location, pour y exploiter un commerce ou une industrie, exerce son droit de propriété, parce qu'il agit dans la sphère juridique qui lui est garantie par l'ordre social.

Mais celui qui, en construisant un mur, n'a pas d'autre but que de causer un préjudice à autrui, n'exerce pas un droit, parce qu'il n'a pas le droit d'agir uniquement pour nuire à autrui.

Il n'exerce pas un droit abusivement, il commet un acte sans droit, un acte illicite.

C'est à tort qu'il invoquerait son droit de propriété qui implique la faculté de construire sur son fonds. Le droit de propriété n'implique pas la faculté de bâtir pour commettre un délit, de même que le droit d'avoir un fusil n'implique pas la faculté de tirer sur un passant. — Dira-t-on de celui qui a décoché une balle à un de ses semblables, qu'il a exercé abusivement le droit de propriété qu'il avait sur son fusil? Non, on dira qu'il a commis un délit, même un crime. Nous croyons que l'on doit généraliser cette règle et dire que personne ne peut invoquer un droit, dans le but exclusif de nuire à autrui. Ce n'est pas l'exercice du droit qui est défendu, c'est le droit lui-même qui n'existe pas.

Mais il est bien entendu que les circonstances doivent être telles qu'il en résulte la preuve évidente que le seul but de celui qui, à tort, invoque son droit, est le but de nuire à

---

[43]) *Regelsberger,* I 230. Eine Handlung, die an sich innerhalb einer Rechtssphäre liegt, wird zwar nicht schon darum widerrechtlich, weil sie dem Handelnden nichts nützt und einem Andern schadet. Auch der Umstand drückt ihr den Stempel der Widerrechtlichkeit noch nicht auf, dass die Schädigung des Andern der Beweggrund des Handelnden ist. Wenn aber die Böswilligkeit aus den Umständen unzweideutig zu tage tritt, so dass ein anderer Beweggrund ausgeschlossen ist, so entzieht die Rechtsordnung ihren Schutz, denn: malitiis non est indulgendum.

autrui. Cette preuve complète doit incomber à la partie qui dénie l'existence du droit, sinon les droits les plus élémentaires pourraient être sans cesse mis en question, contrairement à toute bonne foi. N'oublions pas que les conflits auxquels donne lieu l'existence et l'usage des droits, sont résolus par des juges, c'est-à-dire par des hommes faillibles qui ont rarement le don de lire dans les cœurs.

2° *Droit d'intenter une action en justice et d'exercer un acte de poursuite pour dettes:*

Toute personne, dit-on, a le droit d'intenter une action en justice. Si elle succombe dans sa demande, ce n'est pas une raison pour qu'elle soit considérée comme ayant commis un acte illicite. Il en serait autrement, si elle avait intenté un procès dans un esprit de pure chicane ou avec une mauvaise foi évidente. Voilà, dit-on, un cas d'abus du droit.

Le plaideur téméraire, en intentant une action, exerçait son droit, mais il l'exerçait abusivement.

C'est précisément ce que nous contestons. Le demandeur qui, ayant intenté une action mal fondée, même sans mauvaise foi, perd son procès, n'était pas dans son droit en introduisant l'instance, et la preuve en est qu'il a été débouté. Seulement l'acte illicite qu'il a commis, en exigeant ce qui ne lui était pas dû, n'est sanctionné que par une condamnation aux dépens, tandis qu'il encourrait des dommages-intérêts, s'il avait été de mauvaise foi.

De même, celui qui recourt à tort à une voie d'exécution, une saisie, par exemple, n'exerce pas un droit, parce qu'il n'a pas de droit.

3° *Droit d'exprimer ses opinions et de critiquer celles des autres, dans des publications ou par la voie de la presse:*

Dans un pays libre, le droit d'exprimer ses opinions, de propager ses idées, de combattre les abus existants, est largement reconnu. Mais lorsqu'une personne quelconque commet une diffamation par la voie de la presse, elle n'abuse pas de son droit. Elle n'exerce pas son droit d'une manière illicite. Elle agit sans droit et contre le droit.

4° *Droits des syndicats ouvriers:*

Les ouvriers ont, incontestablement, le droit de s'associer, pour défendre leurs intérêts, et de constituer des syndicats dans ce but. Mais cette fin ne sanctifie pas tous les moyens qu'ils emploient. Lorsque les syndicats mettent à l'index un patron, lorsqu'ils s'efforcent d'exclure les femmes de leur métier, lorsqu'ils contraignent par leurs agissements un patron à renvoyer une ouvrière ou un ouvrier qui se trouve, après son renvoi, dans l'impossibilité de gagner sa vie dans la localité, les syndicats commettent alors des actes illicites. Ils portent atteinte aux droits d'un individu par un empiètement injustifié sur sa sphère juridique.[44])

5° *Exercice du droit de résilier le contrat de louage de service conclu pour une durée indéterminée:*

Cette fois, nous nous trouvons en présence d'un prétendu abus du droit qui n'est pas un acte illicite.

L'article 1780 du Code civil français commence par déclarer que le louage de service, fait sans détermination de

---

[44]) Dans les arrêts du 14 octobre 1899 (Rec. off. 25, 2° p. 792 et suiv.) et du 20 Mai 1904 (Rec. off. 30, 2° p. 271 et suiv.), le Tribunal Fédéral a admis que la mise à l'index d'un patron, mesure qui tend à l'empêcher de recruter le personnel dont il a besoin, n'est pas un acte illicite, et qu'un syndicat d'ouvriers qui réussit à exclure du métier certaines personnes, ne lèse aucun droit garanti, et ne commet aucun acte illicite. Cependant, il définit l'acte illicite, l'acte qui implique une violation de l'ordre public, ou qui porte atteinte aux droits d'un individu, soit par un empiètement injustifié dans la sphère de ses droits, soit par une lésion causée à ses intérêts privés légalement protégés. Il résulte donc de là qu'aux yeux du Tribunal Fédéral, le fait d'empêcher un patron de recruter des ouvriers pour l'exercice de sa profession, et le fait d'empêcher une ouvrière de gaguer sa vie, dans une certaine ville, ne constitue pas un empiètement injustifié dans la sphère des droits de l'individu, ni une lésion des intérêts privés légalement protégés! Le Tribunal Fédéral invoque à l'appui de sa thèse la jurisprudence française. Or nous avons cité plusieurs décisions de la plus haute juridiction de France qui se prononce dans un sens absolument contraire à la solution adoptée par les arrêts que nous venons de mentionner. En particulier, la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 Juin 1892 (Sirey 93 I 41), a décidé que les menaces de grève adressées par un syndicat à un patron ne sont pas licites lorsqu'elles ont pour but d'imposer à ce dernier le renvoi d'un ouvrier, parce qu'il s'est retiré de l'association et qu'il refuse d'y entrer, que dans ce cas, il y a une atteinte au droit d'autrui.

durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes.

Mais il ajoute: „Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts."

Ainsi, dans le contrat de louage de service conclu sans détermination de durée, chacune des parties a le droit de mettre fin au contrat. Ce droit lui est garanti expressément par la loi.

Seulement, si l'une des parties, ouvrier ou patron, veut exercer ce droit expressément garanti par la loi, elle s'expose à des dommages-intérêts.

Donc, celui qui exerce le droit, est traité absolument comme s'il violait le droit. On lui applique la même sanction, les dommages-intérêts. Le législateur semble lui dire: Je vous permets de résilier, mais si vous vous avisez de prendre ma permission au sérieux, vous encourrez une condamnation sévère. Etre condamné pour avoir exercé un droit reconnu par la loi, telle est l'application logique du principe de l'abus du droit.

Il ne faut pas s'étonner si la doctrine et la jurisprudence éprouvent un certain embarras à interpréter et à appliquer une pareille disposition. Nous avons déjà cité une note de M. Appert, sous un arrêt de cassation, où il reconnaît que le nouvel article 1780 donne satisfaction à la tendance actuelle qui consiste à traiter l'ouvrier comme un mineur. Le même auteur s'efforce de justifier le législateur français, en soutenant qu'en vertu de l'article 1780 amendé, le contrat de louage est *censé* fait pour une longue durée, de telle façon que la résiliation avant le terme prévu par les parties est une violation du contrat. Il en résulte que l'ouvrier (il paraît que ce droit n'appartient pas au patron), s'il n'est pas en faute, a droit à une indemnité.[45])

Ainsi le nouvel article 1780 ne s'expliquerait que par une fiction. Le contrat de louage de service serait censé fait

---

[45]) *Porcherot*, p. 51.

pour une longue durée. Malheureusement, le texte même de cet article détruit la fiction, puisqu'il prévoit que le contrat est fait *sans détermination de durée.*

Pour comprendre la disposition, il faut donc identifier le contrat sans détermination de durée et le contrat conclu pour une durée fixe.

Il est facile de se rendre compte que la loi du 27 décembre 1890 qui a complété l'ancien article 1780, n'a aucune portée juridique, mais qu'elle ne s'explique que par des considérations politiques.

Il est douteux qu'elle atteigne son but qui est de protéger les ouvriers contre les conséquences fâcheuses d'un renvoi qui les expose à un chômage plus ou moins prolongé. Un moyen plus juridique et probablement plus efficace serait celui qui est proposé par l'auteur du rapport sur la révision du Code fédéral des obligations. Il consisterait à prolonger le délai de congé, lorsque les services ont duré déjà un certain temps. De cette manière, un ancien ouvrier ou un ancien employé ne pourrait pas être congédié aussi facilement que celui qui est entré récemment au service de son patron.

En résumé, nous croyons que la notion de l'abus du droit, autrement dit, la théorie en vertu de laquelle l'exercice d'un droit doit être considéré, en certains cas, comme contraire au droit, doit être rejetée, comme impliquant contradiction, et que les principes concernant l'acte illicite satisfont entièrement à certaines exigences d'équité et de moralité, en vue desquelles la théorie que nous discutons a été construite.

Le Code civil allemand contient deux dispositions principales qui paraissent inspirées par un esprit de réaction contre la maxime: „Qui suo jure utitur, neminem laedit."

L'article 226: „L'exercice d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir pour but que de causer dommage à autrui." (Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen.)

Et l'article 826: „Celui qui, à dessein, cause dommage à autrui d'une manière contraire aux bonnes mœurs, est tenu

de réparer ce dommage." (Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem andern vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Andern zum Ersatze des Schadens verpflichtet.)

La disposition correspondant à l'article 226 ne mentionnait, dans les premiers projets, que l'exercice du droit de propriété et celle qui correspondait à l'article 826 contenait une restriction importante qui a été supprimée: „Celui qui, à dessein, cause dommage à autrui d'une manière contraire aux bonnes mœurs, *par un acte qui ne constitue pas l'exercice d'un droit* (durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt), est tenu de réparer ce dommage."

Ce double changement indique bien chez le législateur allemand l'intention de limiter l'exercice des droits et d'interdire même cet exercice, lorsqu'il aurait un but contraire aux bonnes mœurs, notamment lorsque ce but serait exclusivement celui de causer dommage à autrui.

Planck,[46]) à propos de l'article 226, expose que la loi ne peut pas tracer, aux droits subjectifs, une limite absolument conforme aux exigences de la morale. Cependant, le Code contient beaucoup de règles qui ont pour but de prévenir, pour certains cas particuliers, l'abus du droit subjectif. A ces règles particulières, le législateur a ajouté les règles générales des articles 226 et 826.

Seulement il importe d'observer que les règles particulières dont Planck fait une assez longue énumération, ont en réalité pour but, non pas de prohiber l'exercice de certains droits, mais bien de délimiter les droits eux-mêmes. Il cite, par exemple, l'article 906 qui règle les droits réciproques du propriétaire qui exploîte une industrie, et de celui qui se plaint du préjudice résultant de cette exploitation pour les voisins.

Il cite aussi l'article 1353 qui, après avoir posé la règle que les époux sont tenus à une vie commune (zur ehelichen Lebensgemeinschaft), ajoute que, toutefois, si la demande que

---

[46]) 1er volume p. 276 et suiv.

fait l'un des époux de rétablir la vie commune, doit être considérée comme *un abus de son droit,* l'autre époux n'est pas tenu d'y consentir. Ici le mot d'abus du droit (Missbrauch seines Rechtes) est pris dans le sens, non pas d'exercice abusif du droit, mais dans celui de prétention qui outrepasse le contenu du droit.

Le mari dont la conduite ne laisse rien à désirer, a le droit d'exiger que sa femme rentre au domicile conjugal, et il peut exercer ce droit.

Celui qui se livre à l'ivrognerie ou à la débauche, n'a pas le droit de contraindre sa femme à le rejoindre. Il serait contradictoire de soutenir qu'il a bien ce droit, mais qu'il ne peut pas l'exercer.

Quant à l'article 226 qui énonce catégoriquement l'idée que l'exercice d'un droit peut être illicite, Planck s'efforce d'en restreindre la portée. Néanmoins, il exprime des doutes sur l'utilité d'une pareille disposition qui lui paraît propre à exciter plutôt qu'à empêcher la chicane, et il fait des vœux pour que les tribunaux l'appliquent avec une très grande prudence, sinon elle risque de faire plus de mal que de bien.[47])

Endemann estime que la défense contenue dans l'article 226 s'applique en réalité au droit lui-même et non pas seulement à l'exercice du droit. Il fixe une limite à la puissance du droit (Rechtsmacht). „Car, ajoute-t-il dans une note, si l'on interprétait autrement l'article 226, il en résulterait une difficulté inextricable. Il serait incroyable que l'ordre juridique reconnût, d'une part, un droit, sans limitation aucune, et déclarât, d'autre part, l'exercice de ce droit illicite.“ [48])

Mais les objections que soulève l'article 226 du Code allemand sont peu graves, si on les compare à celles auxquelles donne lieu le second alinéa de l'article 3 du projet de code civil suisse qui est ainsi conçu: „Celui qui abuse

---

[47]) Voir la traduction annotée du Code civil allemand imprimé par ordre du gouvernement français. Tome I p. 334 et suiv.

[48]) *Endemann,* p. 422 note 8. Es ist schlechthin undenkbar, dass die Rechtsordnung auf der einen Seite ein Recht unbeschränkt zuspricht, zugleich aber seine Ausübung für rechtswidrig erklärt.

évidemment de son droit, ne jouit d'aucune protection légale."

Quand doit-on être considéré comme abusant de son droit? Le projet ne donne à cet égard aucune indication, aucun éclaircissement, aucune définition, de sorte que, dans toutes les causes qui seront portées devant les tribunaux suisses, ceux-ci auront à apprécier si le demandeur fait de son droit un usage licite, ou s'il en abuse. Il ne suffira plus d'avoir un droit incontestable et incontesté, il faudra de plus, faire de ce droit un usage qui paraisse licite au juge compétent. Et d'après quels principes le juge devra-t-il établir une distinction entre l'usage licite du droit et l'usage abusif? Uniquement, d'après les principes qu'il empruntera à sa propre sagesse. En d'autres termes, c'est l'arbitraire qui est installé à la place du droit, et le principal effet d'une disposition qui prohibe l'abus du droit sera d'autoriser le pouvoir judiciaire à en commettre chaque jour!

Si l'article 3 du projet passe dans le Code civil suisse, la sécurité dont on jouira dans notre pays, laissera quelque peu à désirer, car nul, si sûr qu'il soit de son droit, ne sera sûr qu'il n'aura pas à faire à un juge qui lui interdira d'exercer ce droit.

Cette disposition du projet repose sur la conviction que la notion de l'abus du droit sera parfaitement claire aux yeux de tous les juges, puisqu'ils seront revêtus du pouvoir redoutable de dénier la justice à quiconque abuse évidemment de son droit.

Il est permis de ne pas partager cet optimisme.

M. Saleilles donne l'exemple suivant qui lui a été indiqué par M. le professeur Huber.[49])

Un propriétaire veut expulser son locataire au jour de l'échéance du terme, le bail expiré, alors que celui-ci qui est souffrant risquerait de commettre une imprudence grave à se déplacer et à supposer, bien entendu, que le propriétaire ne pût invoquer un intérêt patrimonial, tel que l'obligation d'avoir à livrer l'appartement à un nouveau locataire.

---

[49]) Bulletin de la Société d'Etudes législatives 1905 n° 4 p. 347.

L'exemple est bien choisi pour produire une certaine impression sur les cœurs compatissants. Mais nous ne croyons pas qu'il soit concluant.

Remarquons d'abord que la supposition est assez invraisemblable, puisqu'on part de l'idée que ce propriétaire sans entrailles est aussi sans intérêt. C'est une sorte de monstre qui n'a pas d'autre mobile que la méchanceté. Est-ce pour des cas si rares et si extraordinaires, qu'il faille introduire dans la législation un principe qui, dans sa généralité, contient un danger et une menace pour tous les droits de l'individu?

Du reste, le propriétaire vautour qui prétendrait expulser son locataire malade le jour de l'échéance du terme, ne pourrait pas se procurer cette triste satisfaction. Pour expulser un locataire, des formalités sont nécessaires. Elles durent toujours un certain temps et exigent l'intervention des autorités qui, en fait, tiennent compte des situations et ne mettent pas d'un jour à l'autre un malade à la rue. Il y a, dans notre pays et dans notre temps, des choses qui sont moralement impossibles. Ce serait, dans tous les cas, un remède pire que le mal, que de reconnaître aux locataires la faculté positif de prolonger leur jouissance au-delà de la fin du bail, même pour un cas semblable à celui qui vient d'être indiqué. La chicane recevrait un encouragement dont elle n'a pas besoin.

Il faut toujours en revenir là. Le droit objectif peut limiter les droits subjectifs, mais il ne peut pas, tout en reconnaissant l'existence d'un droit subjectif, en limiter l'exercice, car un droit qu'il est défendu d'exercer, par soi-même ou par un représentant, n'est pas un droit.

Mentionnons encore un argument employé par certains auteurs. Ils soutiennent que la sanction de l'abus du droit est beaucoup plus efficace que celle de l'acte illicite, qui consiste uniquement en une indemnité. Cela nous paraît une erreur. Qu'on se serve pour qualifier un fait non permis, du terme d'abus du droit, ou de celui d'acte illicite, la vraie sanction consiste non-seulement à réparer le dommage causé, mais encore et surtout à empêcher la contravention au droit.

C'est à la procédure qu'il appartient d'indiquer les moyens propres à atteindre ce résultat, autant que c'est possible, pratiquement. Un propriétaire élève sur son terrain un mur pour nuire à son voisin. Les uns voient dans ce fait un abus du droit, les autres un acte illicite. Que ce soit l'un ou l'autre, les tribunaux pourront toujours ordonner la démolition du mur, et si la loi ne le leur permet pas, rien n'empêche de l'amender pour la rendre plus efficace.

V.

Il nous reste à repousser une objection. Le principe classique „qui suo jure utitur neminem laedit," dira-t-on peut-être, a perdu son autorité depuis que les nouvelles théories sur la responsabilité civile ont conquis leur place dans la science juridique moderne, et qu'elles ont trouvé leur application dans la loi.

Lorsqu'un accident professionnel se produit, le patron est déclaré responsable, lors même qu'il n'a commis aucun acte illicite, et il ne peut pas se libérer de sa responsabilité en disant qu'il n'a fait qu'exercer son droit. Il a le droit de diriger une fabrique et d'ordonner des travaux à ses ouvriers, et cependant si l'exercice de ce droit cause un dommage à ceux qu'il met en œuvre, la loi l'oblige à le réparer.

De même, lorsqu'un accident de chemin de fer a eu lieu, l'entreprise est responsable, sans que le lésé ait besoin de prouver qu'elle a dépassé son droit.

Nous ne songeons pas à nier ou même à critiquer les tendances qui se manifestent dans les législations actuelles, sur la responsabilité civile, mais nous contestons qu'elles puissent être invoquées en faveur de la théorie de l'abus du droit.

On connaît les discussions qui ont eu pour objet le principe de la responsabilité civile du patron, notamment la théorie de M. Sainctelette,[50]) d'après laquelle l'obligation du patron d'assurer la sûreté de l'ouvrier durant l'ouvrage et à raison de

---

[50]) De la responsabilité et de la garantie.

l'ouvrage, dérive de l'essence et de la nature du contrat de louage de service. Nous n'avons pas à la discuter ici.

Nous nous bornons à constater qu'elle soulève de grandes difficultés et que la théorie dite du *risque professionnel* explique mieux la situation que la loi fait aux patrons.

Cette théorie peut se formuler de la manière suivante:

Dans notre vie sociale actuelle il se manifeste des activités utiles et même nécessaires, qui ne peuvent atteindre leur but qu'en faisant courir de grands dangers à certaines personnes, et même parfois au public en général. Une activité de ce genre est entièrement licite, elle rend d'éminents services à la civilisation, mais celui qui en prend l'initiative doit en accepter les risques. S'il se produit un accident dont est atteinte une personne, à laquelle cette activité faisait courir un risque spécial, celui qui agit doit réparer le préjudice, en tout ou en partie, parce que les risques résultant de son activité sont à sa charge, au moins partiellement. Le fait qui donne lieu à la responsabilité n'est pas illicite, c'est un fait de risques, c'est-à-dire un fait qui est accompli aux périls et risques de son auteur.[51])

Ces faits de risque sont ainsi appelés parce qu'ils entraînent nécessairement un risque, un danger. Si on les analyse au point de vue juridique, on arrive à constater qu'ils présentent un caractère tout exceptionnel, en ce qu'ils supposent de la part de certaines personnes une aliénation partielle et temporaire de leur liberté naturelle.

Ainsi le voyageur qui prend place dans un wagon, subit, en fait, pendant la durée du trajet une sorte de diminutio capitis. Sa sphère juridique est réduite à des dimensions très restreintes. Il a confié sa sécurité à l'entreprise de chemin de

---

[51]) *Endemann,* I 746. Am weitesten wird die Haftung im heutigen Rechte unter dem Gedanken ausgedehnt, dass gewisse Unternehmer für allen Schaden eintreten müssen, der durch den Betrieb auf Grund der mit ihm verbundenen eigentümlichen oder spezifischen Gefährdung einem Andern zugefügt wird. *Saleilles,* Les accidents du travail et la responsabilité civile, Paris 1897. *Saleilles,* De l'abus du droit. Bulletin de la Société d'Etudes législatives 1905 n° 4 p. 325.

fer, et il ne peut rien pour éviter un accident. Sa vie dépend de l'habileté et de la prudence des employés de la ligne. Sa volonté est presque impuissante.

Dans les exploitations industrielles, il en est à peu près de même. Lorsqu'un ouvrier est employé à un travail dangereux, il peut, sans doute, jusqu'à un certain point, se préserver des accidents. Sa liberté d'agir est moins réduite que celle d'un voyageur dans un train rapide. Mais il n'en est pas moins tenu à des services qui l'exposent à des périls sérieux et souvent impossibles à éviter. Il doit exécuter les ordres qui lui sont donnés, il est soumis à une volonté étrangère.

Ces aliénations partielles de la liberté, ces diminutions de la capacité matérielle d'agir, correspondent à une augmentation de pouvoir qui est accordée à d'autres personnes physiques ou juridiques.

Le voyageur entraîné dans un express est presque entièrement soumis à la volonté de la personne juridique qui exploite le chemin de fer, et l'ouvrier est dirigé dans son travail par la volonté du fabricant. Celui qui commande, qui fait agir, exerce un droit qu'on peut qualifier d'*exorbitant,* en prenant ce mot dans son sens étymologique et non dans son acception usuelle.

Les faits de risque impliquent donc certains empiètements sur la sphère juridique d'autrui. Ces empiètements qui sont consentis par ceux qui les subissent, ne sont pas illicites. Ils sont autorisés, parce qu'ils sont inévitables pour atteindre certains buts utiles à la société. Seulement ils ne deviennent légitimes qu'à la condition que ceux qui les effectuent et qui en profitent, prennent à leur charge les risques qui leur sont inhérents.

C'est encore une faculté anormale que celle dont use le chauffeur qui parcourt nos routes en automobile, même à une allure modérée. C'est un fait de risques, qu'il peut être autorisé à accomplir, moyennant la condition de prendre à sa charge les risques qu'il fait naître.

Ainsi les faits de risque ont ce caractère particulier d'être des empiètements licites sur la sphère juridique d'autrui. Celui

qui prend l'initiative de ces faits, celui qui agit de cette manière, est autorisé par le droit objectif à agir, mais, au fond, il dépasse la limite ordinaire de ses droits subjectifs. C'est pour cela qu'il est soumis à une responsabilité exceptionnelle.

Il lui est permis d'agir, mais il agit à ses risques et périls.

La notion de l'abus du droit repose, au contraire, sur l'idée que l'exercice d'un droit peut être interdit. Le droit existe, mais il est défendu de s'en servir.

La notion du risque professionnel est parfaitement juridique, tandis que celle de l'abus du droit nous paraît inadmissible et illogique, puisqu'elle se formule ainsi: Le juge peut interdire à une personne l'exercice de son droit, parce que l'exercice d'un droit peut être contraire au droit.

Que devient dans ce système „moderne" la puissance du droit? Elle est ce que voudra le juge qui, dans chacune des causes qui lui seront soumises, pourra interdire à celui qui a le droit, d'exercer le droit.

En ce qui nous concerne, nous préférons la règle, toute classique et traditionnelle qu'elle est: „Qui suo jure utitur neminem laedit."

Elle seule est conforme à la logique et à l'intérêt social, car seule elle garantit la sécurité juridique.

Celui qui a agi dans sa sphère juridique sans la dépasser, en d'autres termes, celui qui exerce les droits qui lui sont garantis par l'ordre social, doit jouir de la protection légale, et toute loi qui prétendrait le gêner dans sa liberté limitée par la liberté d'autrui, est une loi contraire au droit.