

La construction juridique de l'abus d'un droit privé subjectif

MÉMOIRE

présenté

par

Karolyn Egger

sous la direction de

Prof. Denis Piotet

Lausanne, août 2021

Table des matières

I. Introduction.....	1
II. Des origines de la théorie de l'abus de droit	2
A. Les prémices théoriques chez Aristote	2
B. De l'époque romaine au Moyen Âge	3
1. Généralités	3
2. L' <i>exceptio doli</i>	3
a. Les origines de l' <i>exceptio doli</i>	3
i. Évolution générale du <i>ius strictum</i> vers le <i>ius aequum</i>	3
ii. Le développement des exceptions et l'origine des sanctions de dol	4
b. L' <i>exceptio doli</i> en droit classique.....	4
c. Évolution historique de l' <i>exceptio doli</i>	6
3. L'interdiction de la chicane (<i>Schikanverbot</i>).....	6
a. En droit romain.....	6
b. L' <i>aemulatio</i>	7
C. L'époque des codifications en Europe occidentale.....	8
1. Le droit allemand	8
2. Le droit français	9
3. Le droit suisse	12
a. La situation juridique avant l'unification du droit civil.....	12
b. L'unification du droit civil	13
i. Le Code fédéral des obligation de 1881	13
ii. Les travaux préparatoires du Code civil suisse	14
iii. La réception critique du projet du Conseil fédéral.....	16
iv. Le caractère manifeste de l'abus de droit.....	17
D. Conclusion	19
III. Des fondements théoriques de l'application de l'abus de droit dans la théorie générale des droits privés subjectifs	20
A. Généralités	20
B. Le droit privé subjectif	20
C. Les deux théories du fondement de l'abus de droit.....	21
1. L' <i>Innentheorie</i>	21
2. L' <i>Aussentheorie</i>	22
3. Les doctrines sur la question.....	24
a. Les défenseurs de l' <i>Innentheorie</i>	24
i. Les adversaire de la théorie de l'abus de droit	24
ii. La doctrine germanique et pandectiste.....	26
b. Les défenseurs de l' <i>Aussentheorie</i>	27
i. La doctrine germanique et pandectiste.....	27
ii. La doctrine française	29
iii. La doctrine suisse.....	29
D. Le choix opéré par Eugen Huber dans le Code civil suisse	31
1. Le texte du Code civil	31
2. La motivation de l'interdiction de l'abus de droit dans les travaux préparatoires du Code civil	31
a. Le procès-verbal de la Commission de rédaction.....	31
b. La défense devant les parlementaires aux Chambres fédérales	32
3. Le véritable but de Huber derrière l'introduction de l'art. 2 CC	32
a. La consécration de l' <i>Innentheorie</i>	32
b. Les influences théoriques d'Eugen Huber	33
c. La conception théorique du droit d'Eugen Huber	35

i. Exposé de la pensée d'Eugen Huber	35
ii. Analyse des travaux préparatoires du Code civil suisse	36
4. Conclusion	38
E. Critiques de l' <i>Innentheorie</i> et la préférence à accorder pour l' <i>Aussentheorie</i>	39
1. Le caractère relatif de l'abus de droit.....	39
a. Généralités.....	39
b. L'abus de droit en relation avec des droits absolus.....	39
c. L'abus de droit en relation avec un sujet de droit – La théorie de la transparence	40
d. Conclusion.....	41
2. Critique de la distinction entre le droit vrai et le droit formulé	41
F. Conclusion - Contradiction entre la volonté du législateur historique et la réalité juridique	43
IV. Des effets de l'abus de droit sur les droits privés subjectifs.....	45
A. Généralités	45
B. Déchéance ou paralysie du droit ?	45
1. Distinction selon la théorie choisie	45
a. L' <i>Innentheorie</i>	45
b. L' <i>Aussentheorie</i>	46
2. La distinction fondamentale entre le droit subjectif et le droit d'action	46
a. Généralités	46
b. Les deux thèses.....	46
i. La thèse subjectiviste.....	46
ii. La thèse objective.....	47
c. La préférence pour la thèse subjectiviste.....	47
d. Conclusion.....	47
3. Solution – La paralysie du droit.....	48
C. Difficultés d'application de la théorie de l'abus de droit en relation avec les droits absolus. Spécialement, la question de la nullité du titre de transfert des droits réels	49
1. La problématique	49
a. Hypothèse de travail.....	49
b. Le transfert causal des droits réels	50
c. La nature de la nullité en cas de vice de forme	50
d. Le cœur de la problématique	51
e. Conclusion.....	52
2. Quid d'un effet guérisseur de l'abus de droit sur la nullité du titre de transfert ?	53
3. Quid d'un jugement translatif comme cause juridique ?	54
4. Quid de ne pas appliquer la théorie de l'abus de droit en relation avec les droits absolus ?	55
5. Solutions envisageables	55
D. Application de la théorie de l'abus de droit en relation avec des droits relatifs	57
E. Application de la théorie de l'abus de droit en relation avec des règles d'ordre public	58
V. Conclusion.....	58
Table des abréviations.....	IV
Bibliographie.....	V

I. Introduction :

L'abus de droit. Au premier abord, cette expression, qui a tout l'air d'un oxymore, laisse perplexe : comment l'exercice d'un droit peut-il être contraire au droit ? L'on se dit, en effet, que c'est un véritable paradoxe, voire un non-sens, que d'être juridiquement titulaire d'un droit sans que celui-ci ne soit protégé par l'ordre juridique. Pourtant, d'un point de vue pratique, l'abus d'un droit constitue bien une réalité juridique¹. Comment, dès lors, expliquer et résoudre cette apparente contradiction ? Quelle est la justification théorique de l'abus de droit ?

Dans ce travail, nous n'entendons pas aborder la thématique de l'abus de droit sous son angle habituel, à savoir celui des hypothèses d'application de l'art. 2 al. 2 CC². En effet, nous nous attacherons plutôt à expliquer le mécanisme technique d'application de l'abus de droit, son fondement et les effets juridiques de cette sanction sur les droits privés subjectifs.

Ainsi que nous le verrons, l'essence de ces considérations se rapporte à la conception même que l'on se fait du droit privé subjectif : sa définition, son contenu et ses limites. Cette conception a particulièrement évolué au cours du XIX^{ème} siècle où l'on est passé d'une conception individualiste des droits, héritée de la Révolution française et où prédomine la protection de l'intérêt privé, à une conception plus sociale du droit, parfois même qualifiée de socialisme³, motivée par les impératifs de la vie en société et l'intérêt général. C'est dans ce contexte qu'émerge la théorie de l'abus de droit telle que nous la connaissons aujourd'hui.

Cette problématique du mécanisme d'application de l'abus de droit sur les droits privés subjectifs constitue une thématique bien délicate de théorie générale du droit qui soulève non seulement des questions de pure technique juridique, mais qui renvoie également à des controverses philosophiques, voire politiques.

Dans ce travail, nous nous intéresserons, tout d'abord, aux origines de la théorie de l'abus de droit, des prémices théoriques chez ARISTOTE aux codifications européennes du XIX^{ème} et début du XX^{ème} siècle (Partie II). Ensuite, nous étudierons les fondements théoriques de l'application de l'abus de droit dans la théorie générale des droits privés subjectifs (Partie III). Dans ce cadre, nous développerons les deux théories expliquant le mécanisme de l'abus de droit et déterminerons laquelle des deux le législateur helvétique a choisi pour notre loi civile, quelles ont été ses influences, notamment doctrinales, ainsi que les conséquences de ce choix. Enfin, nous étudierons les effets de l'abus de droit sur les droits privés subjectifs (Partie IV). Là, nous nous demanderons si l'abus de droit entraîne la déchéance ou la paralysie du droit et comment l'abus de droit agit concrètement lorsqu'il est mis en relation avec des droits absolus, des droits relatifs et des règles d'ordre public.

¹ ROTONDI, p. V (préface).

² Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

³ MARTIN, note 22, p. 33.

II. Des origines de la théorie de l'abus de droit :

A. Les prémices théoriques chez Aristote :

Dans « *L'Éthique à Nicomaque* »⁴, le philosophe antique ARISTOTE traite de la notion d'équité (*epieikeia*) en relation avec la justice et le juste. Déjà au IV^{ème} siècle av. J.-C., ARISTOTE considérait l'équité comme un correctif du droit objectif⁵. En effet, le but de la loi étant de saisir uniquement les cas les plus fréquents, elle reste sur le plan du général alors que le cas d'espèce, lui, est singulier et concret. Il y a donc une impossibilité matérielle, inhérente aux lois, d'édicter des normes juridiques embrassant tous les cas de figure pouvant se présenter dans la pratique⁶. L'équité, par l'intermédiaire du juge, vient alors corriger cette insuffisance intrinsèque de la loi, là où celle-ci a manqué de statuer à cause de sa généralité. Le terme de « corriger » n'est pas à comprendre ici au sens d'« améliorer », sous-entendant que le législateur aurait mal fait son travail, mais plutôt au sens de « parfaire », d'« accomplir ». En effet, le législateur ne pouvant matériellement pas saisir le cas concret dans toute sa complexité, l'équité du juge est nécessaire afin de parachever le juste légal dans le cas particulier. En ce sens, ARISTOTE conçoit l'équité comme une forme supérieure de justice rendue nécessaire par la généralité des lois. Dans ce contexte, le juge se doit « *de se faire l'interprète de ce qu'eût dit le législateur* »⁷ s'il avait connu le cas en question afin d'éviter que l'application stricte d'une norme au cas concret n'aboutisse à un résultat insatisfaisant voire injuste. Dans un tel cas, c'est l'*epieikeia* qui permet au juge de corriger l'application concrète de la norme.

ARISTOTE décrit l'homme équitable comme « *celui qui a tendance à choisir et à accomplir les actions équitables et ne s'en tient pas rigoureusement à ses droits dans le sens du pire, mais qui a tendance à prendre moins que son dû, bien qu'il ait la loi de son côté* ». Au travers de cette description, il ressort clairement que pour ARISTOTE, l'équité et le droit formel sont deux aspects de la justice qui se distinguent. En effet, il est possible d'exercer ses droits de manière problématique sous l'angle de l'équité, quand bien même cet exercice reste dans le cadre offert par la loi. Ce n'est pas forcément être dans l'équitable que d'exercer des droits, certes acquis par la loi, de manière rigoureuse et formelle. Au contraire, l'exercice équitable, et donc juste, des droits commande une forme de mesure, de modération, de bonne foi dirions-nous aujourd'hui.

C'est ainsi, par le biais de l'équité, qu'ARISTOTE introduit une forme de moralité dans l'exercice des droits. L'exercice équitable des droits n'est pas nécessairement celui qui est strictement conforme à la loi. Dans certains cas, c'est à l'*epieikeia*, en tant que forme spéciale et nécessaire de la justice, de pallier l'imperfection inhérente des lois et de corriger, de parachever, son application dans le cas concret afin de rendre la justice plus équitable et plus effective.

⁴ ARISTOTE, 1137a – 1138a.

⁵ HUWILER, p. 36.

⁶ Dans son « *Exposé des motifs* » (I, p. 30), Eugen HUBER rappellera également que le législateur ne peut appréhender toutes les hypothèses d'application de la loi édictée : « *Le caractère absolu de la souveraineté législative ne signifie pas l'absorption de toute la puissance législative, et, au surplus, un travail de codification n'embrasse jamais le droit tout entier, de telle sorte qu'aucun autre droit ne pourrait se constituer. [...] Lorsqu'on prétend, en s'autorisant de théories surannées, que la codification crée un droit intégral et renferme, selon sa lettre et son esprit, les dispositions nécessaires pour tous les cas, on confond la codification avec le droit en général.* »

⁷ Si la proximité littérale de cette formule avec celle de l'art. 1 al. 2 *in fine* CC est aussi frappante, c'est parce que cette recommandation qu'ARISTOTE adresse au juge a, très probablement, constitué une source d'inspiration pour Eugen HUBER lorsqu'il rédigea l'art. 1 al. 2 CC. En effet, nous savons que HUBER a souligné à la main ce passage de « *L'Éthique à Nicomaque* » dans un exemplaire de l'ouvrage « *Méthode d'interprétation* » (1899) de François GENY, ouvrage que ce dernier lui avait dédié (cf. GENY, note 1, p. 78). Voir à ce sujet HUWILER, note 130, p. 55.

B. De l'époque romaine au Moyen Âge :

1. Généralités :

Ce principe d'équité dans l'exercice des droits, déjà dégagé par Aristote au IV^{ème} siècle avant notre ère, sera juridiquement concrétisé par les Romains. Toutefois, la théorie de l'abus de droit telle que nous la connaissons aujourd'hui n'a pas été développée par les Romains, mais par la doctrine et plus particulièrement la jurisprudence contemporaines. En effet, le droit romain n'a pas formulé de règle générale contre l'abus de droit mais les fondements juridiques de cette institution se trouvent dans le droit romain, comme c'est le cas pour la plupart des institutions juridiques de notre droit privé⁸.

La théorie moderne de l'abus de droit, et plus généralement la question de la limite à l'exercice des droits subjectifs, s'est historiquement développée autour de deux axes : l'*exceptio doli* et l'interdiction de la chicane (*Schikanverbot*), cette dernière apparaissant timidement en droit romain, puis se développant au Moyen Âge sous le nom d'*aemulatio*.

2. L'*exceptio doli* :

a. Les origines de l'*exceptio doli* :

i. Évolution générale du *ius strictum* vers le *ius aequum* :

Afin de comprendre l'origine de l'*exceptio doli*, il convient, tout d'abord, de comprendre l'évolution que connaissent les sources du droit romain dès le II^{ème} siècle av. J.-C. En effet, à partir de cette période, se développe à Rome, aux côtés du *ius civile*, l'ancien droit civil applicable aux citoyens romains⁹, le *ius honorarium*, soit le droit prétorien créé progressivement par le préteur romain. L'ancien droit civil était caractérisé par un formalisme extrême et une grande rigidité : l'observation d'une forme particulière était constitutive de l'effet juridique¹⁰. Petit à petit, des risques de détournement de la règle juridique ou contractuelle¹¹, lorsque l'on pousse aux extrêmes le respect de la parole, de la formule et du rite, ont été mis en évidence¹². Concernant la mise en œuvre des droits, l'ancienne procédure des actions de la loi était également extrêmement rigide : les parties devaient réciter des formules et accomplir des gestes précis¹³ et si la loi ne prévoyait pas d'action dans le cas particulier, les parties ne bénéficiaient pas de la protection judiciaire, ce qui est devenu avec le temps inadmissible. Progressivement, les préteurs successifs vont alors créer de nouvelles actions qui vont compléter voire corriger le droit civil¹⁴. C'est ainsi que se développe la procédure formulaire, celle-ci remplaçant la procédure des actions de la loi¹⁵.

⁸ COROI, p. 67 ; PERROCHET, p. 57.

⁹ Pour les juristes romains, le droit civil s'oppose au droit des gens. Le premier est le droit propre à chaque peuple tandis que le deuxième s'impose à tous les êtres humains (D 1, 1, 9 GAIUS).

¹⁰ ABBET, p. 4-5.

¹¹ Cela sera notamment mis en lumière par le fameux adage de CICÉRON : « *Summum ius, summa iniuria* » (*De Officiis*, I, 33). Littéralement : « le droit au plus haut degré, c'est l'injustice au plus haut degré », ce qui signifie que l'application excessivement rigoureuse de la loi conduit à l'injustice. Voir à cet égard BROGGINI, p. 3 ss et les références citées.

¹² BROGGINI, p. 4.

¹³ D 44, 7, 52, 2 MODESTIN.

¹⁴ D 1, 1, 7, 1 PAPINIEN.

¹⁵ Pour aller plus loin, voir MONIER, N 115 ss, p. 197 ss.

Le principe directeur de la formation de ce nouveau droit prétorien est l'équité, l'*aequitas*. L'*aequitas* romaine constitue le critère général d'évaluation du contenu des droits et la recherche de l'équilibre entre les intérêts. En ce sens, l'*aequitas* permet au préteur ou au magistrat d'apprécier judiciairement le comportement de bonne foi¹⁶. Pour les juristes romains classiques, il s'agit même de la finalité du droit¹⁷. Ainsi, l'*aequitas* du droit prétorien va progressivement conduire à un assouplissement de l'ancien droit civil et à un abandon de sa rigueur formelle.

ii. Le développement des exceptions et l'origine des sanctions de dol :

L'exception en tant que moyen de défense n'existait pas dans la procédure des actions de la loi¹⁸. Ce moyen s'est développé dans le cadre de la procédure formulaire par l'activité du préteur dans le but de tempérer les rigidités du droit civil¹⁹. A la demande du défendeur, le préteur insère dans la formule l'exception soulevée et c'est ensuite au magistrat d'examiner si celle-ci est fondée. Le cas échéant, il ne peut condamner le défendeur, quand bien même la demande serait fondée sur le plan du droit civil²⁰. Petit à petit, l'exception est devenue le principal moyen de défense du défendeur à l'action²¹. La recherche de l'*aequitas* étant le principe directeur de l'activité du préteur, la création de ces exceptions a permis une correction, voire une paralysie du trop rigide droit civil²². Nous voyons ainsi apparaître l'idée qu'un droit subjectif formel peut voir ses effets paralysés par le juge pour des motifs d'équité.

Plus spécialement, les formules de dol ont été créées par Aquilius GALLUS, préteur vers 66 av. J.-C.²³, pour qui le dol était le fait de feindre une chose et d'en faire une autre²⁴. Les formules du dol sont principalement l'*actio doli*²⁵ (ou *actio de dolo*, *actio doli mali*²⁶) et l'*exceptio doli*. On peut également citer la *clausula doli*²⁷, ainsi que la *restitutio in integrum*²⁸.

b. L'*exceptio doli* en droit classique :

L'*exceptio doli* est une institution typique du droit classique romain²⁹. Création prétorienne de la fin de l'époque Républicaine (dès le I^{er} siècle av. J.-C.), l'*exceptio doli* permet au magistrat

¹⁶ BROGGINI, p. 9.

¹⁷ D 1, 1, 1 ULPEN : « *Ius est ars boni et aequi* » (Le droit est l'art de connaître ce qui est bon et juste).

¹⁸ GAIUS, Inst. 4, 116.

¹⁹ ABBET, p. 12-13.

²⁰ GAIUS, Inst. 4, 116.

²¹ ABBET, p. 12 ; GAIUS, Inst. 4, 108.

²² ABBET, p. 13 – 14.

²³ L'origine et la création des formules de dol par Aquilius GALLUS a été narrée par CICÉRON, *De Officiis*, III, 14.

²⁴ *De Officiis*, III, 14. Cette définition sera par la suite reprise par les juristes classiques : D 2, 14, 7, 9 ULPEN ; D 4, 3, 1, 4 ULPEN.

²⁵ L'*actio doli* est une action pénale accordée par le préteur à la partie qui a conclu un acte juridique sous l'empire d'un *dolus malus*, c'est-à-dire d'un comportement frauduleux, destiné à la tromper. Cette action tend à faire condamner l'auteur du dol à une amende d'un montant équivalant au dommage subi. Le dol peut également survenir postérieurement à la conclusion de l'acte juridique, lors de l'exécution. Cette action est subsidiaire aux autres actions (ELSENER, p. 23). Voir à ce sujet le titre « *De dolo* » (de la mauvaise foi) dans le D 4, 3.

²⁶ D 46, 3, 95, 1 PAPINIEN.

²⁷ La *clausula doli* est une clause que l'on insérait dans l'acte juridique et qui permettait à la victime d'un dol d'agir en paiement d'une peine conventionnelle ou de dommages-intérêts.

²⁸ Dès le II^{ème} siècle ap. J.-C., la *restitutio in integrum* permet au préteur de replacer la victime de dol dans la situation qui était la sienne avant l'acte dolosif en question. Voir le titre *De in integrum restitutionibus* (des restitutions en entier) dans le D 4, 1.

²⁹ Pour des cas d'application concrets de l'*exceptio doli*, voir ELSENER, p. 87 ss et ABBET, p. 43 ss.

de paralyser les effets d'une prétention juridique apparemment fondée du demandeur, mais qui, en réalité, repose sur un comportement abusif de celui-ci. Selon le juriste PAUL, cette exception a été introduite par le préteur afin qu'à l'occasion de la subtilité du droit civil on ne pût pas tirer avantage de sa mauvaise foi contre les principes de l'équité naturelle³⁰. Ainsi l'*exceptio doli* a une double fonction. Premièrement, en tant qu'exception, elle permet de faire primer l'équité du droit prétorien sur le formaliste droit civil³¹. Secondement, elle permet de sanctionner les violations du principe de la bonne foi³².

L'*exceptio doli* peut être invoquée lorsque le dol intervient dans principalement trois hypothèses : lors de la conclusion de l'acte juridique, pendant son exécution ou au moment où l'action est intentée. Tout d'abord, le défendeur peut opposer l'*exceptio doli* lorsque la prétention du demandeur repose sur un acte juridique obtenu au moyen d'une tromperie³³. Cela correspond à l'hypothèse que vise aujourd'hui notre art. 28 CO³⁴. Ensuite, l'*exceptio doli*, peut être soulevée si, après la conclusion de l'acte juridique, le demandeur adopte un comportement contraire à la bonne foi. Finalement, le fait même d'intenter une action peut être constitutif d'un comportement dolosif³⁵. C'est dans cette dernière hypothèse que l'exception était, dans la pratique romaine, principalement soulevée.

Des siècles plus tard, les glossateurs distingueront l'*exceptio doli specialis* (ou *praeteriti*) et l'*exceptio doli generalis* (ou *praesentis*)³⁶. L'*exceptio doli specialis* vise l'hypothèse où le dol intervient au moment de la conclusion ou de l'exécution, soit avant l'ouverture de l'action, tandis que l'*exceptio doli generalis* vise le cas où le fait même d'ouvrir action constitue un comportement contraire à la bonne foi.

Relativement au caractère personnel ou non de l'*exceptio doli*, le dol doit, en principe, émaner du demandeur à l'action³⁷. Toutefois, il est possible d'opposer au demandeur le dol d'un tiers, notamment si celui-ci lui est subordonné. Ainsi, l'*exceptio doli* pouvait être invoquée contre le maître pour le fait de son esclave ou contre le *pater familias* pour le fait des personnes placées sous sa puissance³⁸. Cependant, selon le juriste PAUL³⁹, l'exception de dol qui pouvait être opposée au cédant cesse dans la personne du nouveau créancier à qui le débiteur est délégué⁴⁰.

S'agissant maintenant du caractère subjectif ou objectif de l'*exceptio doli*, la question qui se pose est celle de savoir si cette exception présuppose une intention malhonnête ou si elle ne fait que sanctionner un comportement objectivement dolosif⁴¹. Les sources semblent, de manière générale, indiquer que l'*exceptio doli* présuppose un comportement malhonnête⁴². C'est ainsi le cas du juriste PAUL pour qui l'ignorance empêche le dol⁴³ ou pour ULPIEN qui nie toute action

³⁰ D 44, 4, 1, 1 PAUL.

³¹ D 6, 1, 48 PAPINIEN.

³² ABBET, p. 149 ss.

³³ ABBET, p. 30 ; D 45, 1, 36 ULPIEN.

³⁴ Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220.

³⁵ D 44, 4, 4, 15 ULPIEN.

³⁶ C'est le post-glossateur BARTOLE (BARTOLE, *ad* D 44, 4, 4, 13 ULPIEN) qui fera le premier la distinction explicite entre *exceptio doli specialis* et *exceptio doli generalis*. Voir à cet égard ABBET, p. 36-37 et 179.

³⁷ D 50, 17, 155 PAUL.

³⁸ D 44, 4, 17 ULPIEN ; D 2, 10, 2 PAUL.

³⁹ D 46, 2, 19 PAUL.

⁴⁰ Cette solution diffère de celle consacrée aujourd'hui à l'art. 169 CO, ainsi que nous le verrons plus loin (cf. ci-dessous : partie IV.D).

⁴¹ ABBET, p. 154 ss.

⁴² D 12, 4, 9, 1 PAUL ; D 44, 4, 4, 11 ULPIEN ; D 44, 4, 5, 2 PAUL.

⁴³ D 44, 4, 2, 5 PAUL.

de dol en l'absence d'intention de nuire⁴⁴. Ce dernier nuance toutefois son propos : l'*exceptio doli* peut être invoquée en l'absence de dol lorsque l'affaire est en elle-même dolosive⁴⁵. Partant, l'*exceptio doli* ne présuppose pas une intention dolosive dans tous les cas, même si cela semble être la règle : une violation objective du principe de bonne foi peut suffire⁴⁶.

c. Évolution historique de l'*exceptio doli* :

A partir du Bas-Empire⁴⁷, le recours à l'*exceptio doli* va se faire plus rare et l'institution va même finir par disparaître des sources du droit romain occidental à la fin de l'Empire. Deux raisons expliquent cela : la première est la fusion progressive du droit civil et du droit prétorien en droit romain post-classique et la seconde la disparition de la procédure formulaire remplacée par la procédure extraordinaire⁴⁸. En outre, avec l'universalisation des principes d'équité et de bonne foi, l'*exceptio doli* sera de plus en plus considérée comme inhérente à toute action et donc de moins en moins invoquée en tant que telle⁴⁹. Toutefois, le retour aux sources classiques opéré par les compilations de Justinien au VI^{ème} siècle ap. J.-C. réintroduit l'*exceptio doli* dans le droit. Avec les premiers romanistes médiévaux à partir du XI^{ème} siècle, puis les glossateurs des XII et XIII^{ème} siècles et les commentateurs (ou post-glossateurs) du milieu du XIII^{ème} à la fin du XIV^{ème} siècle, une véritable connaissance systématique des sources juridiques romaines va se développer au Moyen Âge. L'*exceptio doli* ne sera toutefois pas théorisée, mais des post-glossateurs tels Pierre DE BELLEPERCHE, BARTOLE ou BALDE vont tout de même établir certains principes quant à son application⁵⁰.

3. L'interdiction de la chicane (*Schikanverbot*) :

a. En droit romain :

En matière d'exercice abusif des droits subjectifs, le principe fondamental qui dominait le droit romain classique est exprimé par l'adage « *qui suo iure utitur neminem laedit* »⁵¹ qui signifie que l'exercice d'un droit ne peut jamais être abusif et donc restreint. Il était alors considéré que celui qui agissait dans les limites de son droit, et notamment de son droit de propriété, ne pouvait être tenu responsable, même s'il cause un dommage à autrui. En effet, à partir du moment où l'on est titulaire d'un droit, il ne saurait y avoir dol dans l'exercice illimité de ce droit⁵². Toutefois, cela ne signifie pas pour autant que l'exercice illimité des droits était accepté. Si certes, notamment pendant l'époque républicaine, la limitation des droits subjectifs ne relevait pas de la sphère juridique, cela relevait tout de même de la coutume sociale⁵³, ainsi qu'on le voit avec l'adage « *non omne quod licet honestum est* » : tout ce qui n'est pas interdit n'est pas pour autant convenable⁵⁴.

⁴⁴ D 39, 3, 1, 12 ULPIEN.

⁴⁵ D 45, 1, 36 ULPIEN.

⁴⁶ ABBET, p. 155.

⁴⁷ Le Bas-Empire commence avec le début du règne de l'empereur Dioclétien en 284 ap. J.-C.

⁴⁸ ABBET, p. 168 ss. Pour aller plus loin, voir MONIER, N 147 ss, p. 245 ss.

⁴⁹ ABBET, p. 172.

⁵⁰ ABBET, p. 179.

⁵¹ Cet adage nous provient de D 50, 17, 55 GAIUS : « *nullus videtur dolo facere qui sui iure utitur* » (quelqu'un qui ne fait que ce qu'il a droit de faire ne peut pas être accusé de dol). L'idée a toutefois été reprise par d'autres juristes romains. Voir notamment D 50, 17, 151 PAUL ; D 43, 29, 3, 2 ULPIEN.

⁵² D 50, 17, 155, 1 PAUL : « *Non videtur vim facere, qui suo iure utitur, et ordinaria actione experitur* » (Celui-là n'est pas censé user de violence qui poursuit son droit en justice réglée).

⁵³ BROGGINI, p. 5.

⁵⁴ D 50, 17, 144 PAUL.

Avec le temps, le précepte classique « *qui suo iure utitur neminem laedit* » va se voir limiter par un autre : « *malitiis non est indulgendum* »⁵⁵ (aux hommes de mauvaise foi, point d'indulgence). Ce n'est toutefois qu'à la fin de l'Empire que sera sanctionné, notamment dans les conflits de voisinage relatifs à l'écoulement des eaux⁵⁶, l'exercice des droits en l'absence d'utilité du titulaire et dans le but unique de nuire⁵⁷. On voit ici que deux conditions subjectives sont nécessaires : l'absence d'utilité du titulaire et l'esprit de chicane. Il s'agit là des fondements juridiques de ce qui deviendra l'interdiction de la chicane.

Bien plus tard, mais suivant la même idée, les glossateurs formuleront le principe général « *quod alii noceat, et sibi non prosit, non licet* » : est prohibé ce qui nuit à autrui sans nous apporter un quelconque avantage⁵⁸.

En conclusion, nous voyons que malgré la dominance juridique de la maxime classique « *qui suo iure utitur neminem laedit* » décrivant un droit subjectif illimité, le droit romain a tout de même fini par admettre, dans certains cas, un mécanisme de limitation à l'exercice des droits, notamment lorsqu'il y a intention malveillante. Il est à noter encore que l'*exceptio doli* et l'interdiction de la chicane étaient en droit romain des institutions bien distinctes : la première visait principalement la mise en œuvre des actions de manière générale tandis que la seconde se limitait à l'exercice de droits réels⁵⁹.

b. L'aemulatio :

L'*aemulatio* est une doctrine développée par les glossateurs médiévaux. Si ce terme d'*aemulatio*⁶⁰ signifie en principe « l'émulation » ou « la rivalité », les glossateurs l'utiliseront pour décrire le fait de faire usage de son droit réel dans le dessein unique de nuire à son voisin (*animus nocendi*). L'*aemulatio* trouve son origine dans le *Neidbau*⁶¹, institution du droit coutumier germanique interdisant de bâtir par pur esprit de chicane envers son voisin. Nous notons que, comme en droit romain, nous nous trouvons ici dans le domaine particulier des droits réels. C'est, en effet, dans ce domaine particulier du droit, et plus spécialement celui du droit de voisinage⁶², que l'idée qui donnera plus tard naissance à la théorie de l'abus de droit va se développer durant le Moyen Âge.

Aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, les juristes allemands élargiront la notion d'*aemulatio* en l'étendant à tout exercice chicanier de son droit de propriété (*animus aemulandi*). C'est cette réflexion qui mènera par la suite au *Schikanverbot*, la forme de l'abus de droit en droit allemand contemporain. Nous pouvons ainsi observer l'évolution dans l'histoire du droit commun de l'*animus nocendi* à l'*animus aemulandi*⁶³.

⁵⁵ D 6, 1, 38 CELSE. Voir également GAIUS, Inst. 1, 53 : « *Male enim nostro iure uti non debus* » (Celui qui abuse de son droit doit répondre des dommages qu'il cause à autrui).

⁵⁶ Il s'agissait ici de l'*actio aquae pluviae arcendae*, accordée au propriétaire d'un fonds inférieur contre son voisin du fonds supérieur lorsque celui-ci modifiait le courant naturel de l'eau de pluie pour faire accroître la quantité d'eau descendante sur le fonds inférieur dans le seul but de nuire à son voisin (D 39, 3, 1, 1, ULPIN ; D 39, 3, 6 PAUL).

⁵⁷ FERROCHET, p. 59.

⁵⁸ ABBET, p. 162-163. Glose *habere*, ad D 39, 3, 1, 12 ULPIN ; BARTOLE, *Denique Marcellus*, ad D 39, 3, 1, 12 ULPIN.

⁵⁹ ABBET, p. 160 ss.

⁶⁰ Ce terme provient du D 50, 10, 3 MACER.

⁶¹ AMOOS, p. 9.

⁶² TRÜEB, p. 32, pour qui le droit de voisinage constitue « l'Eldorado de la chicane ».

⁶³ BROGGINI, p. 14.

C. L'époque des codifications en Europe occidentale :

1. Le droit allemand :

Ainsi que nous venons de le mentionner, la théorie de l'abus de droit en droit allemand descend et est envisagée sous l'angle du *Schikanverbot*, soit l'interdiction d'exercer un droit dans le but unique de nuire à autrui. Lors de l'élaboration du BGB, ses auteurs étaient réticents à introduire dans la loi un principe aussi général que celui de l'interdiction générale de la chicane⁶⁴. En effet, cette institution ne faisait pas l'unanimité auprès des derniers auteurs, notamment pandectistes⁶⁵. Certains, tel DERNBURG⁶⁶, se rattachaient à l'*aemulatio* et jugeaient illicite l'exercice chicanier des droits tandis que d'autres, comme WÄCHTER⁶⁷, s'en tenaient à l'adage classique « *qui suo iure utitur neminem laedit* ». Cependant, même les auteurs plutôt favorables à l'interdiction de la chicane émettaient des doutes quant à son application pratique concrète, notamment quant à la preuve de l'intention de nuire en l'absence de tout autre intérêt⁶⁸. Ainsi, le premier projet de BGB rejettera l'idée d'introduire une telle disposition d'ordre générale dans la loi. Finalement, le *Schikanverbot* sera tout de même adopté par le *Bundesrat*, mais sera limité au droit de propriété. Ce n'est qu'en dernier débat que le *Reichstag* en fera un principe général de l'exercice des droits. Ce sera alors le §226 BGB.

Le §226 BGB dispose que « *Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen* ». Cette norme prévoit donc deux conditions d'application : l'exercice d'un droit et le but exclusif de nuire à autrui. Si on se penche sur la condition subjective du but exclusif de nuire, on se rend compte alors que le champ d'application du §226 BGB est, en réalité, très mince. En effet, il faut, tout d'abord, une volonté de nuire. L'exercice d'un droit peut tout à fait poursuivre des buts condamnables, mais si ce n'est pas un but de nuire, le §226 BGB n'est pas applicable⁶⁹. Ensuite, cette volonté de nuire doit être exclusive. L'exercice abusif d'un droit mais qui n'a pas pour seule et unique motivation de nuire à autrui ne rentre pas dans la notion de *Schikanverbot*. Par ailleurs, ce caractère exclusif du but de nuire s'examine *in abstracto*, et non *in concreto*. Cela est exprimé par la formule « *nur den Zweck haben kann* », et non « *nur den Zweck hat* ». Il ne faut donc pas qu'il y ait d'autres buts possibles d'un point de vue objectif. Ainsi, si l'auteur de l'acte litigieux est en mesure de le justifier par un but aussi minime soit-il, le §226 BGB ne trouve pas à s'appliquer. Il est alors tout à fait possible d'abuser de son droit tant qu'on peut le justifier par un intérêt quelconque : le §226 BGB autorise, en quelque sorte, l'exercice illimité des droits subjectifs tant que celui qui exerce son droit peut se prévaloir d'une justification. En conclusion, la chicane est donc une notion plus restrictive que celle d'abus de droit : un comportement qualifié juridiquement d'abusif n'est pas forcément chicanier, mais l'inverse n'est pas vrai.

⁶⁴ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, I, p. 274.

⁶⁵ L'École pandectiste est une École de juristes allemands du XIX^{ème} siècle. Spécialistes du droit romain, ces juristes étudiaient plus particulièrement les Pandectes (Digeste, en latin), d'où leur nom de pandectistes. Leur approche du droit est extrêmement systématique et certains d'entre eux voyaient dans la réception du droit romain un moyen d'unifier l'Allemagne.

⁶⁶ DERNBURG, N 41, p. 93.

⁶⁷ WÄCHTER, N 33, 3, p. 169.

⁶⁸ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, I, p. 275.

⁶⁹ Souvent, cet exercice sera tout de même considéré comme illicite car réprimé par d'autres normes spéciales limitant l'exercice absolu des droits, comme par exemple, en droit marital (§1353(2), §1357(2)), en matière de pacte successoral (§2287, §2288) ou encore concernant le droit de propriété (§903, §905, §906). Il s'agit ici toutefois plus de délimiter les sphères juridiques de plusieurs droits subjectifs entrant en collision plutôt que de réprimer l'abus de droit.

Cette formule très, voire trop, étroite du §226 BGB sera critiquée par les auteurs allemands. Beaucoup⁷⁰ estimeront que le fait qu'il y ait des limites morales à l'exercice des droits, autres que les limites posées par le droit objectif, crée de l'insécurité juridique et place un pouvoir trop important entre les mains du juge⁷¹. Rudolf VON JHERING, opposé à l'interdiction de la chicane, critiquera, par exemple, le fait de faire intervenir l'intention, soit un élément foncièrement subjectif, afin de juger un acte dont la légalité extérieure et objective ne fait pas de doute⁷². Ainsi, malgré son introduction dans le BGB, le §226 ne faisait pas l'unanimité auprès de la doctrine allemande.

En pratique, la jurisprudence s'est rapidement trouvée confrontée aux conditions d'application extrêmement strictes du §226 BGB, ce qui l'a empêchée de développer, au fur et à mesure des évolutions sociales, une théorie de l'abus droit. En effet, la preuve du mobile exclusif de nuire était quasiment impossible à apporter, un autre but secondaire pouvant presque toujours être démontré. Il s'en est suivi que cette disposition est restée dans la pratique lettre morte. Pourtant, la nécessité de poser des limites à l'exercice des droits subjectifs se faisait ressentir. Les tribunaux allemands ont alors recherché d'autres correctifs dans le droit légal. Ils se sont d'abord tournés vers le §826 BGB⁷³ dont le fondement est délictuel⁷⁴. Cela ne faisait pourtant que déplacer le problème sur la question de la définition de la notion de contrariété aux mœurs, notion éminemment morale s'il en est. Il fallut donc trouver une autre solution et les autorités judiciaires se sont alors tournées vers le §242 BGB⁷⁵. Cette disposition, visant l'exécution des obligations par le débiteur, consacre le principe général de la bonne foi. Ici, la jurisprudence allemande envisage la problématique de l'abus des droits comme un corollaire du principe de la bonne foi, comme c'est le cas en droit suisse, ainsi que nous le verrons. Le §242 BGB a ainsi permis au juge d'élargir sa pratique par rapport au §226 BGB en retenant d'autres critères que l'intention exclusive de nuire, tels la disproportion grossière des intérêts, les comportements contradictoires ou encore l'exercice tardif des droits⁷⁶.

2. Le droit français :

Le Code Napoléon de 1804 ne consacrait pas d'interdiction générale de l'abus de droit. En effet, lors de son entrée en vigueur, le Code civil français, dont les rédacteurs étaient attachés à une conception rationnelle et individualiste du droit, fixait simplement des droits subjectifs absolus sur le modèle du principe « *qui suo iure utitur neminem laedit* ». Une parfaite illustration de cela est le libellé de l'art. 544 CCF : « *La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'en n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». L'exercice du droit subjectif de propriété est considéré comme illimité tant qu'il ne devient pas illicite et, dans ce cas-là, c'est la théorie de l'acte illicite qui s'applique.

⁷⁰ WÄCHTER, N 33, 3, note 7, p. 169 ; UNGER, N 68, 4, p. 616.

⁷¹ PERROCHET, p. 159.

⁷² JHERING, p. 105 : « *Die äussere, objective Legalität der Handlung macht das Recurriren auf die subjective Absicht ebenso überflüssig wie unstatthaft.* ».

⁷³ §826 BGB : « *Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet* ».

⁷⁴ Dans les premiers projets de loi, cette disposition contenait une restriction importante puisqu'elle prévoyait que le dommage devait survenir « *durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt* ».

⁷⁵ §242 BGB : « *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern* ».

⁷⁶ AMOOS PIGUET, p. 12 et les arrêts cités.

Toutefois, tout comme en droit allemand et, dans une moindre mesure, en droit romain, la pratique va rapidement ressentir la nécessité de tempérer cette conception trop absolue des droits subjectifs afin d'empêcher que leur exercice ne conduise à des résultats répréhensibles par la morale sociale. Ainsi, la jurisprudence française va choisir de développer sa théorie de l'abus de droit autour de l'art. 1382 CCF⁷⁷, soit la norme sanctionnant l'acte illicite⁷⁸. Cette disposition prévoit que : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». En droit français, contrairement au droit suisse, les conditions de faute et d'illicéité ne sont pas distinctes : la faute englobe l'illicéité. Relativement à l'abus de droit, la jurisprudence va alors apprécier l'acte abusif comme constitutif d'une faute en considérant que l'exercice immoral et antisocial du droit enfreint l'ordre juridique dans son ensemble. Par conséquent, celui qui abuse de son droit en contrevenant à la destination économique et sociale de celui-ci, commet en réalité un acte illicite, soit un acte contraire au droit.

La théorie de l'abus de droit est donc en France une création jurisprudentielle dont le fondement est délictuel. Cette théorie fait partie de celle plus générale relative à l'acte illicite. C'est ainsi que, petit à petit, va se développer en France l'idée que l'exercice des droits subjectifs peut, dans certains cas, être générateur de responsabilité pour le titulaire du droit en question.

En ce qui concerne la doctrine, les premiers commentateurs du Code civil français ne se sont pas intéressés à la problématique de l'abus des droits⁷⁹. Les auteurs ne se sont emparés de cette question qu'à partir du milieu du XIX^{ème} siècle, après que la jurisprudence eut pris les devants. Toutefois, les auteurs sont largement divisés sur l'admissibilité même du principe d'abus de droit. Du côté des opposants, nous pouvons, entre autres, citer le Professeur Marcel PLANIOL, l'un des plus farouches adversaires de la théorie de l'abus de droit⁸⁰. Ce dernier considère que le titulaire d'un droit ne peut commettre un acte illicite (soit un acte accompli sans droit) dans l'usage de ce droit puisque justement, il en a un ; lorsque l'on dispose d'un droit de faire, on ne peut pas être en faute lorsqu'on en fait usage. Pour PLANIOL, mais également d'autres auteurs, tel le Professeur belge de droit civil français François LAURENT, comme les droits que la loi accorde aux hommes n'ont pas pour finalité de satisfaire les mauvaises passions, si l'exercice du droit est incompatible avec le but pour lequel il a été accordé, ce n'est plus un abus de droit, mais un agissement sans droit, un dépassement de son droit. En effet, « *abuser d'un droit, ce n'est pas en user* »⁸¹. Dans ce contexte, il y a acte illicite puisqu'on agit hors des limites de son droit. De plus, les opposants à toute théorie de l'abus de droit vont dénoncer le fait que cette détermination de la finalité des droits subjectifs en revienne à l'appréciation personnelle des juges. Ils craignent que le juge se transforme en véritable inquisiteur des intentions et qu'il glisse du terrain juridique sur le terrain philosophique, voire politique, menaçant ainsi la sécurité du droit⁸². Par ailleurs, et plus fondamentalement, PLANIOL va jusqu'à critiquer l'expression même d'abus de droit qu'il qualifie de logomachie : s'il y a droit, il ne peut y avoir abus et s'il y a abus, alors il n'y a pas droit. La notion d'abus de droit est donc sémantiquement contradictoire, c'est un oxymore. C'est ce que sa célèbre formule « *où l'abus commence, cesse*

⁷⁷ Suite à la modification de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, il s'agit désormais de l'art. 1240 CCF.

⁷⁸ L'un des premiers arrêts en la matière et qui rompt avec l'approche classique absolutiste, est l'arrêt du Tribunal de Colmar du 2 mai 1855. Un propriétaire avait érigé sur son toit une fausse cheminée dans le but unique de nuire à son voisin en le privant de lumière et de vue. Le tribunal a considéré qu'il avait excédé les limites de son droit de propriété et l'a donc condamné sur la base de l'art. 1382 CCF.

⁷⁹ PERROCHET, p. 109.

⁸⁰ PLANIOL, N 870 ss, p. 264 ss. Voir également DOBROVICI Constantin, *De l'abus de droit*, Thèse, Paris 1909.

⁸¹ LAURENT, p. 428.

⁸² PERROCHET, p. 111.

le droit » exprime parfaitement⁸³. Ainsi, PLANIOL combat fermement toute théorie de l'abus de droit et s'en tient rigoureusement à l'adage de GAIÛS « *nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur* ».

Les partisans de la théorie de l'abus de droit en France estiment, quant à eux, inadmissible qu'un acte commis dans la seule intention de nuire ne soit pas réprimé, uniquement parce qu'il s'agit de l'exercice d'un droit. Certains, tels BOSC ou RIPERT⁸⁴, considèrent, comme la jurisprudence, que l'abus d'un droit constitue une faute et, partant, que la responsabilité pour les actes illicites est engagée. Dans le même esprit, SOURDAT, en paraphrasant l'art. 1382 CCF, écrit : « *Nous croyons que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer, quand il n'a pas sa source dans l'exercice d'un droit reconnu par la loi, ou quand il résulte d'un mode particulier d'exercer son droit qui n'a pas d'utilité pour son auteur, ou qui aurait pu être évité* »⁸⁵. D'autres auteurs, tels SALEILLES ou JOSSERAND⁸⁶, considèrent, en revanche, qu'il convient de distinguer l'acte abusif et l'acte illicite : l'acte abusif n'engage la responsabilité de son auteur que pour autant qu'il cause un préjudice à autrui, tandis que l'acte illicite l'engage dans tous les cas. En soutenant ainsi que l'exercice abusif des droits ne constitue pas un acte illicite, ces auteurs excluent l'application de l'art. 1382 CCF et donc échappent au reproche d'illogisme formulé par PLANIOL. En ce qui concerne le critérium qualifiant l'exercice d'abusif, JOSSERAND et RIPERT considèrent que le détournement du droit de sa destination économique et sociale constitue le critère objectif permettant de déterminer s'il y a abus ou non. En effet, JOSSERAND définit l'acte abusif comme « *l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité* »⁸⁷. Toutefois, SALEILLES juge ce critère trop large et, selon lui, seule l'intention de nuire est décisive⁸⁸. Certains auteurs préconisent même de ne retenir que le mobile exclusif de nuire, soit lorsque l'auteur de l'acte ne peut faire valoir aucun autre intérêt légitime. Cela est toutefois difficilement appréciable pour le juge, ainsi que nous l'avons vu avec la doctrine allemande.

Une théorie intéressante relative à l'abus de droit que l'on trouve dans la doctrine française du début du XX^{ème} siècle est celle du Professeur de droit civil Marc DESSERTAUX. Contrairement aux autres auteurs français, DESSERTAUX ne se contente pas de classer l'abus de droit dans la catégorie « acte licite » ou dans la catégorie « acte illicite », mais crée une véritable place pour l'abus de droit entre les deux. Ainsi, il définit l'acte licite comme « *l'acte accompli dans l'exercice d'un droit qui ne lèse pas d'autre droit* »⁸⁹. L'acte illicite comme « *celui qui n'est pas accompli dans l'exercice d'un droit mais qui en lèse un* »⁹⁰. Et l'acte abusif comme « *celui accompli dans l'exercice d'un droit et qui lèse un droit* »⁹¹. Deux avantages découlent de cette théorie. Le premier est qu'ici, l'abus de droit a une place qui lui est propre et n'est plus examiné binairesment, sous l'angle délictuel ou sous l'angle d'une absence de droit. Le second est que

⁸³ PLANIOL, N 871, p. 265.

⁸⁴ BOSC Jean, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, Thèse, Montpellier 1900 – 1901 ; RIPERT Georges, *De l'exercice du droit de propriété : dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Paris 1902.

⁸⁵ SOURDAT, N 440, p. 481.

⁸⁶ SALEILLES, N 310, note 1, p. 373 ; SALEILLES Raymond-Sébastien-Félix, *Les accidents de travail et la responsabilité civile : essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Paris 1897, p. 66 ss ; JOSSERAND, *L'abus*, p. 76 et 81. Pour une analyse critique des vues de JOSSERAND et SALEILLES, voir COROI, p. 73 ss et PERROCHET, p. 113 ss.

⁸⁷ JOSSERAND, *L'esprit*, N 292, p. 395.

⁸⁸ PERROCHET, p. 126-127.

⁸⁹ DESSERTAUX, p. 124.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

cette théorie définit un nouveau critérium à l'abus de droit : la lésion du droit d'autrui dans l'exercice de son propre droit⁹². C'est un critère objectif, qui se distingue de celui de l'intention malveillante et qui est donc plus à même de garantir la sécurité du droit⁹³.

Concernant l'évolution des réflexions sur la théorie de l'abus de droit en France, nous pouvons encore signaler qu'en 1905, la Commission de révision du Code civil français a examiné l'opportunité d'introduire dans le titre préliminaire du Code une disposition générale relative à l'abus de droit. Elle chargea SALEILLES de rédiger un rapport sur la question, lequel proposa d'ajouter un second alinéa à l'art. 6 qui disposerait : « *Un acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licite d'un droit* ». Cela n'aboutit toutefois pas, la majorité de la Commission estimant que cette question devait être traitée sous l'angle délictuel, c'est-à-dire par l'art. 1382 CCF⁹⁴. Aujourd'hui encore, l'abus de droit reste en France une notion jurisprudentielle dont le fondement est délictuel.

Pour conclure et en guise de résumé, nous pouvons retenir ici une citation du juriste français François GENY qui synthétise avec clarté la situation juridique en France à la fin du XIX^{ème} siècle et ainsi qu'elle se poursuivra les décennies suivantes : « *Notre conscience juridique moderne répugne, de plus en plus, à admettre que l'exercice des droits puisse être illimité. Cette tendance s'est traduite notamment dans une jurisprudence, aujourd'hui 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 de droit* »⁹⁵.

3. Le droit suisse :

a. La situation juridique avant l'unification du droit civil :

A l'exception du Code civil grison de 1862⁹⁶ et du *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zurich* dans sa version de 1887⁹⁷, les anciens Codes civils cantonaux ne contenaient pas de disposition légale réprimant expressément l'abus de droit ou la chicane. Cela ne signifie néanmoins pas que l'abus des droits était toléré. En effet, la pratique judiciaire a amené les tribunaux cantonaux à interdire un tel usage des droits subjectifs. Dans les cantons romands, influencés par la doctrine et la jurisprudence française, l'abus de droit était réprimé sur la base de la responsabilité pour actes illicites, alors que les cantons alémaniques, influencés eux par la tradition germanique, appliquaient le principe du *Schikanverbot*⁹⁸.

⁹² DESSERTAUX, p. 126.

⁹³ DESSERTAUX, p. 133.

⁹⁴ PERROCHET, p. 106-107.

⁹⁵ GENY, p. 171.

⁹⁶ §229 : « *Die Nachbarschaft von Liegenschaften und die Beziehungen, in welche sie dadurch zu einander treten, begründen für ihre Eigenthümer die Verpflichtung, von dem Eigenthumsrechte an denselben, durch Handlungen oder Unterlassungen, keinen solchen Gebrauch zu machen, dass der Nachbar dadurch an der Benutzung seines Eigentums erweisbar erheblich verfügt oder geschädigt würde* ».

⁹⁷ §189 : « *Eine an und für sich erlaubte Benutzung des Bodens oder Hauses dagegen, welche bloss auf die Augen, Ohren oder die Nase des Nachbars unangenehm einwirkt, berechtigt noch nicht zu Einsprache. Nur wenn dieselbe im Übermaass oder lediglich um den Nachbar zu ärgern geübt wird, kann dieser auch gegen eine solche übermässige oder böswillige Benutzung die polizeiliche und nötigenfalls die gerichtliche Hilfe anrufen* ».

⁹⁸ Pour un aperçu historique des différents droits civils cantonaux sur la sanction de l'abus de droit, voir TRÜEB, p. 56 ss.

b. L'unification du droit civil :

i. Le Code fédéral des obligations de 1881 :

Le Code fédéral des obligations de 1881 ne contenait pas de clause générale relative à l'abus de droit. C'est la jurisprudence du Tribunal fédéral qui va, à la toute fin du XIX^{ème} siècle, se trouver confrontée à la nécessité de reconnaître l'existence de limites à l'exercice des droits subjectifs :

« 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 antisocial. 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 »⁹⁹.

Le Tribunal fédéral fonde cette jurisprudence sur les écrits des auteurs germaniques REGELSBERGER, WINDSCHEID, DERNBURG et GIERKE. Il suit ici la conception classique de l'interdiction de la chicane, à savoir que le mobile exclusif de nuire doit être le moteur de l'acte abusif. Ainsi, cette jurisprudence, confirmée par la suite¹⁰⁰, reconnaît l'interdiction de la chicane comme un principe du droit civil¹⁰¹, ce, avant même le début des travaux préparatoires de notre Code civil. Elle reconnaît également que l'exercice purement malicieux d'un droit porte atteinte à l'ordre social. Sur ce point, elle s'inscrit dans la droite ligne des décisions précédemment rendues par les tribunaux allemands, français ou cantonaux suisses, qui tous ont été confrontés, à un moment donné, à la question de l'exercice abusif des droits subjectifs et qui ont tous dû prendre en compte l'aspect social du droit afin de juger dans le sens de l'équité. Par ailleurs, cette jurisprudence du TF aura le mérite de préparer les esprits à l'institution de l'abus de droit qui sera, peu de temps après, discutée au Parlement fédéral¹⁰².

Pareillement au droit français, le TF considérera, à la suite de cette décision, les abus de droit comme constitutifs d'actes illicites et les sanctionnera sur la base de l'art. 50 CFO¹⁰³, disposition qui correspond à notre actuel art. 41 CO. Nous pouvons ainsi dire que sous l'empire du CFO, la jurisprudence fédérale faisait, en quelque sorte, fusionner l'institution germanique de l'interdiction de la chicane avec la sanction délictuelle du droit français. Toutefois, à la différence du droit français, le TF exigera qu'il y ait lésion d'un droit, et non pas simplement lésion d'un intérêt, pour qu'il y ait faute et donc que la responsabilité délictuelle soit engagée¹⁰⁴.

Une nuance s'impose cependant. Sous l'empire du CFO, l'abus de droit relevant de la loi cantonale ne pouvait être sanctionné sur la base de l'art. 50 CFO, c'est-à-dire d'une disposition de droit fédéral¹⁰⁵. En effet, avant l'entrée en vigueur du Code civil en 1912, le droit civil était

⁹⁹ ATF 25 II 792, c. 6.

¹⁰⁰ ATF 30 II 282.

¹⁰¹ HUWILER, note 57, p. 42.

¹⁰² AUGSBURGER-BUCHELI, p. 33.

¹⁰³ Art. 50 CFO : « *Quiconque cause sans droit un dommage à autrui, soit à dessein, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer* ». Voir, par exemple, l'arrêt ATF 32 II 360, c.2.

¹⁰⁴ CORDEY, p. 100.

¹⁰⁵ ATF 44 II 444.

réglé principalement par la législation cantonale¹⁰⁶. Ainsi, le TF ne pouvait sanctionner sur la base du droit fédéral un comportement relevant juridiquement du droit cantonal. Une violation de l'art. 50 CFO ne pouvait être invoquée que si le rapport juridique en cause pouvait lui-même être jugé selon le droit fédéral, ce qui excluait bon nombre d'hypothèses d'application étant donné qu'une grande partie du droit civil relevait encore de la matière cantonale.

La doctrine helvétique, tout comme la doctrine allemande et française, sera partagée sur la question de l'admissibilité de la théorie de l'abus de droit. Si certains auteurs s'en tiendront au précepte de GAIUS selon lequel l'exercice d'un droit, peu importe l'intérêt poursuivi, n'engage jamais la responsabilité de son titulaire¹⁰⁷, d'autres, en revanche, estimeront que l'exercice d'un droit qui a pour seul et unique but la chicane doit être jugé illicite¹⁰⁸.

ii. Les travaux préparatoires du Code civil suisse :

En 1898, la Confédération obtient constitutionnellement la compétence de légiférer pour tout le droit privé (art. 64 al. 2 aCst.). Les travaux pour l'élaboration d'un Code civil unifié avaient toutefois commencé bien avant, notamment par une étude comparative¹⁰⁹ des différentes législations civiles cantonales, commandée par le Conseil fédéral et menée par Eugen HUBER¹¹⁰. En 1900, le Département fédéral de justice et police (DFJP) publie un avant-projet de Code civil, lequel fut largement rédigé par Eugen HUBER. Dans la foulée, ce dernier publie en 1901 et 1902, également sur mandat du Conseil fédéral, son « *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de justice et police* » en trois volumes¹¹¹.

Pour notre Code, Eugen HUBER a renoncé à rédiger une partie générale sur le modèle allemand et a préféré un bref titre préliminaire sur le modèle du Code Napoléon¹¹². Il précisera toutefois que « *ce n'est cependant pas point que des principes généraux ne doivent pas trouver place dans la loi ; et nous considérons même les principes généraux comme les assises de notre œuvre* »¹¹³. Malgré cela, le titre préliminaire de l'avant-projet de 1900 ne contient aucun article consacrant le principe de la bonne foi¹¹⁴ et l'interdiction de l'abus de droit. Seul l'art. 644 al. 2 de l'avant-projet prévoit l'interdiction de la chicane, sur le modèle des Codes civils argovien et zurichois, mais seulement dans l'exercice du droit de propriété¹¹⁵. En effet, selon HUBER, le

¹⁰⁶ Avant l'octroi de la compétence de légiférer pour tout le droit civil à la Confédération en 1898, celle-ci avait déjà eu l'occasion de légiférer en matière civile. En effet, en 1874, les articles 53, 54 et 64 aCst. octroyaient à la Confédération la compétence de légiférer en matière de capacité civile, de poursuite pour dettes et faillite, de droit des obligations, de droit commercial et droit de change.

¹⁰⁷ SCHEIDER/FICK, note 2 ad art. 50 aCO, p. 115.

¹⁰⁸ LIECHTI, p. 119–120.

¹⁰⁹ HUBER Eugen, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, Band 1-4, C. Detloff's Buchhandlung, Bâle 1886-1893.

¹¹⁰ Eugen HUBER (1849 – 1923) est un célèbre juriste suisse considéré comme le père du Code civil. Après avoir étudié le droit à Zurich, Genève et Berlin il obtient son doctorat en droit en 1872. En 1881, il est nommé Professeur de droit public fédéral, droit civil et d'histoire du droit suisse à Bâle. Dès 1886, il publie « *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts* » (1886-1893). En 1892, après avoir obtenu une chaire de Professeur de droit privé suisse, de philosophie et d'histoire du droit à Berne, le Conseil fédéral le charge d'unifier le droit privé Suisse.

¹¹¹ Sur la genèse historique et législative de l'art. 2 CC, voir TRÜEB, p. 70 ss.

¹¹² BO CN 1906, p. 1036 (HUBER). Sur le titre préliminaire du Code civil, voir DESCHENAUX, p. 2 ss et l'édition plus récente de STEINAUER, N 1 ss, p. 1 ss.

¹¹³ HUBER, *Exposé des motifs*, I, p. 21.

¹¹⁴ HUBER cite pourtant expressément la bonne foi comme principe général devant présider à l'interprétation de la loi dans son « *Exposé des motifs* » (I, p. 21 et 23-24), soit avant que ce principe ne figure dans le titre préliminaire.

¹¹⁵ Art. 644 al. 1 et 2 AP CC de 1900 :

principe en vertu duquel nul ne doit exercer son droit dans le seul but de nuire à autrui « *est certainement applicable dans la matière des obligations. Mais il n'a d'importance pratique, en somme, que pour la propriété foncière, pour les droits que le propriétaire peut opposer à toute tierce personne* »¹¹⁶.

La sanction de l'abus de droit sera introduite par la Commission de rédaction lors des séances des 26 et 27 janvier 1904. Cette Commission était composée du conseiller fédéral Ernst BRENNER¹¹⁷ ainsi que de Eugen HUBER, Virgile ROSSEL¹¹⁸, Emil ISLER¹¹⁹ et Alexandre REICHEL¹²⁰. Malheureusement, le procès-verbal de ces séances est très sommaire et, dès lors, nous ne savons rien des motifs ayant présidé à l'introduction d'une telle disposition dans notre Code, ainsi que des éventuels débats et controverses qui ont pu avoir lieu¹²¹. Le projet de Code civil du Conseil fédéral de 1904 contient donc un article 3, qui deviendra par la suite notre article 2¹²², rédigé comme suit :

¹ *On est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.*

² *Celui qui abuse évidemment de son droit ne jouit d'aucune protection légale.*

Cette disposition constitue donc une clause générale¹²³ consacrant les deux principes généraux de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit. Par la même occasion, l'interdiction de la chicane, initialement prévue à l'art. 644 al. 2 AP CC 1900, est supprimée. Dans son message accompagnant le projet de Code civil¹²⁴, le Conseil fédéral motive ainsi cette nouvelle disposition : « *L'article 3 vise l'abus que les personnes pourraient faire de leurs droits ; le projet de 1900 en disposait déjà de même (art. 644), mais en limitant au droit de propriété la défense de l'exercer abusivement. Des considérations pratiques militent en faveur de notre formule, toute générale. Nous avons créé là une sorte de recours extraordinaire, qui doit assurer le respect de la justice au profit de ceux qui souffriraient de l'abus évident qu'un tiers ferait de son droit, lorsque les moyens ordinaires ne suffisent pas à les protéger* »¹²⁵. Ces explications nous paraissent étonnamment brèves relativement à la portée d'une norme aussi

¹ *Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement dans les limites de la loi.*

² *Il peut en user de la manière la plus absolue, pourvu qu'il ne le fasse pas dans le but évident de nuire à autrui.*

¹¹⁶ HUBER, *Exposé des motifs*, I, p. 9.

¹¹⁷ Ernst BRENNER (1856-1911) fut avocat à Bâle, député au Grand Conseil de Bâle-Ville, conseiller national puis conseiller fédéral de 1897 à 1911. Il fut principalement chef du DFJP.

¹¹⁸ Virgile ROSSEL (1858-1933) fut avocat, romancier, poète, Professeur de droit à l'Université de Berne, conseiller national puis juge au Tribunal fédéral de 1912 à 1932. Lors de l'élaboration du Code civil, il fut rapporteur de langue française au Conseil national et prit une part prépondérante dans la traduction en langue française du Code civil.

¹¹⁹ Emil ISLER (1851-1936) fut avocat, député au Grand Conseil argovien, conseiller national de 1884 à 1890 et député au Conseil des États de 1890 à 1932.

¹²⁰ Alexandre REICHEL (1853-1921) fut avocat, député au Grand Conseil bernois, Professeur de droit à l'Université de Berne et juge fédéral de 1905 à 1920. Lors de l'élaboration du Code civil il fut également chef du service de législation du DFJP.

¹²¹ AUGSBURGER-BUCHELI, p. 29.

¹²² Pour la suite de ce travail et dans un souci de clarté, nous écrivons de manière homogène « art. 2 CC », quand bien même, dans le contexte historique, il s'agissait encore de l'art. 3.

¹²³ DESCHENAUX, p. 140 ; STEINAUER, N 493, p. 177 ; TERCIER, p. 452 ; HONSELL, N 10 *ad* art. 2 CC, p. 34.

¹²⁴ FF 1904 IV 1 ss. Ce message a été rédigé par Eugen HUBER lui-même.

¹²⁵ FF 1904 IV 14. Texte allemand : « *In Art. 3 wird ein Chikaneverbot aufgestellt, das schon im Entwurf von 1900 enthalten war, dort aber speziell mit Hinsicht auf den Mißbrauch des Eigentumsrechtes (Art. 644), während die vorliegende Regel allgemein gefaßt ist. Die Bedürfnisse der Praxis sind geeignet, der allgemeineren Fassung das Wort zu sprechen. Die Bestimmung soll für die Fälle als eine Art von Notausgang dienen, wo durch die Betätigung eines behaupteten Rechtes offenes Unrecht geschaffen und dem wirklichen Recht jeder Weg zur Anerkennung verschlossen würde* ».

fondamentale, ce d'autant plus que le législateur suisse va ici plus loin que le législateur allemand puisqu'il sanctionne tout abus manifeste d'un droit et non pas la seule intention de nuire¹²⁶. De plus, nous relevons que le Conseil fédéral n'explique pas quelles seraient ces « considérations pratiques » qui militeraient en faveur de l'interdiction générale de l'abus de droit, alors qu'on pouvait lire quelques années auparavant dans l'« *Exposé des motifs* »¹²⁷ que l'interdiction de la chicane n'avait d'« importance pratique » que pour la propriété foncière et les droits que le propriétaire peut opposer à toute tierce personne¹²⁸. Dès lors, nous nous interrogeons : qu'est-ce qui, dans la pratique, aurait changé et qui justifierait que l'interdiction de la chicane en matière foncière devienne un principe général de l'ordre juridique devant trouver sa place dans le titre préliminaire de la loi ?

Après la publication du projet du Conseil fédéral, de nombreux juristes critiqueront l'art. 2 et notamment son second alinéa¹²⁹. Cependant, malgré ces critiques de la doctrine, le Parlement acceptera finalement le projet de Code civil le 10 décembre 1907 et celui-ci entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1912¹³⁰.

iii. La réception critique du projet du Conseil fédéral :

Tout comme en France et en Allemagne, une partie de la doctrine suisse¹³¹ va émettre des réserves, voire manifester une certaine hostilité à l'encontre du projet d'introduction de la théorie de l'abus de droit dans le droit positif¹³².

Dans un article intitulé « *La notion de l'abus de droit : à propos de l'art. 3 du Projet de Code civil suisse* »¹³³, l'avocat Eugène CORDEY va, à titre préliminaire, mentionner le conflit potentiel pouvant exister entre cet art. 2 du futur Code civil et l'art. 50 CFO en relevant que l'art. 2 CC ne nécessite pas la lésion d'un droit, comme c'est le cas pour l'art. 50 CFO, mais que la seule lésion d'un intérêt suffit. Ainsi, un même acte peut être déclaré à la fois licite et illicite selon qu'on l'examine sous l'angle d'une disposition ou de l'autre¹³⁴. Ensuite, bien que d'accord sur le principe consacré par l'art. 2 CC¹³⁵, CORDEY émet deux critiques : l'une de forme et l'autre de fond. Sur la forme, il considère que la formule de l'art. 2 CC du projet du Conseil fédéral « *tend à répandre cette idée, fautive et anti-juridique, que le droit serait susceptible d'abus, ce qui est contraire à son essence même* »¹³⁶. En effet, il conçoit le droit subjectif comme toujours absolu en se rattachant au précepte de GAIUS selon lequel l'exercice d'un droit subjectif n'est jamais nuisible, quel que soit l'intérêt poursuivi par son titulaire¹³⁷. CORDEY questionne alors :

¹²⁶ BO CN 1906, p. 1039 (ROSSEL). Voir également ROSSEL/MENTHA, N 55, p. 64.

¹²⁷ HUBER, *Exposé des motifs*, I, p. 9.

¹²⁸ Cet « *Exposé des motifs* » et le message du Conseil fédéral ont donc tous deux été rédigés de la main de la même personne : Eugen HUBER.

¹²⁹ Cf. ci-dessous : partie II.C.3.b.iii.

¹³⁰ La lettre de l'article sera encore légèrement modifiée pour devenir celle que l'on connaît aujourd'hui.

¹³¹ Outre les deux auteurs dont nous développons ici les vues, voir également HEUBERGER, p. 136 ; HUBER A., *Zur Kodifikation des Rechtsmissbrauchs*, In : Schweizerische Juristen Zeitung, 1905-1906, p. 279.

¹³² Nous faisons le choix de n'exposer ici que les critiques hostiles à l'introduction de cette disposition dans la loi. D'autres auteurs s'en accommoderont parfaitement, estimant que cette règle n'apporte rien de bien nouveau qui ne fut connu antérieurement, soit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, soit dans les droits cantonaux ou encore dans la doctrine de droit commun. En ce sens voir notamment CURTI-FORRER, I, p. 4.

¹³³ Relativement à cette prise de position de CORDEY, voir TRÜEB, p. 73-73.

¹³⁴ CORDEY, p. 100.

¹³⁵ CORDEY, p. 103 : « *Tant donc que nous restons sur le terrain de la discussion du principe lui-même, nous faisons chorus avec les auteurs du Projet* ».

¹³⁶ CORDEY, p. 103.

¹³⁷ CORDEY, p. 105.

« *Quelle confiance va-t-on donner au peuple dans ce caractère intangible et sacré du droit, si à la première page du Code, on le met en garde contre l'abus qu'il en pourrait faire ou qu'on en pourrait faire à son égard ?* »¹³⁸. Enfin, sur le fond, CORDEY craint que la disposition ne soit guère applicable et appliquée, comme c'est le cas en droit allemand, vu son caractère éminemment subjectif et les difficultés de preuve que cela engendre.

Alfred MARTIN¹³⁹, Professeur à l'Université de Genève, sera également très critique à l'égard du projet du Conseil fédéral. Se déclarant rigoureusement attaché au principe traditionnel « *qui suo iure utitur neminem laedit* »¹⁴⁰, il est farouchement opposé à la théorie de l'abus de droit qu'il considère comme illogique et dangereuse pour la sécurité du droit. Illogique sur la forme d'abord, car, tout comme PLANIOL, il ne conçoit pas que l'exercice d'un droit puisse être abusif puisqu'il s'agit justement de l'exercice d'un droit, soit d'une prérogative reconnue par l'ordre juridique.¹⁴¹ D'après lui, le droit objectif ne peut tout à la fois reconnaître l'existence d'un droit subjectif et en limiter l'exercice : ce ne serait non seulement plus un droit, mais également une contradiction. Ainsi, pour MARTIN, le propriétaire qui, en élevant une construction sur son terrain, nuit à son voisin, car il lui enlève vue et lumière ne peut voir sa responsabilité engagée, son acte étant parfaitement licite : « *il ne serait pas propriétaire, s'il ne pouvait pas exercer ce droit qui est un des attributs du droit de propriété* »¹⁴². Dangereuse pour la sécurité du droit ensuite, puisque la théorie de l'abus de droit fait, selon lui, place à une « subjectivité extrême » qui se focalise sur l'intention de celui qui agit en faisant abstraction du fait qu'il s'agisse de l'exercice d'un droit¹⁴³. Quant au projet du Conseil fédéral, MARTIN critique le fait qu'aucun éclaircissement ne soit donné relativement à la question de savoir à partir de quand il y a abus et, qu'ainsi, il en revienne à la discrétion du juge de déterminer si l'usage qui est fait du droit est admissible ou non¹⁴⁴. Par conséquent, le seul fait d'être titulaire d'un droit n'est plus décisif, encore faut-il que l'usage de ce droit apparaisse comme licite à la prudence du juge. « *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 !* »¹⁴⁵. Enfin, MARTIN estime que les règles générales de la responsabilité civile suffisent pour traiter des cas où il y a dépassement du droit et pour tenir compte de l'équité et de la morale.

En conclusion, comme nous l'avons vu pour les ordres juridiques allemands et français, les critiques émises par la doctrine suisse relativement à la théorie de l'abus de droit visent avant tout l'insécurité juridique, le risque d'arbitraire du juge et les difficultés liées à la preuve.

iv. Le caractère manifeste de l'abus de droit :

Jusque-là, l'*aemulatio*, puis l'interdiction de la chicane étaient des notions essentiellement subjectives, notamment en droit allemand où il s'agit de prouver une intention vexatoire et l'absence de tout autre motif que celui de nuire. Toutefois, comme nous l'avons vu, de nombreux auteurs, qu'ils soient allemands, français ou suisses, ont mis en garde contre cet aspect, craignant non seulement l'arbitraire du juge, mais également pour la sécurité du droit

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Relativement à cette prise de position du Professeur MARTIN, voir TRÜEB, p. 74 ss.

¹⁴⁰ MARTIN, p. 60.

¹⁴¹ MARTIN, p. 32-33.

¹⁴² MARTIN, p. 40.

¹⁴³ MARTIN, p. 45-46.

¹⁴⁴ MARTIN, p. 55.

¹⁴⁵ *Ibid.*

puisque le juge serait alors obligé de sonder les psychologies des justiciables¹⁴⁶. Ainsi, la Commission de rédaction du Code civil suisse décida de restreindre la portée de l'abus de droit en y adjoignant le qualificatif « manifeste »¹⁴⁷. En effet, cela permettait de balayer les critiques relatives au caractère subjectif de l'abus de droit en y apportant un élément d'appréciation objectif¹⁴⁸. L'abus de droit n'est alors sanctionnable que si, à la lumière de toutes les circonstances du cas et du point de vue d'une personne raisonnable et honnête, il méconnaît de manière évidente le but de la norme invoquée. Virgile ROSSEL, qui, nous le rappelons, fut membre de la Commission de rédaction et présent lors des séances des 26 et 27 janvier 1904 durant lesquelles cette disposition fut introduite, soulignera quelques années plus tard dans son « *Manuel du droit civil suisse* » que ce n'est pas l'élément subjectif, soit l'intention d'abuser, qui est déterminant, mais l'élément objectif, soit l'exercice du droit contrairement aux règles de la bonne foi¹⁴⁹. D'après lui, « *il suffit, que l'abus soit manifeste, et manifeste non pas en regard de son auteur, mais de toute personne impartiale et raisonnable, pour que la loi le condamne ; il importe peu que l'intention de nuire soit exclusive, simplement prépondérante, ou même absente comme dans le cas de frivole négligence ou d'inconscience grossière, pourvu qu'elle saute aux yeux, qu'elle soit de toute évidence* »¹⁵⁰. Les premiers commentateurs du Code civil suisse relèveront ainsi le caractère objectif de l'interdiction de l'abus de droit. Par exemple, le Professeur Max GMÜR, pour qui « *[d]as Erfordernis des « *offenbaren* » Rechtsmissbrauchs enthält das Gebot der objektiven Messung, ob ein rechtsschutzwürdiges Interesse vorhanden sei* ». En effet, « *[e]s kommt dabei nicht auf das subjektive Moment, den Zweck (Schikaneabsicht) des Berechtigten an, sondern auf ein objektives Moment, nämlich Wesen und Zweck des objektiven (und des daraus abgeleiteten subjektiven) Rechts* »¹⁵¹.

En consacrant une telle conception objective de l'abus de droit dans la loi, le législateur s'éloigne clairement de l'ancien concept d'*aemulatio*, inconcevable sans l'élément subjectif¹⁵². Il exprime également la volonté que l'abus de droit reste un moyen subsidiaire qui ne doit être admis que restrictivement : il n'est pas question de recourir à l'abus de droit lorsque des attentes sont simplement déçues. Cela est notamment perceptible avec les formules « recours extraordinaire » et « lorsque les moyens ordinaires ne suffisent » qu'utilise le Conseil fédéral dans son message au sujet de l'art. 2 al. 2 CC¹⁵³.

Ce caractère objectif de l'abus de droit ainsi voulu par le législateur sera, par ailleurs, appuyé par la doctrine et la jurisprudence qui vont s'atteler à développer une typologie des comportements potentiellement abusifs¹⁵⁴. Cela apportera non seulement des repères au juge

¹⁴⁶ Voir notamment MARTIN, p. 33-34.

¹⁴⁷ Selon HUWILER, p. 42 et MERZ, N 16 *ad* art. 2 CC, p. 229, HUBER aurait proposé à la Commission de rédaction d'introduire dans la loi l'interdiction générale de l'abus de droit sans cet adjectif. Celui-ci aurait toutefois été rajouté par les autres membres de la Commission, probablement après que ceux-ci aient émis les mêmes critiques que celles soulevées par la doctrine de l'époque.

¹⁴⁸ HUWILER, p. 46.

¹⁴⁹ ROSSEL/MENTHA, N 55, p. 65-66.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ GMÜR, N 14 et 14a *ad* art. 2 CC, p. 56. Voir également EGGER, N 24 *ad* art. 2 CC, p. 73 pour qui la limite à l'exercice des droits « *ist notwendigerweise eine objektive* » ou encore CURTI-FORRER, 4, p. 5.

¹⁵² ROTONDI, p. 135.

¹⁵³ FF 1904 IV 14. À cet égard, voir également ROSSEL/MENTHA, N 55, p. 64.

¹⁵⁴ Il s'agit des cas suivants : l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement, l'attitude contradictoire (*venire contra factum proprium*) avec les sous-catégories de la déchéance pour mise en œuvre tardive d'un droit et de l'invocation abusive d'un vice de forme (*unzulässige Berufung auf Formungültigkeit*). C'est à MERZ que nous devons cette première catégorisation. Celle-ci sera ensuite reprise par DESCHENAUX puis par le reste de la doctrine et la jurisprudence. Voir à cet égard MERZ, N

appelé à déterminer s'il y a abus ou non mais renforcera également la sécurité et la prévisibilité du droit pour les justiciables. De plus, et conformément à la volonté du législateur qui souhaitait que le moyen de l'abus de droit reste « *ein Notausgang* »¹⁵⁵, le Tribunal fédéral adoptera une jurisprudence très restrictive en matière d'abus de droit¹⁵⁶.

En conclusion, tous ces éléments permettront, en partie, de rassurer et d'apaiser les craintes de la doctrine relatives à la sécurité du droit et aux abus potentiels des juges.

D. Conclusion :

Au travers de l'historique de la théorie de l'abus de droit que nous venons d'étudier, nous nous sommes demandé si l'exercice des droits privés subjectifs pouvait, dans certaines hypothèses, être limité. Nous avons vu qu'effectivement, à toutes les époques, les différents systèmes juridiques ont, à un moment donné, été confrontés à la nécessité de poser des limites à l'exercice des droits subjectifs et de corriger la rigidité des règles de droit¹⁵⁷. Au IV^{ème} siècle av. J.-C. déjà, ARISTOTE voyait en l'équité un correctif de la justice légale. En droit romain, dans un premier temps, le préteur, dans un souci d'équité, a introduit l'*exceptio doli* comme moyen de défense face à une demande abusive *a priori* fondée. Dans un deuxième temps, c'est l'adage « *malitiis non est indulgendum* » qui est venu tempérer la maxime classique et absolutiste « *qui suo iure utitur neminem laedit* ». Au Moyen Âge, au travers de la doctrine de l'*aemulatio*, s'est développé l'idée que l'exercice chicanier des droits doit être prohibé. Le droit allemand reprendra ce principe dans sa législation sous la forme d'une règle générale. Le droit français, quant à lui, imprégné des idéaux individualistes de la Révolution ne consacra dans sa législation que des droits conçus comme absolus. Cependant, la pratique jurisprudentielle va rapidement éprouver la nécessité de tempérer cet absolutisme des droits. Enfin, en Suisse, notre Code consacre, à l'article 2, une règle à valeur de principe général relative spécifiquement à la limitation des droits subjectifs.

Partant, nous pouvons constater qu'il est admis que l'exercice des droits privés subjectifs ne peut être absolu et que, par conséquent, des moyens juridiques doivent être trouvés afin de le limiter dans certaines hypothèses. L'abus de droit correspond donc à une réalité juridique qui doit pouvoir, le cas échéant, être sanctionné.

58 ss *ad* art. 2 CC, p. 242 ss ; DESCHENAUX, p. 168 ss ; STEINAUER, N 570 ss, p. 213 ss ; CR CC I-CHAPPUIS, art. 2, N 31 ; MEIER-HAYOZ, *Einleitungsartikel*, §6 C. I., p. 137 ss ; RIEMER, §5, N 35 ss, p. 88 ss ; HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N 93 ss, p. 136 ss ; HONSELL, N 37 ss *ad* art. 2 CC, p. 46 ss.

¹⁵⁵ FF 1904 IV 14.

¹⁵⁶ Exemples en matière civile où l'abus de droit a été nié : ATF 144 III 541 ; ATF 144 III 407, c. 4.2 ; ATF 140 III 583, c. 3.2 ; ATF 140 III 200, c. 4 ; ATF 135 III 162 c. 3.3 ; ATF 131 III 459, c. 5.3 = JdT 2005 I 588 ; ATF 128 III 305, c. 8b = JdT 2003 I 50, 57 ; ATF 121 III 60, c. 3d = JdT 1996 I 47 ; ATF 111 II 142, c. 5 = JdT 1986 I 627 ; ATF 99 II 9 = JdT 1973 I 350 ; ATF 90 II 346, c. 4 = JdT 1965 I 258.

¹⁵⁷ AMOOS PIGUET, p. 16.

III. Des fondements théoriques de l'application de l'abus de droit dans la théorie générale des droits privés subjectifs :

A. Généralités :

Dans cette partie, nous allons examiner de plus près la nature des limites aux droits privés subjectifs, et plus particulièrement les différentes manières de les concevoir, cela afin de mettre en lumière la construction technique de la sanction de l'abus de droit dans la théorie générale du droit privé subjectif.

En ce qu'il s'agit de l'objet même sur lequel les limitations s'appliquent, il nous paraît essentiel de, tout d'abord, poser les contours de la notion de « droit subjectif ». Ensuite, nous examinerons les deux courants de pensée qui théorisent l'application de ces limites sur les droits privés subjectifs et la voie que le législateur suisse a suivie. Nous émettrons ensuite quelques critiques relativement à ces théories et examinerons pourquoi il y a aujourd'hui contradiction entre la volonté du législateur historique et la doctrine dominante.

B. Le droit privé subjectif :

Il ne s'agit pas ici de présenter de manière exhaustive la théorie du droit privé subjectif, mais simplement de discuter sa définition et d'exposer quelques considérations d'ordre général relativement à la notion et à la nature même du droit privé subjectif. En effet, les controverses relatives à la justification théorique de l'abus de droit trouvent leur origine dans la manière de concevoir le contenu et les limites des droits subjectifs.

La doctrine des droits privés subjectifs est un vaste sujet qui se situe entre le droit positif et la philosophie du droit. Elle s'est particulièrement développée au cours du XIX^{ème} siècle avec l'individualisation du droit privé¹⁵⁸. Plusieurs auteurs se sont essayés à définir la notion de droit privé subjectif¹⁵⁹. Selon Gottlieb PLANCK, la nature du droit subjectif réside en ceci, qu'à l'intérieur des limites fixées par la définition du droit, la volonté de l'ayant droit doit être déterminante¹⁶⁰. Pour REGELSBERGER, il s'agit d'une puissance destinée à la satisfaction d'un intérêt reconnu légitime¹⁶¹. Alfred MARTIN, quant à lui, le décrit comme « *une force garantie à l'homme par l'ordre public, pour réaliser sa destination conformément à sa vraie nature* »¹⁶². De manière générale, les définitions se centrent soit autour de l'intérêt (*Genuss*, ou théorie de l'intérêt protégé), comme REGELSBERGER ci-dessus ou Rudolf VON JHERING pour qui c'est l'intérêt du sujet de droit qui crée le droit subjectif, soit autour de la volonté du sujet (*Verfügung* ou théorie de la volonté), ainsi la définition de PLANCK¹⁶³. Toutefois, WÄCHTER met en garde contre les définitions plaçant la volonté du sujet au centre¹⁶⁴. En effet, une personne incapable de discernement, soit incapable de manifester sa volonté, peut tout à fait être titulaire de droits subjectifs. Par exemple, une personne souffrant d'une déficience mentale importante qui crée une poterie en acquerra la propriété par spécification (726 CC). Il est également tout à fait possible d'être titulaire de droits subjectifs, mais ne pas le savoir. Ainsi, le droit subjectif existe peu importe la volonté du sujet de droit. Il convient également de rejeter les définitions plaçant

¹⁵⁸ HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N 10, p. 109.

¹⁵⁹ Sur ces questions, voir notamment IONESCU, N 38 ss, p. 77 ss.

¹⁶⁰ PLANCK, *ad* §226, p. 276.

¹⁶¹ REGELSBERGER, N 14, p. 76 : « *Das Recht ist die Macht zur Befriedigung eines anerkannten Interesses* ».

¹⁶² MARTIN, p. 30.

¹⁶³ Voir également GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, N 27, p. 251 ss.

¹⁶⁴ WÄCHTER, N 33, note 1, p. 168.

l'intérêt du titulaire au centre puisqu'il est tout à fait possible d'avoir un droit sans y avoir un intérêt. Les définitions exposées ci-dessus ne sont donc qu'en partie exactes. Si certains auteurs¹⁶⁵ choisiront donc de réunir, dans la définition du droit privé subjectif, les deux éléments (la volonté et l'intérêt), d'autres, en revanche, proposeront d'appréhender la structure du droit subjectif sous un autre angle, notamment celui de l'appartenance (relation entre l'objet et le sujet) et de la maîtrise (droit de libre disposition). Dans ce sens, nous pouvons, par exemple, citer WÄCHTER, pour qui le droit subjectif est un pouvoir, une maîtrise que le droit objectif accorde à une personne¹⁶⁶ ou encore Jean DABIN qui définit le droit subjectif comme « *la prérogative, concédée par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû* »¹⁶⁷.

Une autre remarque générale à laquelle nous aurons l'occasion de revenir plus longuement, se rapporte à la distinction entre la conception germanique et la conception romaniste des droits privés subjectifs. La tradition romaniste conçoit les droits subjectifs comme absolus, purs, et sans limites intrinsèques¹⁶⁸. L'accent y est mis sur les prérogatives du titulaire d'un droit. C'est le modèle que les rédacteurs du Code Napoléon suivront et qui sera défendu par une partie de la doctrine. La tradition germanique, quant à elle, postule pour une conception relative du droit subjectif. Les droits subjectifs ne sont pas seulement des prérogatives accordées par le droit objectif, mais comportent également des devoirs. L'accent est mis ici sur le caractère moral du droit. Ainsi, Otto VON GIERKE critiquera le projet de BGB considérant que ce dernier ne fait que reconnaître des pouvoirs purs sur le modèle romaniste et s'écarte de la conception germanique selon laquelle tout droit est en même temps un devoir¹⁶⁹. Selon que l'on conçoive le droit subjectif d'après la théorie romaniste ou la théorie germaniste, cela aura un impact sur les limites et leurs effets sur les droits privés subjectifs.

C'est ainsi que durant la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, deux théories vont émerger quant au fondement dogmatique de la théorie de l'abus de droit : l'*Innentheorie*, issue de la doctrine germaniste et l'*Aussentheorie*, issue de la doctrine romaniste. Ces deux théories, proches de la philosophie du droit, ont essentiellement été élaborées et discutées par des auteurs germaniques. Nous allons à présent les examiner de plus près.

C. Les deux théories du fondement de l'abus de droit :

1. L'*Innentheorie* :

Ainsi que nous venons de le mentionner, l'*Innentheorie* est d'origine germanique et postule pour une conception relative du droit privé subjectif. Selon cette théorie, les droits subjectifs possèdent des limites immanentes, c'est-à-dire qu'ils sont, en quelque sorte, autolimités et cette limitation vient de l'intérieur. Les limites aux droits subjectifs se déterminent selon leur finalité, soit selon le but que le législateur leur a assigné. Dès lors, si l'exercice du droit entre en contradiction avec ce but, cela constitue une violation de la norme et donc un agissement sans droit, car hors des limites du droit. Ainsi, l'abus de droit n'est rien d'autre que le dépassement

¹⁶⁵ IONESCU, N 47 ss, p. 90 ss.

¹⁶⁶ WÄCHTER, N 33, p. 168 : « *Das subjektive Recht oder ein Recht im sog. subjektiven Sinne ist eine Macht oder Herrschaft, welche vermöge der Bestimmungen des objektiven Rechts einer Person in gewissen Kreisen zukommt* ».

¹⁶⁷ DABIN, *Droit subjectif*, p. 105.

¹⁶⁸ D 50, 17, 155, 1 PAUL : *Non videtur vim facere, qui suo iure utitur, et ordinaria actione experitur* (Il n'y a ni dol ni violence dans l'exercice illimité du droit)

¹⁶⁹ GIERKE, *Entwurf*, p. 183. Du même avis, voir EGGER, N 24 *ad* art. 2 CC, p. 73 selon lequel l'introduction du *Schikanverbot* dans le BGB traduit une conception absolue du droit subjectif.

des limites immanentes du droit en question et donc, en réalité, une absence de droit. Dans ce contexte, la théorie de l'abus de droit en tant que telle ne se justifie pas, les règles de la responsabilité délictuelle étant suffisantes pour répondre à ces situations¹⁷⁰.

Le droit privé subjectif peut ainsi être exercé dans toute son étendue pour autant que le but poursuivi par son titulaire reste conforme à la destination économique et sociale du droit en question. Si ce n'est pas le cas, soit si le but intrinsèque de la norme est violé, on considère alors que c'est la norme elle-même qui est violée. En effet, les limites posées à l'exercice du droit sont, en réalité, des limites au contenu du droit lui-même. L'*Innentheorie* touche donc à l'existence même du droit. L'existence du droit et sa finalité sont inséparables.

Ainsi, l'*Innentheorie* conçoit l'abus de droit comme un élément intérieur au droit privé subjectif puisque, selon cette théorie, les limites d'un droit sont incluses dans sa définition. Le contenu d'un droit subjectif porte, en effet, en lui-même les limites relatives à son propre exercice. Aucun droit subjectif ne peut donc être laissé à la libre disposition de son titulaire¹⁷¹.

L'*Innentheorie* trouverait sa justification théorique dans la distinction entre le droit vrai et le droit formulé¹⁷². Cette distinction est l'œuvre du Professeur et philosophe du droit Rudolf STAMMLER¹⁷³. Selon cet auteur, le droit vrai, le « *richtiges Recht* », est « *l'expression exacte du droit positif, qui satisfait en toute circonstance au but final du droit : organiser la vie en société* »¹⁷⁴. Le droit formulé en revanche, ce sont toutes les règles formelles telles qu'édictees par le législateur. Le droit formulé ne reflète ainsi que l'aspect technique du droit tandis que le droit vrai, immanent, représente l'esprit du droit positif en adéquation avec les évolutions de la vie sociale. Toutefois, le droit vrai ne se situe pas hors du droit formulé en tant que norme distincte : c'est un type particulier de droit formulé. En effet, le droit formulé se divise en deux classes selon la nature matérielle de son contenu : soit il est juste (droit vrai), soit il ne l'est pas. Ainsi, « *[d]as richtige Recht ist gesetztes Recht, dessen Inhalt besondere sachliche Eigenschaften hat* »¹⁷⁵. La plupart du temps, droit vrai et droit formulé se recoupent, le droit formulé s'efforçant de toujours exprimer le droit vrai qui lui sert de guide. Toutefois, lorsque la volonté tend à autre chose qu'au but véritable du droit, il y désaccord entre les deux et l'abus de droit n'est rien d'autre que l'expression de ce désaccord¹⁷⁶. Dans ce cas, le juge confronté à un tel conflit doit toujours trancher dans le sens du droit vrai¹⁷⁷. En effet, le droit doit toujours être appliqué conformément à son but social, celui-ci évoluant constamment selon l'état social, économique, moral et politique.

2. L'Aussentheorie :

L'*Aussentheorie*, d'origine romaniste, part d'une conception absolue des droits en considérant le droit subjectif comme illimité par principe. Chacun peut, tant qu'il se tient dans les limites fixées par le droit objectif, exercer pleinement et librement ses droits.

¹⁷⁰ AMOOS PIGUET, p. 19.

¹⁷¹ HUWILER, p. 45.

¹⁷² AMOOS PIGUET, p. 19.

¹⁷³ STAMMLER, *Die Lehre*, p. 21 ss. Voir à ce sujet PERROCHET, p. 27 ss.

¹⁷⁴ PERROCHET, p. 32. Voir également STAMMLER, *Theorie*, p. 124 ss.

¹⁷⁵ STAMMLER, *Die Lehre*, p. 23.

¹⁷⁶ AMOOS PIGUET, p. 19.

¹⁷⁷ STAMMLER, *Die Lehre*, p. 273.

Si l'on suit cette conception absolue des droits privés subjectifs, on peut soit rejeter, soit admettre la théorie de l'abus de droit¹⁷⁸. On peut la rejeter en considérant que les seules restrictions admissibles à l'exercice des droits subjectifs sont celles provenant de l'ordre juridique lui-même. On retrouve cette idée à l'art. 641 al. 1 CC qui dispose que « [l]e propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi ». La théorie de l'abus de droit peut également être admise si l'on considère que le législateur ne peut prévoir toutes les conditions d'exercice du droit et que donc, le juge peut se voir octroyer la compétence, dans certains cas, de limiter l'exercice du droit. En effet, idéalement, le législateur doit veiller à ce que les droits individuels qu'il accorde n'entrent pas en conflit les uns avec les autres. Toutefois, il est possible que l'exercice d'un droit subjectif, bien que conforme à la définition de ce droit, lèse le droit subjectif d'autrui. Le juge peut alors intervenir pour préciser les conditions d'exercice du droit¹⁷⁹.

Le droit subjectif a pour but la poursuite de l'intérêt propre de l'ayant droit tandis que le droit objectif a pour but plus général de régler la vie en société. Lorsque l'ayant droit use de son droit subjectif dans le but d'entraver autrui dans l'exercice de son droit propre, il y a désaccord entre ces deux finalités. Ce sont alors des considérations d'équité et de justice, déduites du droit objectif, qui vont tenter d'harmoniser ces intérêts contradictoires.

C'est là qu'intervient l'*Aussentheorie*. Selon cette théorie, ce sont les droits des autres sujets qui viennent restreindre l'exercice d'un droit qui serait abusif à leur égard. Cette restriction résulte ainsi de l'interaction entre plusieurs droits subjectifs individuels de même valeur entrant en conflit¹⁸⁰. La restriction ainsi justifiée par le droit d'autrui n'est donc pas intrinsèque mais extrinsèque au droit¹⁸¹. Elle agit depuis l'extérieur sur le droit subjectif¹⁸². C'est l'existence d'autres droits privés subjectifs qui vient ainsi restreindre, limiter, l'exercice du premier droit.

La théorie de l'abus de droit n'a donc pas d'effet direct sur le contenu du droit subjectif. L'abus de droit vient de l'extérieur et n'est pas, comme c'est le cas avec l'*Innentheorie*, un élément contenu dans la définition du droit privé subjectif. C'est une limite posée à l'exercice du droit qui n'empiète pas directement sur le contenu du droit lui-même et son existence.

En conclusion, selon l'*Aussentheorie*, les limitations aux droits subjectifs proviennent de l'extérieur et prévalent non pas dans l'absolu mais *in casu*, en fonction de la relation juridique avec d'autres sujets de droit. C'est au juge d'opérer, dans le cas concret, une balance entre les

¹⁷⁸ AMOOS PIGUET, p. 24.

¹⁷⁹ AMOOS PIGUET, p. 25.

¹⁸⁰ Nous pouvons ainsi faire un parallèle entre l'*Aussentheorie* et la théorie romaine du « *condominium plurium in solidum* » selon laquelle la titularité de plusieurs sujets de droit sur un objet unique s'explique toujours par des droits absolus, « complets », distincts et indépendants qui se compriment, se collisionnent les uns avec les autres et se gênent ainsi réciproquement dans leur exercice. La restriction est ici aussi imposée par la relation juridique en cause. Il y a donc une certaine parentalité entre l'*Aussentheorie* et celle du « *condominium plurium in solidum* » puisque dans les deux cas il s'agit de régler la collision de plusieurs droits sur un même objet. Ainsi, DESSERTAUX (p. 124) proposera, comme nous le verrons plus bas, de renommer l'abus de droit en « conflit de droits ». Par ailleurs, la majorité des auteurs qui soutiennent l'*Aussentheorie* font ce rapprochement dans leur ouvrage. Voir par exemple à cet égard BEKKER, N 24, p. 72 ss ; UNGER, N 70, p. 621 ss ; VON ARNESBERG, N 92, p. 135.

¹⁸¹ AMOOS PIGUET, p. 19.

¹⁸² Ici aussi nous pouvons faire un parallèle avec la théorie romaine de la charge, théorie selon laquelle la limite imposée au droit de propriété par les droits réels restreints est une compression de l'extérieur. La théorie de la charge s'oppose à la théorie du démembrement, d'origine germanique ou coutumière, selon laquelle le droit réel restreint est un élément même de la propriété et non un élément extérieur, ce qui nous rappelle ici l'*Innentheorie*.

droits en conflit en limitant si nécessaire l'exercice de l'un de ces droits. Le contenu du droit n'est donc pas touché, seul l'est son exercice.

3. Les doctrines sur la question :

a. Les défenseurs de l'*Innentheorie* :

i. Les adversaires de la théorie de l'abus de droit :

L'on peut s'étonner que beaucoup d'auteurs ayant contribué à développer l'*Innentheorie* se déclarent pourtant adversaires de toute théorie de l'abus de droit. En effet, si pour eux, « *le droit cesse où l'abus commence* »¹⁸³, cela signifie que l'exercice du droit qui s'étend hors des limites intrinsèques de ce droit ne constitue pas l'exercice d'un droit, mais un agissement sans droit.

Un des fervents opposants à la théorie de l'abus de droit est, comme nous l'avons vu, le Professeur genevois Alfred MARTIN. Dans son article « *L'abus du droit et l'acte illicite* », MARTIN adopte un raisonnement contradictoire. En effet, il se dit à la fois ouvertement partisan du principe traditionnel romain « *qui suo iure utitur neminem laedit* »¹⁸⁴, mais défend une conception relative du droit subjectif sur le modèle de l'*Innentheorie*, la théorie germanique¹⁸⁵. Pour lui, « *[c]elui 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* »¹⁸⁶. Ainsi, il ne conçoit pas les droits subjectifs comme illimités par principe mais bien comme autolimités. Chaque droit possède ses propres limites au-delà desquelles il ne s'agit plus de l'exercice d'un droit, mais d'un agissement sans droit. L'abus d'un droit n'est donc rien d'autre qu'un acte illicite et les règles délictuelles sont alors tout à fait aptes à répondre à cette problématique.

En adoptant une telle conception relative des droits privés subjectifs, MARTIN considère que certaines facultés ne sont pas comprises dans la définition des droits. Ainsi, il estime que celui qui agit dans le seul dessein de nuire à autrui n'exerce pas une faculté contenue dans son droit, car les droits subjectifs ont pour but la satisfaction des intérêts légitimes et la volonté de nuire à autrui n'en est pas un¹⁸⁷. Celui qui construit un mur sur son fonds dans le seul but de causer un préjudice à son voisin, n'exerce pas son droit de propriété, car celui-ci ne contient pas dans sa définition la prérogative d'agir uniquement avec le dessein de nuire¹⁸⁸. Ici, l'érection de ce mur est constitutive d'un agissement sans droit qui engage la responsabilité civile de son auteur si les autres conditions de cette responsabilité sont remplies. Avec cet exemple, il apparaît clairement que MARTIN ne conçoit pas le droit subjectif de propriété comme illimité par

¹⁸³ PLANIOL, N 871, p. 265.

¹⁸⁴ MARTIN, p. 60 : « *En ce qui nous concerne, nous préférons la règle, toute classique et traditionnelle qu'elle est : "Qui suo iure utitur neminem laedit"* ».

¹⁸⁵ On retrouve la même contradiction chez CORDEY. Cet auteur estime, en effet, que « *l'antique adage qui suo iure utitur neminem laedit n'a rien perdu de sa rigueur* » (p. 105), ce qui postulerait pour une conception absolue des droits subjectifs. Cependant, il affirme en même temps qu'on « *ne saurait, au nom [d'un] prétendu droit, satisfaire ses haines ou rancunes personnelles* » et que le droit détourné de son but « *ne mérite plus le nom de droit* » (p. 102), ce qui exprime, au contraire, une conception relative des droits privés subjectifs.

¹⁸⁶ MARTIN, p. 46.

¹⁸⁷ MARTIN, p. 48. Par ailleurs, nous notons là une contradiction flagrante dans le raisonnement de MARTIN. Si ici il indique que les droits subjectifs ont pour but la satisfaction d'intérêts légitimes et que leur exercice doit être conforme à ce but, plus haut dans son argumentaire (p. 34) il dénonce le fait que la doctrine de l'abus de droit « *subordonne l'efficacité des droits subjectifs à la condition de la légitimité de leur but* ». Il qualifie alors cette doctrine de « *dangereuse et menaçante pour la sécurité publique* » car elle « *affaiblit la notion du droit en voulant la socialiser et la moraliser* » (p. 33-34).

¹⁸⁸ MARTIN, p. 48.

principe, comme c'est le cas dans la conception romaniste, mais comme comportant des limites intrinsèques qui limitent l'étendue du droit lui-même.

Un autre élément permettant de classer MARTIN comme défenseur de l'*Innentheorie* est que, pour lui, la restriction aux droits subjectifs n'agit pas sur l'exercice du droit, mais sur son existence en tant que telle : « [c]e n'est pas l'exercice du droit qui est défendu, c'est le droit lui-même qui n'existe pas »¹⁸⁹. Selon cet auteur, l'exercice d'un droit est toujours licite¹⁹⁰. En effet, ce qui est illicite, c'est le dépassement du droit et dans ce cas, on ne peut pas parler d'exercice puisqu'il n'y a justement pas de droit.

Un autre opposant à la théorie de l'abus de droit qui ne fait, en réalité, que préciser l'*Innentheorie* est le Professeur français Marcel PLANIOL. En effet, selon cet auteur, « la plupart des droits ne sont pas absolus ; ils ont au contraire des limites, au-delà desquelles leur titulaire perd la faculté d'agir et doit être considéré comme étant sans droit »¹⁹¹. Ainsi, tout comme Alfred MARTIN, même si PLANIOL déclare s'en tenir à l'adage romain « *qui suo iure utitur neminem laedit* », il adopte, en réalité, une conception relative des droits subjectifs, considérant ces derniers comme autolimités. L'exercice du droit allant au-delà de ses limites n'est rien d'autre qu'un agissement sans droit. Toutefois, de son propre aveu, PLANIOL critique avant tout l'expression « abus de droit » plus que l'idée qui est à son fondement¹⁹². Selon lui, il ne peut y avoir abus dans l'exercice d'un droit. Afin d'illustrer ce point, PLANIOL, en se référant à une jurisprudence constante de la Cour de cassation, donne l'exemple de l'exercice des actions en justice. Celui qui intente action par pur malice peut être condamné à verser des dommages-intérêts à l'autre partie. En effet, selon lui, « le droit de saisir la justice n'est pas absolu : il n'est ouvert aux particuliers que pour la défense de leurs droits et de leurs intérêts légitimes, et non dans un but de dilettantisme ou de malignité ; il est donc subordonné à l'existence d'un intérêt sérieux »¹⁹³. Avec cet exemple, nous relevons, premièrement, l'héritage de l'*exceptio doli generalis* qui, déjà au I^{er} siècle ap. J.-C., permettait de paralyser l'ouverture dolosive d'une action. Secondement, le lien indivis que fait PLANIOL entre l'essence du droit et sa finalité. En effet, l'exercice d'un droit doit être subordonné à l'existence d'un intérêt à cet exercice. Cela illustre parfaitement l'*Innentheorie* puisque selon cette dernière, les limites aux droits privés subjectifs se déterminent selon leur finalité.

Après avoir affiné les vues de ces deux adversaires de la théorie de l'abus de droit, nous en concluons qu'ils ne rejettent pas tant l'idée sous-jacente à cette théorie, idée qu'ils jugent au contraire juste¹⁹⁴, mais plutôt le langage employé et la conception théorique des limites. Relativement au langage employé d'abord, ces auteurs considèrent que lorsqu'on parle d'abus de droit, il ne s'agit non pas d'un droit dont on userait, mal mais plutôt d'un défaut de droit. Il n'y a pas d'abus possible puisqu'il n'y a pas de droit. Relativement aux limites ensuite, ces auteurs estiment qu'elles se rapportent au *contenu* du droit lui-même et non pas qu'elles agissent sur l'*exercice* du droit. Ces auteurs n'ont donc manifestement pas compris la tradition romaniste qu'ils prétendent pourtant défendre puisqu'ils soutiennent, en réalité, une conception relative, et non absolue, des droits privés subjectifs. Au vu de ces considérations et malgré le fait qu'ils s'opposent *a priori* à la théorie de l'abus de droit, nous pouvons classer tant MARTIN que PLANIOL comme doctrine favorable à l'*Innentheorie*.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ MARTIN, p. 33.

¹⁹¹ PLANIOL, N 871, p. 265.

¹⁹² Dans le même sens, voir CORDEY, p. 103. Cf. ci-dessus : partie II.C.3.b.iii.

¹⁹³ PLANIOL, N 872, 3, p. 266.

¹⁹⁴ PLANIOL, N 871, p. 265 : « Au fond, il y a donc ici une idée juste ; sa formulation seule est inexacte ».

ii. La doctrine germanique et pandectiste :

Dans la doctrine germanique, un illustre représentant de l'*Innentheorie* est le théoricien du droit Otto VON GIERKE. Ainsi que nous l'avons vu plus haut¹⁹⁵, GIERKE a beaucoup critiqué le projet de BGB, considérant que celui-ci s'affranchissait de la tradition germanique traditionnelle et poursuivait la tradition romaniste en ne reconnaissant dans la loi que des « pouvoirs purs »¹⁹⁶. En effet, GIERKE et, par là même, la vision germanique conçoivent le droit subjectif comme constitué à la fois de pouvoirs (*Befugnisse*) et de devoirs (*Pflichten*) indissociablement liés par « *ein innerer Zusammenhang* »¹⁹⁷. Ainsi, chaque droit s'accompagne de devoirs et chaque devoir s'accompagne de droits et cette réciprocité doit prévaloir dans toute relation juridique. Selon GIERKE, les droits subjectifs sont conférés à l'individu non seulement comme un moyen permettant la satisfaction de ses intérêts propres mais également comme un moyen de remplir ses devoirs sociaux¹⁹⁸. Le droit privé subjectif n'est donc plus seulement une notion purement individualiste, comme ce fut le cas au début du XIX^{ème} siècle, mais remplit également une fonction sociale.

Pour GIERKE, depuis longtemps et sous l'influence du droit romain, c'est le point de vue du pouvoir (« *der Standpunkt der Befugnis* ») qui a été choisi dans la systématique du droit privé pour exprimer les droits subjectifs¹⁹⁹. Toutefois, cela ne doit pas nous faire oublier qu'il ne s'agit là que d'un aspect des droits subjectifs et qu'il y en a un autre : celui des devoirs. Pour lui, tant les pouvoirs que les obligations sont contenus dans la définition du droit, cela de manière abstraite et en dehors de tout exercice concret du droit. GIERKE conditionne ainsi l'exercice d'un droit à son contenu²⁰⁰.

En considérant que tout droit est en même temps un devoir, GIERKE estime que tout droit privé subjectif comporte une barrière morale immanente. Il réfute ainsi la conception romaniste et absolutiste des droits qui, d'après lui, ne fait qu'édicter des droits illimités, sans restriction intrinsèque, pouvant simplement être limités de l'extérieur par des pouvoirs opposés²⁰¹. Ainsi, même si le droit formel semble accorder la faculté d'user et d'abuser de son droit, la conception germanique estime que l'ordre juridique ne peut tolérer l'abus de droit quand celui-ci, par l'exercice égoïste et excessif d'un pouvoir, met en danger le bien commun ou détourne le droit de sa finalité en causant inutilement un préjudice à autrui. Dans ce cas, l'abus entraîne la perte du droit. Selon GIERKE, cette sentence doit être considérée comme faisant partie du droit commun²⁰².

Parmi les auteurs de doctrine allemande ayant défendu l'*Innentheorie*, nous pouvons encore citer Rudolf STAMMLER et Gottlieb PLANCK²⁰³. Ainsi que nous l'avons exposé plus haut²⁰⁴, Rudolf STAMMLER a, dans son ouvrage « *Die Lehre von dem richtigen Rechte* », développé sa théorie du droit vrai et du droit formulé. Selon lui, le contenu du droit formulé, soit du droit

¹⁹⁵ Cf. ci-dessus : partie III.B.

¹⁹⁶ GIERKE, *Entwurf*, p. 183.

¹⁹⁷ GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, N 28, p. 255.

¹⁹⁸ GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, N 36, p. 319.

¹⁹⁹ GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, N 28, p. 255.

²⁰⁰ GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, N 36, p. 319 : « *Ausübung eines Rechtes ist die seinem Inhalt entsprechende Tätigkeit* ».

²⁰¹ GIERKE, *Entwurf*, p. 183.

²⁰² GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, N 36, p. 320.

²⁰³ Voir également WINDSCHEID/KIPP, N 121, note 3.

²⁰⁴ Cf. ci-dessus : Partie III. C. 1.

légal, est à examiner et à déterminer selon les caractéristiques de ce qui est juste²⁰⁵, soit du droit vrai, et cela ne peut provenir de l'extérieur. Au contraire, la légalité est inhérente au droit lui-même²⁰⁶ et ce droit est limité dans son étendue et dans son utilisabilité²⁰⁷. De même, le Professeur Gottlieb PLANCK estime que le contenu même du droit subjectif est limité²⁰⁸. En effet, selon lui, l'ordre juridique ne peut reconnaître un droit subjectif à l'individu que si ce droit est compatible avec les principes de la morale. Toutefois, PLANCK précise que l'ordre juridique ne doit pas être un ordre moral. Les impératifs de la morale ne sont pris en compte qu'au stade de la reconnaissance des droits subjectifs et de la détermination de leur contenu, soit au stade de l'existence du droit. Ensuite, au stade de l'exercice du droit, PLANCK considère que l'ordre juridique ne peut limiter les droits subjectifs de telle sorte que cet exercice ne soit pas contraire aux exigences de la morale. L'ordre juridique ne vient pas limiter depuis l'extérieur l'exercice d'un droit qui serait contraire à la morale. Il doit laisser à la conscience de l'individu le soin de satisfaire ou non à cette exigence en s'abstenant, le cas échéant, d'exercer son droit subjectif²⁰⁹.

b. Les défenseurs de l'Aussentheorie :

i. La doctrine germanique et pandectiste :

Un défenseur de l'*Aussentheorie*²¹⁰ est le juriste et Professeur allemand Ernst Immanuel BEKKER. Dans son ouvrage « *System des heutigen Pandektenrechts* », BEKKER distingue le contenu (*Inhalt*) et l'étendue (*Umfang*) des droits privés subjectifs²¹¹. Il définit le contenu du droit comme « *die ganze Fülle des Dürfens Könnens u.s.w.* »²¹² que confère le droit subjectif à son titulaire et l'étendue du droit comme « *die Umgrenzung des Inhalts nach aussen* »²¹³. Cette conception du droit subjectif correspond parfaitement à l'*Aussentheorie*. En effet, tout d'abord, le contenu du droit est défini comme une plénitude de pouvoirs accordée au titulaire. On ne retrouve pas, comme chez GIERKE, l'idée que le droit subjectif se compose non seulement de pouvoirs, mais également de devoirs. Le droit subjectif est conçu ici de manière absolue, c'est-à-dire illimité par principe. Ensuite, relativement à l'étendue du droit, BEKKER considère que celle-ci peut être limitée. Toutefois, cette limitation provient de l'extérieur et n'est pas intrinsèque au droit, comme c'est le cas dans l'*Innentheorie*.

De même, le juriste Joseph UNGER, considéré comme le père de l'École historique du droit en Autriche, estime que le titulaire d'un droit subjectif peut, par principe, exercer les pouvoirs que lui confère son droit de la manière dont il le souhaite, peu importe qu'il fasse un usage

²⁰⁵ STAMMLER, *Die Lehre*, p. 23 : « *der Inhalt dessen, was sich so als gesetztes Recht bildet, dieser Inhalt wird nun nach dem Merkmale der Richtigkeit geprüft und bestimmt* ».

²⁰⁶ STAMMLER, *Die Lehre*, p. 240.

²⁰⁷ STAMMLER, *Die Lehre*, p. 272.

²⁰⁸ Cf. ci-dessus : Partie III.B, où nous avons vu que selon PLANCK « *Das Wesen des subjektiven Rechtes besteht darin, dass innerhalb der durch den Inhalt des Rechtes bestimmten Grenzen der Wille des Berechtigten massgebend sein soll* ».

²⁰⁹ PLANCK, *ad* §226, p. 276. On se rappelle ici d'ARISTOTE qui considérait l'homme équitable comme celui qui, bien qu'ayant la loi de son côté, « *ne s'en tient pas rigoureusement à ses droits dans le sens du pire, mais qui a tendance à prendre moins que son dû* ». Cf. ci-dessus : Partie II. A.

²¹⁰ Parmi les auteurs ayant également défendu l'*Aussentheorie* et dont nous n'allons pas examiner plus en détail l'œuvre, nous pouvons encore citer : DERNBURG, N 41, p. 92 ; KIERULFF, p. 181 ss ; WENDT, N 10, p. 20 ss ; OERTMANN, *ad* §226 BGB, p. 653 – 654 ; ARNESBERG VON, N 92, p. 135.

²¹¹ BEKKER, N 21, p. 67.

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Ibid.*

raisonnable ou non, moral ou non de son droit²¹⁴. En effet, d'après lui, l'exercice d'un droit est indépendant des motifs guidant l'ayant droit²¹⁵. Ainsi, il postule pour une conception absolue et illimitée du droit privé subjectif. UNGER concède cependant que, dans certains cas, la prise en compte de l'intérêt public, économique ou moral peut entraîner des restrictions. Toutefois, celles-ci n'agissent pas depuis l'intérieur sur l'existence du droit en tant que telle, mais concernent la manière dont le droit est utilisé ou dont on le fait valoir, soit son exercice. C'est une restriction qui agit depuis l'extérieur sur le droit privé subjectif. De plus, contrairement à GIERKE²¹⁶ qui estimait que l'abus de droit avec un esprit de chicane devait être érigé en principe du droit commun²¹⁷, UNGER considère que les cas individuels et exceptionnels dans lesquels la loi ne permet pas l'exercice d'un droit si l'ayant droit l'exerce manifestement dans le seul but de nuire ne peuvent être généralisés²¹⁸. En effet, d'après lui, l'exercice d'un droit ne doit pas être entravé s'il reste dans les limites de la loi même s'il est inutile pour l'ayant droit et nuisible pour le tiers²¹⁹. Le recours à l'interdiction de la chicane doit donc rester exceptionnel.

Le Professeur Carl Georg VON WÄCHTER adopte également une conception absolue du droit privé subjectif en suivant la tradition romaniste. En effet, il considère qu'un ayant droit est autorisé à exercer pleinement son droit, dans toute la mesure de son étendue, cela même si cet exercice est désagréable pour autrui²²⁰. Ainsi, le droit subjectif est conçu comme une souveraineté accordée à son titulaire qui n'est pas intrinsèquement limitée. De plus, contrairement aux partisans de l'*Innentheorie* qui conditionnent la validité juridique de l'exercice d'un droit à la finalité poursuivie par son titulaire²²¹, WÄCHTER estime que, tant que l'on reste dans le cadre légal du droit, les motivations quant à son exercice, même mauvaises, ne sont pas pertinentes dans le domaine juridique²²². Relativement à l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, et plus particulièrement à toute action contre un tiers en vue de l'exécution d'une prestation, WÄCHTER admet, comme les partisans de l'*Innentheorie*, que cela entraîne la perte du droit. Toutefois, contrairement à ces derniers qui justifient cela en considérant qu'il s'agit là d'un exercice fondé sur une faculté non comprise dans la définition du droit, WÄCHTER estime que c'est parce que l'existence d'un intérêt à l'action est un prérequis nécessaire. En effet, autrement il ne serait pas possible de déterminer ce qu'on devrait réclamer à l'adversaire en cas d'inexécution à titre d'indemnisation²²³.

Le célèbre juriste allemand et fondateur de l'École sociologique et historique du droit Rudolf VON JHERING défend également la conception romaniste du droit privé subjectif et, par là même, l'*Aussentheorie*. Selon lui, les actions d'un propriétaire qui se limitent, quant à leurs effets, entièrement à sa sphère de propriété sont toujours autorisées, peu importe qu'elles soient préjudiciables au voisin ou uniquement motivées par l'intention de nuire²²⁴. Le droit privé subjectif de propriété est ainsi un plein et absolu pouvoir accordé à son titulaire. Ce dernier peut l'exercer librement et dans toute son étendue, pour autant qu'il reste dans la sphère légale de son droit telle que fixée par le droit objectif. Dans ce cadre, des considérations subjectives de moralité n'entrent pas en compte et ne restreignent pas *le contenu* du droit. Toutefois, JHERING

²¹⁴ UNGER, N 68, 3, p. 615.

²¹⁵ UNGER, N 68, 4, p. 616.

²¹⁶ Dans le même sens, voir WENDT, N 10, p. 21.

²¹⁷ GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, N 36, p. 320.

²¹⁸ UNGER, N 68, 4, p. 617.

²¹⁹ UNGER, N 68, 4, p. 616.

²²⁰ WÄCHTER, N 33, 3, p. 169.

²²¹ Voir notamment MARTIN p. 48.

²²² WÄCHTER, N 33, 3, p. 169.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ JHERING, p. 104.

considère la question toute autre lorsqu'il y a empiètement sur la sphère juridique du voisin. Pour lui, le propriétaire ne peut pas, dans l'exercice de son droit, porter atteinte à la sphère de propriété de son voisin²²⁵. Il y a alors, dans cette hypothèse, confrontation entre deux droits subjectifs de même valeur. Cela aura pour conséquence que le droit subjectif du voisin va venir restreindre, de l'extérieur, l'exercice du premier droit de propriété conçu, en tant que tel, comme absolu. Spécialement quant à la restriction qui résulte de l'interdiction de la chicane, il précise que celle-ci n'a pas d'effet sur le droit de propriété en lui-même, mais sur l'exercice de ce droit, et plus particulièrement sur son caractère malicieux²²⁶. Pour JHERING, l'intention subjective de nuire n'est nullement décisive, seule l'est la question de savoir s'il y a *objectivement* empiètement sur la sphère juridique d'autrui²²⁷. Par exemple, il estime que l'atteinte à la sphère juridique d'autrui fondée sur un intérêt de recherche scientifique n'est pas moins inadmissible que celle fondée sur la malice²²⁸. De ce fait, il s'oppose au caractère subjectif des limitations aux droits et défend une conception objective de celles-ci.

ii. La doctrine française :

Dans son article de 1906 intitulé « *Abus de droit ou conflit de droits* », le Professeur de droit civil français Marc DESSERTAUX défend une approche de la théorie de l'abus de droit que l'on peut fonder sur l'*Aussentheorie*. En effet, cet auteur articule toute sa réflexion relative à l'abus de droit autour de la constatation qu'il n'y a abus de droit que dans le cadre d'une relation juridique entre plusieurs sujets de droit. Ainsi, comme le titre de son article le laisse entendre, il va préférer à la terminologie d'abus de droit celle de « conflit de droits » puisque, selon lui, l'abus d'un droit est le fait de léser *un autre droit* également respectable²²⁹. En fondant ainsi la théorie de l'abus de droit sur la nécessaire interaction de plusieurs droits subjectifs de même valeur, et non sur le contenu autolimité d'un seul droit subjectif, DESSERTAUX se rattache à l'*Aussentheorie*. De plus et dans le même sens, cet auteur conçoit le droit privé subjectif comme étant, par nature, absolu²³⁰.

Nous pouvons encore citer brièvement SALEILLES qui conçoit le droit subjectif de propriété comme un droit absolu, comme une liberté, mais considère toutefois que « *tout droit absolu de sa nature trouve sa limite dans le droit des autres* »²³¹.

iii. La doctrine suisse :

Dans la doctrine helvétique qui s'est exprimée avant l'entrée en vigueur du Code civil suisse, nous avons, notamment, Hans TRÜEB. Cet auteur justifie la théorie de l'abus de droit en se fondant sur le conflit entre droit objectif et droit subjectif. Selon lui, il y a abus de droit lorsque la finalité poursuivie concrètement par le titulaire d'un droit privé subjectif n'est pas conciliable avec celle que poursuit l'ordre juridique²³². Cela est notamment le cas lorsque l'exercice d'un droit est exclusivement destiné à causer un préjudice à autrui. Dans ce cas, même s'il n'y a pas, à proprement parler, de violation de la loi, celle-ci, au moyen des principes généraux telle que l'interdiction de la chicane, doit contrecarrer cet abus. En effet, l'ordre juridique, dans l'intérêt de l'accomplissement de sa tâche, ne peut protéger l'exercice d'un droit subjectif qui poursuit

²²⁵ JHERING, p. 105.

²²⁶ JHERING, p. 34

²²⁷ JHERING, p. 106.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ DESSERTAUX, p. 124.

²³⁰ DESSERTAUX, p. 125.

²³¹ SALEILLES, N 305, p. 361.

²³² TRÜEB, p. 4.

des fins contraires aux siennes : il doit s'opposer à l'abus de droit²³³. Ainsi, et conformément à l'*Aussentheorie*, TRÜEB estime que la protection de l'ordre juridique doit être refusée à l'exercice immoral d'un droit²³⁴. La restriction ne s'applique donc pas au droit lui-même mais vise son exercice jugé immoral *in casu*. C'est donc une limitation qui provient de l'extérieur, de l'ordre juridique, et non du droit lui-même. En réalité, c'est même plutôt le droit d'autrui qui est au fondement de cette limitation puisque c'est la violation immorale de la sphère d'intérêt de celui-ci qui justifie l'intervention des principes généraux²³⁵.

Dans la doctrine qui s'est exprimée au cours du XX^{ème} siècle, il est plus difficile de classer les auteurs soit comme défenseurs de l'*Innentheorie*, soit comme défenseurs de l'*Aussentheorie*. En effet, dans leurs écrits relatifs à l'abus de droit, ces auteurs n'examinent pas la question sous l'angle spécifique du contenu et des limites aux droits privés subjectifs. Ainsi, lues dans l'optique qui est la nôtre, leurs contributions sont parfois contradictoires. Par exemple, relativement à l'abus de droit, Peter TUOR écrit : « *Le droit existe légalement ; comme tel, il est inattaquable ; mais son exercice, dans les circonstances concrètes, ne mérite pas protection, parce qu'il contredit à des considérations supérieures tirées de la morale, des usages, de l'intérêt général, de la correction en affaires, etc. Nous pouvons dire que si le droit existe en la forme, il n'existe pas au fond, faute de recouvrir un intérêt digne de protection* »²³⁶. Si, dans un premier temps, en soutenant que le droit existe mais que c'est son exercice *in casu* qui ne mérite pas de protection, TUOR semble défendre l'*Aussentheorie*, le doute s'installe lorsque, dans un deuxième temps, il déclare que le droit n'existe pas au fond. En effet, affirmer que le droit n'existe pas, c'est se rallier à l'*Innentheorie*. Soit le droit existe, soit il n'existe pas. La contradiction est ici flagrante. La même ambiguïté se retrouve chez Pierre TERCIER. Dans un article relatif à l'abus de droit fortement inspiré des œuvres de MERZ²³⁷ et DESCHENAUX²³⁸ en la matière, il déclare que la finalité des droits subjectifs « *détermine (de l'intérieur) les limites du droit ; elle permet aussi [...] de tracer (de l'extérieur) les limites qu'il est abusif de franchir* »²³⁹. L'auteur semble ici soutenir les deux théories à la fois, ce qui est contradictoire. Dans cet article, TERCIER prétend à la fois que l'abus « *se réfère à la manière d'utiliser ou d'exercer un droit* »²⁴⁰, ce qui confirme l'*Aussentheorie* et à la fois que « *les droits ne peuvent être exercés qu'autant que cet exercice est couvert par leur finalité* »²⁴¹, ce qui confirme l'*Innentheorie*.

On trouve toutefois dans la doctrine récente, des auteurs se positionnant explicitement en faveur de l'*Aussentheorie*. Ainsi, STEINAUER écrit de manière on ne peut plus claire que « *la limitation posée par l'art 2 al. 2 à l'exercice du droit subjectif est nécessairement extérieure à ce droit lui-même* »²⁴². Dans le même sens, HAUSHEER/JAUN²⁴³ déclarent que l'art. 2 al. 2 CC fixe des limites matérielles à l'exercice des droits subjectifs.

En conclusion, la doctrine helvétique n'ayant pas, dans un premier temps, empoigné la question de l'abus de droit sous l'angle des limites aux droits subjectifs, son positionnement sur la

²³³ TRÜEB, p. 5.

²³⁴ TRÜEB, p. 3.

²³⁵ TRÜEB, p. 4.

²³⁶ TUOR, p. 45.

²³⁷ MERZ, N 17 ss *ad* art. 2 CC, p. 229.

²³⁸ DESCHENAUX, p. 138 ss.

²³⁹ TERCIER, p. 448.

²⁴⁰ TERCIER, p. 453.

²⁴¹ TERCIER, p. 448. Voir également MERZ, N 50 ss *ad* art. 2 CC, p. 239 ss et DESCHENAUX, p. 142 ss.

²⁴² STEINAUER, N 483, p. 172. Voir également AMOOS PIGUET, p. 24 ss et HONSELL, N 25 *ad* art. 2 CC, p. 43.

²⁴³ HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N 10, p. 109.

problématique de la construction technique de la sanction de l'abus de droit n'a longtemps pas été clair voire fut contradictoire. Cependant, dans un second récent temps, elle semble se rallier à l'*Aussentheorie*.

D. Le choix opéré par Eugen Huber dans le Code civil suisse :

1. Le texte du Code civil :

L'art. 2 al. 2 CC dispose que « *L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi* »²⁴⁴. Ce bref alinéa ne nous permet pas de déterminer avec certitude laquelle des deux théories le législateur suisse a choisie. Si certes, la note marginale du texte allemand intitulée « *Inhalt der Rechtsverhältnisse* », en s'attachant à décrire le « contenu », soit la substance des droits, semble indiquer un choix en faveur de l'*Innentheorie*, la conclusion ne peut être aussi rapide. En effet, les textes français et italien, ceux-ci faisant tout autant foi, sont beaucoup moins clairs. La note marginale française traite de l'« Étendue des droits civils » et le texte italien des « *Limiti dei rapporti giuridici* ». Le terme français « étendue » n'implique pas *nécessairement* de limites, une étendue peut être infinie et donc cela pourrait postuler tant pour une conception relative qu'absolue des droits privés subjectifs. Quant au terme italien « *limiti* », même s'il indique expressément qu'il y a bien des restrictions aux droits, il ne nous dit pas si celles-ci proviennent de l'intérieur ou de l'extérieur. Ainsi, du point de vue littéral, tant du texte de la loi que de la note marginale, nous ne pouvons pas dire clairement quelle théorie le législateur a choisie. Il convient dès lors d'étudier la question sous l'angle des autres méthodes d'interprétation, plus particulièrement la méthode historique, en recherchant la volonté du législateur, et la méthode téléologique, en recherchant le but poursuivi par le législateur.

2. La motivation de l'interdiction de l'abus de droit dans les travaux préparatoires du Code civil :

a. Le procès-verbal de la Commission de rédaction :

Ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le mentionner²⁴⁵, le procès-verbal des séances de janvier 1904 durant lesquelles la Commission de rédaction a introduit l'interdiction de l'abus de droit dans la loi est malheureusement trop lacunaire pour que l'on puisse en tirer une quelconque information sur les intentions du législateur à ce moment-là. Nous avons pourtant là une disposition absente de l'avant-projet de 1900 qui apparaît brusquement en 1904. Ce regrettable manque d'information a pour conséquence que nous ne savons pas quelle était la portée pratique envisagée d'une telle disposition, ses critères d'application et qui en est à l'origine. À cet égard cependant, de nombreuses versions de l'art. 2 CC rédigées de la propre main d'Eugen HUBER ont été retrouvées dans ses papiers²⁴⁶, ce qui fait dire à MERZ que « *[d]ie Positivierung von Treu und Glauben, ihre Vereinigung mit dem Rechtsmissbrauchsverbot in einem Artikel und schliesslich dessen Einordnung bei den Einleitungsbestimmungen scheinen das ausschliessliche Werk von Eugen Huber zu sein* »²⁴⁷. Ainsi, la paternité de l'art. 2 CC est généralement attribuée à Eugen HUBER²⁴⁸.

²⁴⁴ Texte allemand : « *Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz* ». Texte italien : « *Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge* ».

²⁴⁵ Cf. ci-dessus : Partie II.C.3.b.ii.

²⁴⁶ MERZ, N 16 ad art. 2 CC, p. 229.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ AUGSBURGER-BUCHELI, p. 34 ; MERZ, N 16 ad art. 2 CC, p. 229 ; HUWILER, p. 41.

b. La défense devant les parlementaires aux Chambres fédérales :

Lors des débats parlementaires, HUBER fut rapporteur de langue allemande au Conseil national et Virgile ROSSEL rapporteur de langue française devant cette même Chambre. Ils furent donc chargés de motiver et défendre la proposition d'introduire l'interdiction générale de l'abus de droit dans le Code civil et de contrer le scepticisme y relatif des parlementaires.

En 1906, devant le Conseil national, HUBER commence par expliquer que l'alinéa 2 de l'article 2 n'est, en réalité, qu'une conséquence de l'alinéa premier, soit du principe de la bonne foi²⁴⁹. Ainsi, selon ROSSEL, l'alinéa premier « *pourrait suffire, à la rigueur, car, interprété dans son esprit, il condamne tout abus de droit* »²⁵⁰. L'ensemble de la disposition constitue donc un bloc normatif dont l'idée fondamentale sous-jacente n'est autre que celle de loyauté, de *bona fides*²⁵¹.

En réponse aux objections des opposants à l'introduction de l'abus de droit, tels MARTIN ou CORDEY, HUBER concède qu'une interdiction explicite de l'abus de droit ne serait, en soi, pas nécessaire, l'abus d'un droit n'étant, en réalité, plus l'exercice d'un droit²⁵². En effet, selon HUBER, l'abus de droit étant un acte qui va à l'encontre de la finalité du droit subjectif, il s'agit d'une transgression du droit. Ainsi, ce droit qui, à première vue, existerait, n'existe, en réalité, pas²⁵³ ; c'est un acte illicite²⁵⁴. La conséquence de cela est que toute protection juridique doit être niée au justiciable qui invoque abusivement un droit. HUBER donc concède à ses détracteurs que cette sanction expresse n'est, en définitive, pas nécessaire²⁵⁵. En réponse aux craintes exprimées d'abus « d'abus de droit » par les juges, ROSSEL rétorque qu'il convient de faire confiance à l'impartiale neutralité des tribunaux, que seul l'abus évident exercé pour aboutir à une injustice crasse sera sanctionné et que le Tribunal fédéral saura poser de sages limites quant à l'application de cette disposition²⁵⁶.

3. Le véritable but de Huber derrière l'introduction de l'art. 2 CC :

a. La consécration de l'*Innentheorie* :

Après cet exposé de la motivation d'Eugen HUBER aux Chambres fédérales, une question se pose inéluctablement. Si, comme HUBER l'a admis, une interdiction et une sanction expresse de l'abus de droit ne sont, en tant que telles, pas nécessaires, pourquoi dès lors introduire cette

²⁴⁹ BO CN 1906, p. 1037 (HUBER). Cette opinion sera soutenue et reprise par ROSSEL/MENTHA, N 55, p.64 ; EGGER N 23 *ad* art. 2 CC, p. 72 ; CURTI-FORRER, 5, p. 5 ; MORIN, p. 210 ; TUOR, p. 41, pour qui « [l]es deux alinéas de l'article forment un tout ; ils énoncent tous deux la même règle, al. 1^{er} sous son aspect positif, l'al. 2 sous son aspect négatif ». A cela s'ajoute le fait que les deux règles se retrouvent, en allemand et en italien, sous la note marginale « Observation de la bonne foi » (*Handeln nach Treu und Glauben ; Osservanza della buona fede*). Le texte français (« Devoirs généraux ») est, à cet égard, plus neutre. Dans la jurisprudence, voir ATF 83 II 345, c. 2 = JdT 1958 I 194 ; ATF 72 II 39, c. 2 = JdT 1946 I 386. D'un avis contraire : MERZ, N 15 *ad* art. 2 CC, p. 228 : « *Nach seiner Entstehungsgeschichte ist Art. 2 nicht als einheitliche Norm und nicht als Ausfluss eines einzigen Gedanken konzipiert worden* » ; DESCHENAUX, p. 139 ; STEINAUER, N 461, p. 165 ; MEIER-HAYOZ, *Einleitungsartikel*, §6 A. I., p. 116 ss ; TERCIER, p. 447-448.

²⁵⁰ BO CN 1906, p. 1039 (ROSSEL).

²⁵¹ HUWILER, p. 44.

²⁵² BO CN 1906, p. 1037 (HUBER).

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ BO CN 1906, p. 1039 (ROSSEL).

²⁵⁵ BO CN 1906, p. 1037 (HUBER).

²⁵⁶ BO CN 1906, p. 1039 (ROSSEL).

disposition dans le Code ? Pourquoi HUBER a-t-il tant insisté²⁵⁷ pour codifier le principe de l'interdiction de l'abus de droit dans notre droit positif ? HUBER indique que si l'on saisit plus profondément la justification de cette institution, on comprend qu'elle mérite, dans sa haute signification, d'être incluse dans le Code²⁵⁸. Mais, dès lors, quelle est, d'après lui, cette profonde justification, cette haute signification ?

L'intention réelle du législateur relativement à l'art. 2 al. 2 CC ne peut se comprendre que sous le prisme des controverses doctrinales de l'époque se rapportant à l'abus de droit, sa construction juridique et, plus généralement, au contenu et limites des droits privés subjectifs. Eugen HUBER, grand historien et théoricien du droit, était totalement au fait de ces controverses qui agitaient la doctrine de cette fin de XIX^{ème}. Ainsi que nous allons le voir, Eugen HUBER était un fervent défenseur de l'*Innentheorie* et c'est cela qui l'a mené à cette volonté de codifier l'interdiction générale de l'abus de droit.

Afin de mieux comprendre les véritables motivations d'Eugen HUBER, nous allons à présent étudier plus en profondeur sa pensée et notamment les courants doctrinaux et les auteurs qui l'ont influencé.

b. Les influences théoriques d'Eugen Huber :

Ainsi que nous venons de le dire, HUBER était un grand théoricien du droit. Dans ce contexte, il avait bien entendu lu et s'était imprégné de la pensée des grands auteurs allemands de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, parmi lesquels figurent GIERKE et STAMMLER, illustres représentants de l'*Innentheorie*. Très influencé par leurs écrits, HUBER se rattachera, comme eux, à l'École germaniste, c'est-à-dire à la doctrine qui conçoit les droits privés subjectifs comme relatifs, soit comme portant en eux-mêmes leurs propres restrictions immanentes.

Dans la revue allemande « *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft* » de 1896, HUBER publie un compte-rendu du premier tome de l'ouvrage de GIERKE « *Deutsches Privatrecht* ». Si cet article est certes un compte-rendu de la pensée de GIERKE, il nous est toutefois permis de dire qu'Eugen HUBER la partage largement. En effet, dans une lettre de 1896 adressée à HUBER, GIERKE le remercie pour cet article et ajoute qu'il se réjouit qu'ils partagent le même point de vue quant à la valeur intrinsèque du droit²⁵⁹.

Dans cette recension, Eugen HUBER étudie en profondeur et développe la conception germanique du droit et particulièrement le lien étroit, l'interdépendance même, qui existe entre la morale et l'ordre juridique. En effet, la tradition germanique à laquelle HUBER et GIERKE adhèrent se caractérise par une profonde pénétration de valeurs éthiques dans le droit. Ainsi, d'après ces auteurs, cinq concepts éthiques de base se retrouvent dans toutes les institutions juridiques : le devoir comme corrélat du droit, la confiance, la constance, l'équité et la responsabilité²⁶⁰. Nous nous arrêterons, ci-après, spécialement sur deux de ces concepts.

Commençons par le premier : le devoir comme corrélat du droit. Le devoir ne doit pas être compris ici « *als Pflicht im Sinne der dem subjektiven Recht entsprechenden Pflicht des Gegners* » mais comme « *sittliche Pflicht des Berechtigten* »²⁶¹. En ce sens, les devoirs moraux

²⁵⁷ BO CN 1906, p. 1037 (HUBER) : « *es ist dringend wünschenswert, dass das gesagt werde* ».

²⁵⁸ BO CN 1906, p. 1037 (HUBER).

²⁵⁹ PFEIFFER-MUNZ, p. 32.

²⁶⁰ HUBER, *Deutsches Privatrecht*, p. 116.

²⁶¹ *Ibid.*

font partie intégrante du contenu des droits subjectifs²⁶². Il ne peut y avoir de droit que dans la mesure appropriée du devoir²⁶³. Comme le disait GIERKE, il n'y a pas de droit sans devoir et il n'y a pas de devoir sans droit²⁶⁴ ; il y a interdépendance des deux. Ce lien entre droit (au sens de pouvoir) et devoir est à l'origine, nous dit HUBER, de nombreuses institutions juridiques allemandes²⁶⁵. Ainsi, le père par rapport à ses enfants, le tuteur par rapport au pupille. Les deux ont des pouvoirs « positifs » mais ils sont également soumis à des devoirs qui *limitent le contenu* de leurs droits²⁶⁶. De manière générale, dans la tradition germanique, la volonté souveraine du sujet de droit se voit reconnaître un pouvoir beaucoup plus limité dans la création des relations juridiques qu'en droit romain ou que dans d'autres ordres juridiques²⁶⁷.

Un second concept intéressant est celui de l'équité. En principe, l'ordre juridique doit s'éloigner le moins possible des lignes de base des préceptes moraux²⁶⁸. Toutefois, en cas de défaillance du droit formel, c'est l'équité qui intervient pour défendre le bien supérieur du sentiment moral par rapport au bien de l'individu protégé par le droit formel²⁶⁹. D'après HUBER, cette manière de voir les choses remonte au préteur romain qui faisait intervenir l'*aequitas* afin de tempérer la rigueur du droit civil ancien²⁷⁰. HUBER nuance toutefois son propos en précisant qu'en droit romain, la séparation entre le droit et la morale était plus stricte et que malgré cette fonction similaire de l'équité, on ne peut pas totalement rapprocher les deux notions²⁷¹.

Outre Otto VON GIERKE, Rudolf STAMMLER exercera également une influence décisive sur la pensée d'Eugen HUBER²⁷². STAMMLER adopte une approche néo-kantienne du droit, soit une approche systématique et éminemment morale²⁷³. Selon lui, le « *richtiges Recht* » doit triompher dans les relations juridiques. C'est ce qu'il appelle l'idéal social, « *das soziale Ideal* »²⁷⁴. Dans la pensée de STAMMLER, l'idéal social implique une interaction entre l'ordre juridique et l'ordre moral²⁷⁵. Pour parvenir au « *richtiges Recht* », le droit positif se doit d'être

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ HUBER, *Deutsches Privatrecht*, p. 132.

²⁶⁴ GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, N 28, p. 255.

²⁶⁵ HUBER, *Deutsches Privatrecht*, p. 116.

²⁶⁶ *Ibid.* Dans ce même cas, l'*Aussentheorie* considérerait que c'est le droit de l'enfant, respectivement du pupille, qui limite l'exercice du droit du père, respectivement du tuteur.

²⁶⁷ HUBER, *Deutsches Privatrecht*, p. 133.

²⁶⁸ HUBER, *Deutsches Privatrecht*, p. 116.

²⁶⁹ HUBER, *Deutsches Privatrecht*, p. 124.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² STAMMLER et HUBER se sont, par ailleurs, liés d'amitié dans les années 1880, lorsque HUBER enseignait à l'Université de Halle, en Allemagne. Relativement à l'influence de STAMMLER sur le titre préliminaire de notre Code civil, voir STROLZ Marc Maria, *Ronald Dworkins These der Rechte im Vergleich zur gesetzgeberischen Methode nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB*, Thèse, Zurich 1991, p. 34 ss. Par ailleurs, à l'annexe II de cet ouvrage se trouve une copie et sa transcription d'une lettre de STAMMLER adressée à HUBER témoignant de cette influence et de leur amitié.

²⁷³ Le néo-kantisme est un courant philosophique qui occupe la scène universitaire allemande des années 1870 jusqu'aux années 1920. Les néo-kantiens considèrent, comme KANT, que le droit est une connaissance, une science, systématique soumise à des principes immuables. Si KANT fonde cette unité systématique sur un concept métaphysique du droit, Hermann COHEN, philosophe allemand et membre fondateur de l'École néo-kantienne de Marbourg estime quant à lui qu'elle se situe dans l'éthique. Un autre illustre représentant du néo-kantisme est le juriste Hans Kelsen. Ce dernier fonde lui cette systématique sur la hiérarchie de normes, celle-ci étant basée sur une norme fondamentale. A ce sujet, voir MERLE Jean-Christophe, *La conception du droit de Hermann Cohen et de Hans Kelsen*, In : *Revue germanique internationale*, Vol. 6, 2007, p. 123-134.

²⁷⁴ STAMMLER, *Die Lehre*, p. 196 ss ; STAMMLER, *Theorie*, p. 470 ss.

²⁷⁵ HUWILER, p. 50. Voir également HUBER, *Rechtsverwirklichung*, p. 61 ss, où HUBER développe justement cette question de l'interaction entre ordre moral et ordre juridique.

doté d'une certaine flexibilité d'application²⁷⁶. En effet, le droit positif, qui ne se confond pas avec le droit juste²⁷⁷, peut conduire à des solutions injustes dans le cas. D'après STAMMLER, cette flexibilité est garantie par le recours à des clauses générales telles que l'équité ou la bonne foi²⁷⁸. Comme nous l'avons vu au début de ce travail²⁷⁹, ARISTOTE, déjà, mettait en lumière l'impossibilité inhérente pour la loi d'offrir une solution juste dans tous les cas de figure se présentant à elle et donc la nécessité de recourir à l'équité, l'*epieikeia*, pour dire le juste dans le cas concret. STAMMLER qualifie l'équité de droit tempéré, de « *gelindes Recht* » par opposition à la norme qui, elle, est rationnellement formulée (*geformt*)²⁸⁰. Confronté au « *gelindes Recht* », le juge se doit d'en faire un critère essentiel de son appréciation afin de dire le « *richtiges Recht* ». Ce sont donc ces clauses générales qui, prenant ainsi une valeur normative, permettent de rendre l'application concrète du droit matériellement, et non plus seulement formellement, juste. En effet, ces institutions que sont la bonne foi ou l'équité, ces clauses générales, appartiennent certes au domaine du droit, mais elles trouvent leur signification profonde hors de celui-ci : dans la morale²⁸¹. En assurant ainsi un éclairage moral du droit²⁸², elles permettent l'interaction entre l'ordre juridique et l'ordre moral, interaction qui réalise l'idéal social, « *das soziale Ideal* » et donc qui fait régner le « *richtiges Recht* » sur le droit positif. Ces deux principes régulateurs vont par la suite guider les travaux de codification de HUBER²⁸³.

c. La conception théorique du droit d'Eugen Huber :

i. Exposé de la pensée d'Eugen Huber :

Après avoir étudié les influences théoriques d'Eugen HUBER, nous allons à présent examiner plus spécialement sa pensée, sa propre appréhension théorique du droit. Dans les écrits de HUBER, on ne retrouve pas de trace écrite évoquant expressément un choix en faveur de l'*Innentheorie*. Toutefois, les caractéristiques et principes relatifs à cette doctrine s'y trouvent bien.

Dans la conception éthique du droit de HUBER, la finalité première de l'ordre juridique est la réalisation de la justice dans les relations juridiques, soit « *die Herstellung des richtigen Verhältnisses zwischen den individuellen und der kollektivistischen Existenz der Gemeinschaftsglieder* »²⁸⁴. Dans ce contexte, l'ordre juridique ne peut reconnaître aux individus des droits privés subjectifs qui poursuivent des fins qui lui sont contraires. Ainsi, tant l'usage vexatoire d'un droit que les agissements déloyaux dans le cadre de rapports contractuels doivent être déclarés nuls, soit inexistants : « *ein Recht in einem der Rechtsordnung feindlichen Interesse gibt es überhaupt nicht* »²⁸⁵. En effet, toute norme, qu'elle soit légale ou contractuelle, poursuit une finalité intrinsèque, celle « *de concourir à la consécration d'un ordre juridique moralement et socialement acceptable* »²⁸⁶. Ainsi, tout agissement qui va à l'encontre de cette finalité est, en réalité, une transgression de la norme sur laquelle se fonde la prétention juridique,

²⁷⁶ HUWILER, note 103, p. 50.

²⁷⁷ Cf. ci-dessus : Partie III.C.1.

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ Cf. ci-dessus : Partie II.A.

²⁸⁰ STAMMLER, *Die Lehre*, p. 252 ss. Voir HUWILER, p. 56.

²⁸¹ HUWILER, p. 50.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ HUWILER, note 130, p. 56.

²⁸⁴ HUBER, *Rechtsverwirklichung*, p. 296.

²⁸⁵ HUBER, *Exposé des motifs*, III, p. 27.

²⁸⁶ HUWILER, p. 51.

même si le comportement abusif en cause est parfaitement conforme au libellé légal ou contractuel de cette norme. La conformité formelle n'est qu'un indice extérieur de la légalité de l'acte ; elle n'est pas constitutive de licéité²⁸⁷.

Ce raisonnement préfigure déjà la fusion qu'opérera plus tard HUBER à l'art. 2 al. 2 CC entre deux institutions juridiques qui jusqu'alors étaient restées théoriquement indépendantes l'une de l'autre dans l'histoire du droit²⁸⁸ : l'*aemulatio*, rattachée au domaine des droits réels et l'*exceptio doli generalis*, rattachée à la procédure et aux actions. En effet, d'après HUBER, ces deux institutions poursuivent les mêmes buts : empêcher l'exercice nuisible du droit et garantir à chacun son droit (*suum cuique tribuere*)²⁸⁹. Ces objectifs impliquent nécessairement un comportement de tout un chacun correspondant aux exigences du principe de la bonne foi²⁹⁰. Nous comprenons dès lors mieux pourquoi HUBER a conçu l'interdiction de l'abus de droit comme corollaire du principe de la bonne foi : « *Chacun ne doit bénéficier de la protection des lois, que dans la mesure où l'exige la bonne foi requise dans les affaires et qu'en tant qu'il a été lui-même de bonne foi* »²⁹¹. La bonne foi est donc non seulement un principe fondamental de l'ordre juridique, mais c'est également un mécanisme régulateur des comportements ayant un effet juridique. Dans ce contexte, l'abus de droit n'est finalement rien d'autre qu'un acte qui dépasse les limites de la bonne foi, qui va au-delà de ce que l'ordre juridique autorise²⁹².

Dans sa théorie du droit, HUBER ne conçoit pas tout à fait l'équité de la même manière que STAMMLER. STAMMLER, dans la droite ligne d'ARISTOTE, oppose l'équité et le droit (le « *gelindes Recht* » et le « *geformtes Recht* »), tout comme les Romains opposaient le « *ius civile* » et le « *ius honorarium* ». HUBER, en revanche, n'adopte pas cette conception bipolaire, avec d'un côté le droit prétorien et de l'autre le droit civil²⁹³. Si certes, il admet qu'une des fonctions de l'équité est de tempérer le droit formel²⁹⁴ afin d'assurer à tout litige une solution conforme au *richtiges Recht*, il s'agit, selon lui, avant tout d'un élément intrinsèque au droit subjectif qui en détermine la finalité²⁹⁵. L'équité n'est donc pas un élément extérieur au droit, mais plutôt un élément inhérent à la norme et à son but.²⁹⁶ Une telle conception de l'équité comme élément intégré au concept de droit subjectif traduit bien l'approche fondée sur l'*Innentheorie*, en ce sens que le contenu même du droit subjectif est limité par cette finalité qu'est l'exercice équitable du droit. La limitation du contenu est la limitation de l'exercice. L'exercice du droit est ainsi conditionné par ce principe d'équité, principe éminemment moral, il va sans dire.

ii. Analyse des travaux préparatoires du Code civil suisse :

Après avoir examiné les influences et conceptions théoriques d'Eugen HUBER, nous allons à présent analyser la traduction de tout cela dans les travaux préparatoires relatifs à l'introduction de l'abus de droit dans le Code civil.

²⁸⁷ Pour aller plus loin, voir HUBER, *Rechtsverwirklichung*, p. 61 ss.

²⁸⁸ HUWILER, p. 40. Cf. ci-dessus : Partie II.B.3.a.

²⁸⁹ HUBER, *Exposé des motifs*, III, p. 27

²⁹⁰ HUBER, *Rechtsverwirklichung*, p. 296.

²⁹¹ HUBER, *Exposé des motifs*, I, p. 24.

²⁹² DESCHENAUX, p. 152 ; STEINAUER, N 476, p. 169.

²⁹³ HUWILER, p. 51 et 57

²⁹⁴ HUBER, *Deutsches Privatrecht*, p. 124 ; HUBER, *System und Geschichte*, p. 233.

²⁹⁵ HUBER, *Rechtsverwirklichung*, p. 60. Voir à cet égard HUWILER, p. 51.

²⁹⁶ HUBER, *Exposé des motifs*, III, p. 35 : « *les limites des facultés inhérentes à la propriété doivent être fixées soigneusement, en tenant compte de l'équité et des nécessités d'ordre économique* ».

Déjà dans son exposé des motifs de l'avant-projet de 1900 et alors que l'interdiction de l'abus de droit n'avait pas été formellement introduite dans le titre préliminaire du Code civil, HUBER élevait déjà le raisonnement relatif à l'interdiction de la chicane, qui figurait alors à l'art. 644 al. 2 AP CC 1900, au rang des principes généraux du droit civil²⁹⁷. En effet, d'après lui, le droit de propriété n'est pas un droit au-dessus de l'ordre juridique, mais il en fait pleinement partie. Ainsi, il peut être limité au motif que « *die Rechtsinstitute nicht dazu da sind, einander zu schädigen, sondern einem jeden sein Recht zuzusichern* »²⁹⁸. En réalité, HUBER aborde ici bien plus l'essence même des droits subjectifs que celle du seul droit de propriété²⁹⁹. Par une justification de l'interdiction de la chicane fondée sur l'essence même des droits subjectifs, et plus particulièrement sur leur finalité, l'argumentaire de HUBER préfigure déjà la future interdiction générale de l'abus de droit.

Dans le message du Conseil fédéral dont il est l'auteur, HUBER explique que l'ajout de l'interdiction de l'abus de droit n'est finalement que la généralisation, pour tout le droit privé, du principe de l'interdiction de la chicane qui figurait alors à l'art. 644 al. 2 de l'avant-projet de 1900 relativement au droit de propriété³⁰⁰. Ainsi que nous l'avons déjà relevé plus haut³⁰¹, le message du Conseil fédéral est extrêmement sommaire sur la thématique de l'abus de droit. Certains auteurs³⁰² y voient une volonté politique délibérée de HUBER de rester bref car il était tout à fait conscient, non seulement de l'importance primordiale de l'interdiction générale de l'abus de droit sur le plan théorique, mais également du fait que l'introduction d'une telle disposition s'éloignait des vues de la doctrine de l'époque. Dès lors, nous pouvons nous demander si le manque d'information dans le procès-verbal de la Commission de rédaction de 1904 n'est pas le fruit de cette même volonté dissimulatrice de la part du père de l'art. 2 CC. Cependant, malgré cet argumentaire en retenue, nous pouvons tirer du message qu'il semble effectivement se rallier à l'*Innentheorie*. En effet, HUBER écrit : « *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* »³⁰³. On comprend, en effet, qu'il s'agit pour lui d'empêcher qu'un droit allégué mais qui, en réalité, n'existe pas, puisse se substituer au droit véritable³⁰⁴. La version allemande du message est, à cet égard, encore plus claire : « *Die Bestimmung soll für die Fälle als eine Art von Notausgang dienen, wo durch die Betätigung eines behaupteten Rechtes offenes Unrecht geschaffen und dem wirklichen Recht jeder Weg zur Anerkennung verschlossen würde.* »³⁰⁵. Ainsi, pour HUBER, les droits subjectifs mis en œuvre de manière manifestement abusive ne doivent se voir reconnaître aucune existence légale ; ceci illustre parfaitement la conception relative des droits subjectifs.

Devant le Conseil national, HUBER déclare, de manière *a priori* surprenante, que les opposants à l'interdiction de l'abus de droit ont combattu l'introduction de cette institution dans la loi avec des arguments démontrant qu'ils y sont, en réalité, favorables. La surprise n'est toutefois qu'apparente et dénote au contraire d'une parfaite maîtrise de la problématique du contenu et des limites des droits privés subjectifs de la part de HUBER. En effet, ce dernier avait assurément compris que des auteurs tels MARTIN ou CORDEY, qui bien que se déclarant opposés à toute théorie de l'abus de droit, soutenaient, en réalité, l'*Innentheorie*, ainsi que nous l'avons

²⁹⁷ HUWILER, p. 40. Voir également HONSELL, N 8 *ad* art. 2 CC, p. 33.

²⁹⁸ HUBER, *Exposé des motifs*, III, p. 27.

²⁹⁹ HUWILER, p. 40.

³⁰⁰ FF 1904 IV 14.

³⁰¹ Cf. ci-dessus : Partie II.C.3.b.ii.

³⁰² HUWILER, note 64, p. 43.

³⁰³ FF 1904 IV 14.

³⁰⁴ AMOOS PIGUET, p. 32.

³⁰⁵ FF 1904 IV 14.

démontré plus haut³⁰⁶. En effet, ces auteurs, qui de manière contradictoire déclaraient s'en tenir à l'adage « *qui iure suo utitur neminem laedit* », défendaient pourtant une conception relative des droits subjectifs en concluant que l'exercice abusif des droits n'est rien d'autre qu'un agissement qui va au-delà des limites intrinsèques du droit et donc qu'il s'agit simplement d'un acte accompli sans droit. Et HUBER leur donne raison : « *Sie sagen, es bedarf eines solchen Satzes nicht, weil der Missbrauch eines Rechtes überhaupt kein Recht mehr ist, und das ist ja richtig* »³⁰⁷ ! Ainsi, ces auteurs, qui s'opposaient à l'introduction de cette disposition dans la loi, partagent, en réalité, la même conception du droit qu'Eugen HUBER, à savoir l'*Innentheorie*. Le passage, ici également très bref, où HUBER expose sa conception de l'abus de droit illustre parfaitement cette théorie : l'abus de droit n'est rien d'autre que la transgression d'un droit, qui à première vue existerait, mais qui, en réalité, « *nach dem eigentlichen Zweck des Rechtes* »³⁰⁸, n'existe pas. La seule différence qui subsiste entre HUBER et ses « opposants » reste finalement et simplement le fait que HUBER tenait à ce que cette institution soit codifiée, ce, malgré le fait que ce ne fût pas nécessaire.

4. Conclusion :

Nous revenons donc à la question que nous nous posions³⁰⁹ : pourquoi Eugen HUBER a-t-il tant insisté pour codifier l'interdiction de l'abus de droit, s'il estimait que ce ne fût, du point de vue de la théorie juridique, pas nécessaire ?

Après avoir étudié les influences doctrinales d'Eugen HUBER et sa conception théorique des droits privés subjectifs, nous comprenons maintenant quelles étaient ses véritables motivations lors de la rédaction de l'art. 2 CC. Tout d'abord, HUBER était un fervent partisan de la doctrine germaniste de l'*Innentheorie*. Il lui importait donc, ne serait-ce que du point de vue théorique, d'apporter une reconnaissance légale expresse en droit suisse à cette doctrine. Ensuite, si certes selon l'*Innentheorie* une interdiction expresse n'est pas absolument indispensable, Eugen HUBER voulait s'assurer que, d'un point de vue de la pratique judiciaire, aucune existence juridique ne serait reconnue à un droit dont il est fait un usage contraire à sa finalité³¹⁰. Enfin et surtout, la motivation profonde de HUBER relativement à la codification de l'interdiction de l'abus de droit était d'ancrer dans la loi, et spécialement dans le titre préliminaire, une conception éminemment morale du droit. Le terme de « droit » est ici à comprendre à la fois au sens du droit objectif qu'au sens du droit subjectif. Le droit objectif tout d'abord, qui a pour finalité de réaliser la justice dans les relations sociales. Le droit subjectif ensuite, dont le contenu est empreint de valeurs éthiques qui en forment la limite. Cet objectif de moralisation du droit sera exprimé très clairement par Virgile ROSSEL au Conseil national : « *Nous avons cherché, dans tout notre Code, à moraliser autant que possible le droit privé, qui est un peu trop, si vous me passez cette définition, la somme des égoïstes humains* »³¹¹. Ainsi, bien plus que l'interdiction de l'abus de droit, c'est une conception du droit qu'Eugen HUBER souhaitait ancrer dans le Code civil : un droit qui est moral, un droit qui est social, en somme, un droit juste. C'est probablement cela qui explique la pauvreté des informations relatives à la volonté du législateur dans les travaux préparatoires : Eugen HUBER était pleinement conscient de la

³⁰⁶ Cf. ci-dessus : Partie III.C.3.a.i.

³⁰⁷ BO CN 1906, p. 1037 (HUBER).

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ Cf. ci-dessus : Partie III.D.3.a.

³¹⁰ HUWILER, p. 46. Cela ne ressort pourtant pas de manière claire du texte légal. En effet, la loi indique simplement qu'elle n'accorde pas sa protection à l'exercice manifeste d'un droit, ce qui ne veut pas dire que le droit dont il est fait un usage manifestement abusif n'existe pas. Seule l'étude de la pensée de HUBER et des travaux préparatoires nous permet d'affirmer que telle était la volonté du père du Code civil.

³¹¹ BO CN 1906, p. 1039 (ROSSEL). Voir également ROSSEL/MENTHA, N 55, p. 65.

valeur fondamentale que représentait cette norme et des remous que cela pourrait engendrer, aussi bien auprès des parlementaires que de la doctrine juridique spécialisée. Il en aurait ainsi volontairement minimisé l'importance.

E. Critiques de l'*Innentheorie* et la préférence à accorder pour l'*Aussentheorie* :

1. Le caractère relatif de l'abus de droit :

a. Généralités :

Jusqu'à maintenant, nous avons exposé de manière neutre et parallèle les deux doctrines qui sont au fondement de la théorie de l'abus de droit. Désormais, il s'agit d'examiner laquelle prime, d'un point de vue juridique, l'autre. En effet, l'*Innentheorie* et l'*Aussentheorie* ne sont pas que des doctrines théoriques et philosophiques. Le choix en faveur de l'une ou de l'autre peut avoir des incidences pratiques concrètes. C'est d'ailleurs l'examen de ces applications concrètes qui permet de mettre en lumière que seule une des deux théories est juridiquement concevable : l'*Aussentheorie*. Ainsi, nous allons procéder à cet examen en étudiant deux cas de figure démontrant que l'application de l'abus de droit ne peut se concevoir que sous l'angle de l'*Aussentheorie*.

b. L'abus de droit en relation avec des droits absolus :

Prenons l'exemple d'un contrat de servitude nul pour vice de forme, mais dont la servitude est tout de même inscrite au registre foncier. Supposons que quelque temps après, le propriétaire de l'immeuble, parfaitement au courant de la nullité, l'invoque. Un créancier gagiste, qui n'est pas au courant des manœuvres du propriétaire et dont le gage est postérieur à la servitude, souhaite lui-même invoquer la nullité afin de faire réaliser l'immeuble sans la servitude et ainsi obtenir un meilleur prix de vente. La question que nous nous posons est dès lors la suivante : le créancier gagiste, soit un tiers, commet-il un abus de droit en invoquant la nullité du contrat de servitude conclu entre le propriétaire et le bénéficiaire ?

D'après l'*Innentheorie*, nous avons vu que les limites au droit subjectif sont immanentes. Ainsi, si le droit dont il est fait abus est un droit absolu, c'est-à-dire un droit opposable à tous, les limites auront la même nature que le droit en cause : elles seront absolues. L'abus de droit étant lié à la nature du droit dont on abuse, il peut être avancé à l'égard de tout un chacun. Dans notre exemple, cela signifierait que le tiers, le créancier gagiste, peut se voir opposer l'abus de droit du propriétaire à l'égard du titulaire de la prétendue servitude.

Selon l'*Aussentheorie*, on ne considère pas les limites comme un élément de la définition du droit subjectif. Ainsi, ce n'est pas parce que le droit dont il est fait abus est absolu, que tout un chacun peut invoquer l'abus. Au contraire, d'après l'*Aussentheorie*, les restrictions à l'exercice des droits privés subjectifs sont des compressions qui proviennent du droit qui est en opposition. Autrement dit, l'abus de droit a un caractère relatif : ce sont les droits des tiers qui justifient l'application de l'abus de droit. Ainsi, même si on est propriétaire et donc titulaire d'un droit absolu opposable à tous, l'abus de droit traduit une attention malveillante à l'égard d'une personne bien déterminée, et non n'importe qui. Dans notre exemple, il s'agit donc de découpler les parties : l'abus de droit étant un fait du propriétaire à l'égard du titulaire de la prétendue servitude, le créancier gagiste n'en commet pas un en invoquant la nullité de ladite servitude.

Avec notre exemple, il apparaît clairement que l'*Innentheorie* ne fonctionne pas lorsqu'elle est mise en relation avec des droits absolus. En effet, il nous paraît choquant d'imputer au créancier gagiste, qui a un comportement régulier, l'abus de droit. On ne peut pas opposer au tiers des éléments pour lesquels il n'est pas impliqué en invoquant l'effet *erga omnes* du caractère abusif. On ne comprend, en effet, pas comment des limites immanentes au droit lui-même pourraient varier selon le sujet passif du droit. Ainsi, dans notre cas, il convient de dissocier les parties. En invoquant la nullité de la servitude, le propriétaire commet un abus de droit à l'égard du bénéficiaire de ladite servitude. En revanche, si le créancier gagiste souhaite lui invoquer la nullité, il ne commet pas d'abus. Il peut donc prendre le rang de la servitude nulle.

En conclusion, l'étude spécifique de l'abus de droit en relation avec un droit absolu, spécialement ici un droit réel, nous démontre que l'*Innentheorie* est inefficace et que c'est l'*Aussentheorie* qui est la plus juste. En effet, l'abus de droit n'est pas un élément intérieur au droit privé subjectif mais c'est une notion relative en ce sens que ce sont les relations avec des sujets de droit déterminés, et non tous les justiciables, qui le révèlent. Ainsi, quand bien même on se trouve en présence de droits absolus, on arrive à un résultat relatif.

c. L'abus de droit en relation avec un sujet de droit – La théorie de la transparence :

Un second cas de figure que nous pouvons examiner est celui de la théorie du « *Durchgriff* », ou théorie de la transparence. Cette théorie s'applique en cas d'instrumentalisation des activités de la personne morale lorsque celle-ci est conçue abusivement comme un paravent entre le maître économique et les tiers et que, conformément à la réalité économique, il est permis de considérer qu'il y a identité de personnes. Si cette dualité est invoquée abusivement, l'application de l'art. 2 al. 2 CC permet alors de « percer le voile corporatif » afin d'atteindre la personne physique qui se cache derrière la personne morale en faisant abstraction de celle-ci³¹².

L'application du principe de la transparence n'a lieu que dans un cas particulier et uniquement vis-à-vis de la victime de l'instrumentalisation de la personne morale. A l'égard du reste des justiciables, la personne morale existe toujours, ceux-ci n'étant pas concernés par la manœuvre frauduleuse. En effet, d'après la théorie de la transparence, l'abus de droit n'est pas lié à la nature de la personne morale. Si, comme le postule l'*Innentheorie*, cela était le cas, aucune existence juridique ne pourrait lui être reconnue. Or, c'est le caractère relatif, les relations juridiques avec les tiers, qui détermine vis-à-vis de qui il y a levée du voile social. L'existence de la personne morale en tant que sujet de droit n'est pas abusive à l'égard de tous, mais seulement vis-à-vis d'une ou plusieurs personnes déterminées. Encore une fois, c'est l'*Aussentheorie* qui est la plus juste.

En permettant de faire abstraction de la personne morale pour atteindre la personne physique qui se cache derrière, l'abus de droit met en lumière le caractère construit de la personne morale, tel que postulé par la théorie de la fiction³¹³. Cette théorie, d'origine romaniste, conçoit la personne morale comme une entité artificielle ne pouvant agir que par le biais de personnes physiques. Elle s'oppose à la théorie dite de la réalité³¹⁴, d'origine germaniste, qui voit dans

³¹² TF, 5A_113/2018 du 12 septembre 2018, c. 8.3.1 ; TF, 5A_739/2012 du 17 mai 2013, c. 7.2.1 ; TF, 5A_436/2011 du 12 avril 2012, c. 9.3.2 ; ATF 132 III 489, c. 3.2 = JdT 2007 II 81, 85 ; ATF 128 II 329, c. 2.4 ; ATF 121 III 319, c. 5aa ; ATF 113 II 31, c. 2c = JdT 1988 I 20, 24 ; ATF 108 II 213, c. 6a = JdT 1983 I 30 ; ATF 97 II 289, c. 3 ; ATF 72 II 67, c. 3c.

³¹³ La théorie de la fiction était notamment soutenue par Friedrich Karl VON SAVIGNY.

³¹⁴ La théorie de la réalité était notamment soutenue par Otto VON GIERKE et Gerhard Friedrich VON BESELER.

l'existence de la personne morale une réalité sociale et économique : le législateur ne peut que prendre acte de la personne morale. Ici, la théorie de la transparence permet de démontrer la construction juridique qu'est la personne morale lorsque son existence est abusive vis-à-vis d'une ou plusieurs personnes déterminées. Cela ne pourrait pas fonctionner entre deux personnes physiques : on ne peut admettre qu'une personne physique n'existe pas, car son existence est abusive. Il est à noter, toutefois, que malgré le fait qu'avec l'abus de droit l'on se rapproche de la théorie de la fiction, c'est bien la théorie de la réalité³¹⁵ que le système suisse a choisie³¹⁶. Les deux sont donc, sur certains aspects, justes.

d. Conclusion :

Ces deux illustrations pratiques et concrètes nous démontrent qu'en vérité, seule la théorie romaniste, l'*Aussentheorie*, est juridiquement soutenable. En effet, ces exemples révèlent le caractère éminemment relatif de l'abus de droit. L'abus de droit n'est pas lié à la nature du droit dont il est fait un usage abusif, mais est relatif d'une personne à une autre.

En concevant le droit privé subjectif dans l'abstrait, c'est-à-dire en se focalisant sur son contenu, et indépendamment de toute relation juridique avec autrui, l'*Innentheorie* oublie que le droit subjectif « *consiste dans des rapports juridiques qui s'établissent entre les individus* »³¹⁷. Les droits subjectifs n'existent, fondamentalement, que dans la relation à autrui. Il ne peut y avoir de droit privé subjectif sans personne obligée de respecter ce droit. Ainsi, l'essence du droit subjectif ne réside pas dans le caractère juste et équitable de sa substance, mais bien dans l'existence d'un débiteur. Les droits subjectifs ne sont d'aucun intérêt, ni même n'ont aucun sens, pour Robinson Crusoe seul sur son île déserte. Et si, quand bien même, nous admettons qu'il est titulaire de droits subjectifs, Robinson ne peut avoir de restriction à l'exercice de ses droits car la restriction résulte nécessairement de la relation avec autrui. Si aucun droit subjectif « extérieur » ne vient restreindre les facultés de son propre droit, il ne peut commettre d'abus de droit. Ainsi, la nature du droit étant relationnelle, il est inexact de concevoir l'abus de droit comme un élément intérieur au droit privé subjectif, comme le fait l'*Innentheorie*. La question de l'abus de droit ne peut se concevoir hors de tout conflit d'intérêts : le propriétaire qui élève un mur dans l'intention exclusive de nuire à son voisin ne commet pas d'abus de droit si ce dernier s'en accommode, voire y trouve intérêt. Les critères d'absence d'intérêt ou d'intention de nuire ne sont pas des éléments constitutifs d'un abus de droit en ce qu'il s'agirait d'éléments intrinsèquement contraires à la finalité du droit subjectif, mais sont simplement des critères d'appréciation à évaluer *in casu*. Ainsi, en raison du caractère relatif de l'abus de droit, seule l'*Aussentheorie* est réellement admissible.

2. Critique de la distinction entre le droit vrai et le droit formulé :

Une seconde critique que nous pouvons adresser à l'*Innentheorie* est celle se rapportant plus spécifiquement à la distinction entre le droit vrai et le droit formulé opérée, notamment, par STAMMLER. Cette distinction est, à notre sens, peu pertinente car nous pensons que ce droit vrai, ce « *richtiges Recht* » n'est rien d'autre que du droit objectif³¹⁸. En effet, dans la conception de STAMMLER le droit vrai est « *l'expression exacte du droit positif, qui satisfait en toute circonstance au but final du droit : organiser la vie en société* »³¹⁹. Or, régir la vie en société

³¹⁵ La théorie de la réalité était largement dominante à la fin du XIX^{ème} siècle en Allemagne.

³¹⁶ Voir les articles 53, 54 et 55 CC.

³¹⁷ IONESCU, N 31, p. 66.

³¹⁸ Dans le même sens AMOOS PIGUET, note 77, p. 22 et p. 33.

³¹⁹ PERROCHET, p. 32.

est également la finalité du droit objectif. Il y a donc confusion entre le droit vrai et le droit objectif. Nous notons également une certaine confusion entre la finalité du droit subjectif et celle du droit objectif. Dans la conception des auteurs défendant l'*Innentheorie*, la finalité des droits privés subjectifs se détermine conformément aux principes d'équité et de bonne foi, principes intégrés dans le droit subjectif. Or, nous pensons que ces principes sont, au contraire, des guides pour le droit objectif dont le but est, on le rappelle, de régir la vie en société. Nous pensons également que le droit subjectif est conféré à l'individu pour la poursuite de ses intérêts propres³²⁰. Le but du droit subjectif ne se détermine donc pas d'après des motifs d'équité et de bonne foi, mais d'après l'intérêt de son titulaire lorsqu'il exerce son droit. Ainsi, la limitation des droits subjectifs n'est pas intrinsèque. Au contraire, elle ne peut provenir que de l'extérieur, d'intérêts tiers jugés, en l'espèce, supérieurs. Elle ne touche que l'exercice du droit et non son contenu.

Nous ajoutons encore que, d'après STAMMLER, le droit vrai est l'expression de l'évolution des mœurs sociales et donc des besoins juridiques. Selon lui, tandis que le droit vrai est variable, soit toujours en adéquation avec les évolutions de la vie sociale, le droit formulé n'est que le côté technique de la science du droit qui s'adapte au droit vrai. De plus, le droit vrai existe indépendamment de toute mise en œuvre législative. Le rôle du législateur est alors réduit à une simple traduction de ce droit vrai, sans pouvoir créateur de sa part³²¹. Or, nous pensons, comme Jean DABIN, que « *la règle de droit n'existe nulle part à l'état de donné* » et que « *partout et toujours elle est « fabriquée » par l'homme* »³²². Ce n'est pas parce que la société évolue et que les mœurs changent, que la concrétisation de ces évolutions et l'adaptation du droit se fait de manière automatique. L'intervention de l'être humain, en l'occurrence du législateur, est non seulement nécessaire, mais également primordiale. En effet, qui déterminerait le contenu du droit vrai si ce n'est lui³²³? De plus, en cas de conflit entre la règle de droit et le but social du droit, la solution ne peut se trouver dans la déduction mécanique du droit vrai. Au contraire, « *il appartient à l'intelligence au tact du juriste de discerner, non seulement des chances et des moyens de réalisation des règles, mais de leur valeur foncière et de leur utilité au regard du bien commun, loi suprême de l'ordre juridique* »³²⁴.

Pour STAMMLER, le droit vrai évoluant constamment, le droit formulé n'est pas un moyen adéquat pour appréhender l'évolution de l'ordre social³²⁵. D'ailleurs, STAMMLER précise que si le juge l'estime nécessaire, il doit pouvoir appliquer le droit vrai à la place du droit formulé³²⁶. Une telle affirmation nous paraît quelque peu dangereuse au regard du principe de la séparation des pouvoirs. Il nous paraît également inexact de concevoir le droit formulé comme un droit figé. En effet, grâce aux méthodes d'interprétation et aux principes généraux, le juge peut, tout en restant dans le cadre légal, prendre en compte les évolutions sociétales³²⁷.

³²⁰ AMOOS PIGUET, p. 21.

³²¹ AMOOS PIGUET, p. 22.

³²² DABIN, *Technique*, p. 28.

³²³ AMOOS PIGUET, p. 22.

³²⁴ DABIN, *Technique*, p. 30.

³²⁵ PERROCHET, p. 30.

³²⁶ STAMMLER, *Die Lehre*, p. 273.

³²⁷ AMOOS PIGUET, p. 33.

F. Conclusion - Contradiction entre la volonté du législateur historique et la réalité juridique :

Dans cette partie III, nous avons étudié les fondements dogmatiques expliquant le mécanisme de l'abus de droit sur les droits privés subjectifs. Nous avons vu que le cœur de la problématique se situe dans la conception que l'on se fait du contenu, respectivement des limites des droits privés subjectifs. Soit l'on soutient que le contenu du droit est autolimité et que ses limites sont intrinsèques (*Innentheorie*), soit l'on soutient que le contenu du droit est, par principe, absolu et que seul l'exercice du droit peut être limité, depuis l'extérieur (*Aussentheorie*). Après avoir étudié les différentes doctrines ayant soutenu l'une ou l'autre de ces théories, nous nous sommes demandé laquelle des deux le législateur suisse avait suivie. En nous intéressant aux influences théoriques d'Eugen HUBER, à sa pensée et ses dires et écrits lors des travaux préparatoires, nous avons conclu que la volonté du père du Code civil était d'ancrer à l'art. 2 al. 2 CC l'*Innentheorie*. Or, nous venons également de voir que, d'un point de vue de la construction et de la logique juridique, seule l'*Aussentheorie* est, en réalité, admissible. Nous nous trouvons alors face à une contradiction évidente : la volonté du législateur historique ne concorde pas avec la réalité de la technique juridique.

Cette contradiction sera également renforcée par la doctrine. En effet, jusque dans les années 1940 environ, les premiers commentateurs du Code civil ainsi que les auteurs ayant participé plus ou moins activement à l'élaboration du Code, tel Virgile ROSSEL, suivaient la volonté d'Eugen HUBER en estimant que celui qui invoque un droit formel sans en faire une interprétation conforme au principe de la bonne foi, agit de manière illicite³²⁸. Cependant, à partir des années 1940, se développe une doctrine qui deviendra par la suite majoritaire³²⁹ et qui sera suivie par le Tribunal fédéral³³⁰. Celle-ci, menée par MERZ³³¹, voit en l'art. 2 al. 2 CC une norme attributive de compétence (*eine Ermächtigungsnorm*) : le juge peut refuser l'application d'un droit dont l'exercice serait abusif. La fonction de l'art. 2 al. 2 CC serait alors exclusivement une fonction correctrice lorsque l'application formelle de la norme ne donne pas, dans ses effets, satisfaction d'un point de vue éthique. Cette façon de considérer les choses implique que, dans un premier temps, l'exercice du droit produit des effets juridiques et ce n'est que dans un deuxième temps que le juge rectifie la situation. Or, si on suit l'*Innentheorie* voulue par le législateur, on ne peut admettre que l'exercice abusif d'un droit déploie des effets juridiques puisqu'il n'y a, en réalité, pas de droit³³². Ainsi, le législateur n'envisageait pas de fonction correctrice à l'art. 2 al. 2 CC. Au contraire, cette disposition devait avoir pour fonction de frapper de nullité tout agissement qui irait à l'encontre du but intrinsèque de la norme, légale ou contractuelle, sur laquelle le prétendu droit se fonde. Dans ce contexte, le juge ne peut avoir d'autres choix que de déclarer d'office tout exercice abusif du droit comme étant nul. Partant, si l'exercice abusif d'un droit est d'emblée nul, on ne voit pas pourquoi le juge aurait un quelconque pouvoir correcteur. En effet, l'incurabilité est inhérente à la nullité. Par conséquent, en voyant dans l'art. 2 al. 2 CC une norme correctrice, la doctrine dominante marque son soutien à l'*Aussentheorie*, opinion qui est donc en contradiction avec la *ratio legis* de l'art. 2 al. 2 CC.

³²⁸ GMÜR, N 14 *ad* art. 2 CC, p. 56. Voir également EGGER, N 23 *ad* art. 2 CC, p. 72 ; ROSSEL/MENTHA, N 56, p. 67-68.

³²⁹ DESCHENAUX, p. 135 ss, 139 ; STEINAUER, N 480 ss, p. 170 ss ; MEIER-HAYOZ, *Einleitungsartikel*, §6 A. III., p. 118 ss ; HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N 12, p. 110 ; RIEMER, §5, N 8, p. 80 ; TERCIER, p. 446 ; BAUMANN, N 14 et 21 *ad* art. 2 CC, p. 466 ss, qui contrairement aux auteurs précédents ne structure pas son commentaire en fonction des deux alinéas de l'art. 2 CC. D'un avis contraire : HUWILER, p. 35 ss.

³³⁰ ATF 143 III 666, c. 4.2 ; ATF 135 III 162, c. 3.3.1 ; 125 III 257, c. 2c = JdT 1999 II 163 ; ATF 121 III 246, c. 3c = JdT 1997 I 680 ; ATF 120 II 105, c. 3a ; ATF 86 II 221, c. 6 = JdT 1961 I 208.

³³¹ MERZ, N 21 ss et plus spécialement N 24 *ad* art. 2 CC, p. 231 ss.

³³² HUWILER, p. 51.

Deux possibilités s'offrent alors à l'interprète de la loi confronté à un cas d'abus de droit : soit, conformément à la méthode téléologique et à la méthode historique, il suit le but respectivement la volonté du législateur et se rallie à l'*Innentheorie* en considérant qu'il y a agissement sans droit et donc nullité de l'acte, soit il se rallie à la logique juridique et à la doctrine dominante et corrige les effets juridiques *produits* par l'acte abusif, tel que le postule l'*Aussentheorie*.

Parmi les auteurs contemporains qui donnent la prépondérance à la volonté du législateur, et donc à l'*Innentheorie*, nous pouvons mentionner le Professeur HUWILER³³³. D'après lui, il n'est pas possible de se défaire aussi facilement de la volonté du législateur. En effet, en rédigeant la loi, ce dernier avait à l'esprit des principes généraux qu'il a érigés en principes régulateurs de la loi. Ces principes généraux sont les piliers de son œuvre de codification³³⁴ et le juge doit, par conséquent, en tenir sérieusement compte. Parmi ceux-ci, le principe de la bonne foi dont le corollaire naturel, puisqu'elle est basée sur les mêmes fondements éthico-juridiques, est l'interdiction de l'abus de droit. Ainsi, pour HUWILER, la construction conceptuelle de l'interdiction de l'abus de droit ne saurait être remise en question par voie d'interprétation³³⁵.

Du côté de la jurisprudence, nous pouvons regretter le fait qu'elle n'ait jamais exposé ni pris position par rapport à cette contradiction qui existe entre la volonté du législateur historique et l'opinion de la doctrine dominante, voire, entre la volonté du législateur et sa propre pratique. En effet, si le TF ne s'est jamais prononcé expressément en faveur de l'une ou de l'autre de ces deux théories, nous pouvons toutefois déduire de sa jurisprudence qu'il se range du côté de l'*Aussentheorie*. En effet, en définissant l'art. 2 CC comme « *eine Schranke aller Rechtsausübung* »³³⁶ ou encore comme « *Leitstern aller Rechtsausübung* »³³⁷, le TF montre que, pour lui, la limitation de l'art. 2 CC s'applique à l'exercice du droit et non à son contenu. Le contenu du droit n'est pas touché par le mécanisme de l'abus de droit. Par ailleurs, dans une jurisprudence constante³³⁸, le TF indique que l'art. 2 al. 2 CC n'a pas pour conséquence d'abroger de manière générale les dispositions du droit civil pour certains types de cas, mais charge simplement le juge de tenir compte des circonstances particulières du cas d'espèce³³⁹, ce qui illustre, ici encore, que l'abus de droit n'agit pas sur le contenu du droit et que cette notion est relative. Nous en concluons donc que le TF se rallie à l'*Aussentheorie*.

Pour notre part, nous pensons que c'est la logique juridique, soutenue par la majorité de la doctrine, qui doit primer. En effet, l'abus de droit mis en relation avec les droits absolus illustre parfaitement le fait que seule l'*Aussentheorie* est soutenable. Le législateur, en défendant l'*Innentheorie* et en souhaitant son ancrage à l'art. 2 al. 2 CC, n'a très certainement pas vu les difficultés d'application engendrées, notamment lorsqu'on se trouve en présence de droits absolus. Ainsi, selon nous, le contenu du droit subjectif est illimité par principe, mais des restrictions extrinsèques au contenu du droit peuvent être apportées à son exercice, notamment lorsque celui-ci devient abusif.

³³³ HUWILER, p. 54.

³³⁴ HUBER, *Exposé des motifs*, I, p. 21.

³³⁵ HUWILER, p. 54.

³³⁶ ATF 47 II 453 ; ATF 45 II 398.

³³⁷ ATF 83 II 345 = JdT 1958 I 194. Voir à cet égard EGGER, N 6 ad art. 2 CC, p. 66-67.

³³⁸ ATF 143 III 666, c. 4.2 ; ATF 121 III 60, c. 2d ; ATF 111 II 242, c. 2a ; ATF 105 II 39, c. 1b ; ATF 87 II 147, c. 5 ; ATF 85 II 111, c. 3.

³³⁹ La formule allemande consacrée par la jurisprudence est : « *Diese Norm setzt die Bestimmungen des Zivilrechts nicht allgemein für bestimmte Arten von Fällen ausser Kraft, sondern weist den Richter nur an, besonders Umständen des einzelnen Falles Rechnung zu tragen* ». Voir à ce sujet HONSELL, N 28 ad art. 2 CC, p. 43.

IV. Des effets de l'abus de droit sur les droits privés subjectifs :

A. Généralités :

Dans ce travail, nous avons, tout d'abord, étudié les origines de la théorie de l'abus de droit. Ensuite, nous avons examiné les deux théories qui sont au fondement du principe de l'interdiction de l'abus de droit ainsi que le choix opéré par le législateur dans le Code civil suisse. Il nous reste, à présent, à déterminer les conséquences juridiques de la théorie de l'abus de droit, et plus précisément ses effets sur les droits privés subjectifs.

En disposant simplement que « [l]’abus manifeste d’un droit n’est pas protégé par la loi », l’art. 2 al. 2 CC nous dit très peu quant à l’effet de l’abus de droit sur les droits privés subjectifs, voire rien du tout concernant la sanction applicable. Il est d’ailleurs intéressant de noter que la plupart des ordres juridiques connaissant l’interdiction de l’abus de droit se sont, de même, contentés de poser le principe sans prévoir la sanction qui lui est attachée³⁴⁰. La seule information que le texte légal nous abandonne est, qu’en cas d’abus de droit, la loi refuse sa protection. Mais qu’est-ce que cela signifie concrètement pour un droit de ne pas être « protégé par la loi » ? C’est ce que nous allons à présent examiner.

Tout d’abord, nous allons examiner si ce refus de protection du droit subjectif consiste en une déchéance ou en une paralysie du droit. Ainsi que nous le verrons, cela dépendra de la théorie choisie. Ensuite, nous nous intéresserons à l’application de l’abus de droit sur des types particuliers de droits : les droits absolus, les droits relatifs et les règles d’ordre public.

B. Déchéance ou paralysie du droit ? :

1. Distinction selon la théorie choisie :

a. L’Innentheorie :

Selon l’*Innentheorie* et ainsi que nous l’avons vu, si l’exercice d’un droit contrevient à la finalité sociale et morale de ce droit, alors la norme qui le sous-tend doit être considérée comme violée, quand bien même l’acte litigieux en cause satisfait à son libellé³⁴¹. Par conséquent, l’abus de droit, que l’on peut qualifier d’absence de légitimation de l’acte, est alors considéré comme une transgression du droit lui-même. Ainsi, lorsqu’il y a abus de droit, il n’y a, en réalité, pas de droit, car « *le droit cesse où l’abus commence* »³⁴². Partant, les droits mis en œuvre de manière abusive sont réputés n’avoir jamais existé.

Dans ce contexte, l’acte abusif n’étant rien d’autre qu’un agissement hors des limites intrinsèques du droit, la sanction ne peut être que la nullité de l’acte juridique en cause. En effet, la conséquence juridique de l’inexistence d’un droit, c’est-à-dire de l’illicéité, est la nullité de l’acte sous-tendu par ce prétendu droit. Tous les actes juridiques engendrés par l’abus doivent, par conséquent, être déclarés nuls *ex officio*.

Partant, selon l’*Innentheorie*, la protection légale doit être refusée au droit lui-même. Celui-ci est alors nié pour l’acte litigieux en cause. L’auteur d’un acte abusif est donc déchu de son droit, il ne peut plus en obtenir la reconnaissance devant les tribunaux.

³⁴⁰ BAUMANN, N 243 *ad* art. 2 CC, p. 587.

³⁴¹ HUWILER, p. 51.

³⁴² PLANIOL, N 871, p. 265.

b. L'Aussentheorie :

Selon l'*Aussentheorie*, le droit subjectif est considéré comme illimité par principe et seul son exercice peut être limité de l'extérieur. Ainsi, l'abus ne touche pas le contenu du droit subjectif qui reste intact. Seul l'exercice du droit est affecté par des restrictions extrinsèques provenant des droits d'autrui. C'est donc à cet exercice que la protection de la loi est refusée. Le propriétaire foncier conserve le droit d'édifier sur son terrain une construction qui obstruerait la vue à son voisin, mais il ne peut l'exercer si le but unique de cette construction est de nuire à ce voisin³⁴³.

Dans le cas concret, l'auteur de l'acte abusif restera titulaire de son droit subjectif mais l'exercice *in casu* de celui-ci sera inefficace. On parle alors de paralysie du droit : le droit existe, mais son exercice ne déploie pas d'effets juridiques. Le juge peut alors paralyser l'action du demandeur malhonnête respectivement le moyen de défense du défendeur véreux, mais cela n'exerce aucune influence sur le contenu du droit subjectif.

2. La distinction fondamentale entre le droit subjectif et le droit d'action :

a. Généralités :

Afin de déterminer si l'abus de droit entraîne une déchéance ou une paralysie du droit, il convient de revenir à la relation fondamentale qu'entretiennent le droit subjectif et le droit d'action³⁴⁴. Cette relation est, en effet, si étroite que selon Henri MOTULSKY « *l'efficacité des droits, voire leur nature profonde, ne s'éprouve réellement que dans la lutte judiciaire ; et il est probable que, sans celle-ci, la notion de droit même au sens subjectif n'existerait pas* »³⁴⁵. La question primordiale qu'il convient de résoudre et qui divise les auteurs et celle de savoir s'il y a indépendance entre le droit d'action et le droit matériel, c'est-à-dire si l'action est un droit subjectif en soi différent du droit au fond³⁴⁶. Deux thèses, défendant chacune une conception du droit d'action, s'opposent. Nous allons à présent les examiner.

b. Les deux thèses :

i. La thèse subjectiviste :

Selon la thèse subjectiviste, l'action en justice n'est rien d'autre que le droit subjectif matériel mis en mouvement. C'est, en quelque sorte, un accessoire judiciaire du droit matériel. Cette conception matérielle du droit d'action a été soutenue notamment par SAVIGNY qui voyait dans l'action en justice une métamorphose du droit subjectif et par DEMOLOMBE selon lequel l'action, « *c'est le droit lui-même mis en mouvement ; c'est le droit à l'état d'action, au lieu d'être à l'état de repos ; le droit à l'état de guerre, au lieu d'être à l'état de paix* »³⁴⁷. Partant, le droit de porter une prétention devant un tribunal résulte du droit matériel.

Cette conception se heurte toutefois à deux difficultés. Premièrement, qu'en est-il, alors, des droits sans action, dont le prototype est l'obligation naturelle ? Secondement et à l'inverse, qu'en est-il des actions sans droit subjectif correspondant ? Nous pensons ici, par exemple, aux

³⁴³ CURTI-FORRER, 3, p. 5.

³⁴⁴ AMOOS PIGUET, p. 48 ss.

³⁴⁵ MOTULSKY, p. 215.

³⁴⁶ MOTULSKY, p. 217.

³⁴⁷ DEMOLOMBE, N 338, p. 201.

actions prévues aux articles 927 al. 3 CC et 928 al. 2 CC relatives à la protection de la possession ou à l'action de l'autorité cantonale compétente en matière de nullité absolue du mariage (art. 106 CC). Ces critiques ont conduit à la thèse dite objective.

ii. La thèse objective :

Selon la thèse objective, le droit d'action est un droit indépendant du droit matériel et qui découle du droit d'être entendu. Le droit d'action est conçu comme une prétention publique à l'égard de l'État strictement distincte de la prétention matérielle à laquelle l'action se rapporte. Cette conception procédurale de l'action, suivie par des auteurs français³⁴⁸, a été cependant rejetée par le Tribunal fédéral, lequel estime que c'est « *eine doktrinaire Überspannung* » que de considérer comme objet du litige non pas la prétention poursuivie, mais le droit à la protection juridique qui s'y rapporte³⁴⁹. Le TF ajoute, par ailleurs, que cette conception ne s'étant pas imposée dans la pratique juridique allemande, elle mérite d'autant moins d'être reconnue en Suisse, où une conception simple et pratique du droit a toujours prévalu.

c. La préférence pour la thèse subjectiviste :

Comme le Tribunal fédéral, nous nous rallions à la conception matérielle du droit d'action en considérant que le droit d'action est un accessoire judiciaire du droit matériel. Il convient dès lors de répondre aux critiques adressées à cette thèse subjectiviste.

Concernant tout d'abord les obligations naturelles, exemple typique de droit matériel sans action, prenons l'art. 127 CO. Cette disposition est, en effet, tout à fait révélatrice de la nature matérielle de l'action puisque, d'après celle-ci, c'est le droit matériel, et non le droit de procédure qui octroie ou non l'action³⁵⁰. Concernant ensuite les actions sans droit matériel correspondant, on parle alors de droits privés subjectifs procéduraux, il convient de distinguer le contentieux objectif du contentieux subjectif. Le contentieux objectif, contrairement au contentieux subjectif a pour objet la légalité abstraite et non un droit subjectif. Dans l'exemple des actions possessoires, le contentieux est bien objectif car aucun droit subjectif n'est en jeu, la possession n'étant pas un droit privé subjectif. Pareillement, lorsqu'on se trouve en présence d'un cas de nullité absolue du mariage, l'autorité cantonale a un droit d'action en justice sans qu'il s'agisse de la défense d'un droit subjectif. Elle agit au nom de la protection de l'intérêt de l'État, de la société, de la légalité et de l'ordre établi³⁵¹. Ainsi, ces droits privés subjectifs procéduraux sans fondement matériel à leur base s'expliquent par le caractère objectif de leur contentieux. Nous n'examinerons pas plus en détail dans ce travail la nature de l'action dans le contentieux objectif, mais nous pouvons renvoyer à l'ouvrage « *Droits subjectifs et situations juridiques* » de Paul ROUBIER³⁵² qui étudie justement l'opposition entre droit subjectif et situation juridique objective.

d. Conclusion :

En conclusion, le droit d'action se conçoit comme l'exercice du droit matériel en justice et c'est donc la thèse subjectiviste et sa conception matérielle du droit d'action qui doit primer. Ainsi,

³⁴⁸ MOTULSKY, p. 220.

³⁴⁹ ATF 67 II 70, c. 2. Voir également ATF 137 III 293, c. 3. 2 ; ATF 132 III 155, c. 6.2.3 = JdT 2006 I 116, 124 ; ATF 130 III 417, c. 3.4 ; ATF 78 II 265, c. 3a.

³⁵⁰ AMOOS PIGUET, p. 51-52.

³⁵¹ AMOOS PIGUET, p. 52.

³⁵² ROUBIER Paul, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris 1963.

au droit matériel s'ajoute une prérogative de procédure qui est, pour le procès civil, le droit d'action. Ce droit d'action est donc, pour ainsi dire, un accessoire judiciaire du droit matériel. C'est une forme d'exercice public de celui-ci qui vise à obtenir sa reconnaissance devant les tribunaux³⁵³ et donc qui aboutit, *in fine*, à la réalisation des droits subjectifs³⁵⁴.

3. Solution – La paralysie du droit :

Au vu de ce qui précède, nous arrivons à la conclusion que lorsque le juge, confronté à un cas d'abus de droit, doit refuser la protection de la loi à l'auteur de cet abus, il va, en réalité, ne toucher qu'à la prérogative procédurale, c'est-à-dire au droit d'action et non au droit matériel. Il ne fait qu'amputer au droit sa prérogative judiciaire et ce, conformément au libellé de l'art. 2 al. 2 CC qui prévoit l'absence de protection légale à celui qui abuse manifestement de son droit.

C'est donc, ici encore, une démonstration que seule l'*Aussentheorie* est soutenable pour expliquer la construction juridique de l'abus de droit. En effet, l'application du mécanisme de l'abus de droit va agir non pas sur le droit matériel, comme le supposerait l'*Innentheorie*, mais sur le droit d'action en tant que prérogative procédurale accessoire. Le droit matériel subjectif existe toujours et l'auteur de l'abus de droit reste titulaire de son droit. Simplement, cet exercice est, *in casu*, inefficace. Il y a alors paralysie du droit d'action dans le cas particulier et non pas déchéance ou péremption du droit matériel. Celui-ci n'est pas modifié par l'application de l'art. 2 al. 2 CC : un propriétaire restera propriétaire même si, dans un cas particulier, il fait un usage manifestement abusif de son droit de propriété.

Il est à noter, toutefois, que le droit matériel ainsi amputé de sa prérogative procédurale ne devient pas dépouillé de droit d'action à l'égard de tout un chacun, comme c'est le cas pour les obligations naturelles. Le droit d'action existe toujours, mais il est simplement paralysé dans un cas particulier et vis-à-vis d'une personne déterminée. La protection judiciaire du droit matériel vaut toujours à l'égard des tiers. C'est, là encore, une illustration du caractère relatif du moyen tiré de l'abus de droit.

Nous concluons donc que l'abus de droit a, conformément à l'*Aussentheorie*, un effet paralysant sur les droits subjectifs, effet visant spécifiquement l'accessoire procédural du droit matériel qu'est le droit d'action. Concrètement, le juge peut donc, dans le cas d'espèce, restreindre ou écarter l'efficacité formelle d'une prétention fondée sur le droit positif chaque fois qu'il l'estime nécessaire dans l'intérêt de la justice matérielle³⁵⁵. Ce pouvoir du juge, qualifié de correcteur par la doctrine et la jurisprudence³⁵⁶, n'est pas à confondre avec une correction de la loi elle-même³⁵⁷. Le juge ne peut, en vertu de l'art. 2 al. 2 CC, se substituer au législateur en créant, modifiant ou éteignant des droits subjectifs. Cela serait, en effet, contraire au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs ainsi qu'au principe du parallélisme des formes. En effet, pour qu'une règle de droit soit modifiée, il convient de suivre la même procédure que celle ayant présidé à son adoption, ce qui relève de la compétence du législateur. La compétence attribuée au juge par l'art. 2 al. 2 CC est, dès lors, plutôt à considérer comme un pouvoir de

³⁵³ AMOOS PIGUET, p. 52.

³⁵⁴ MOTULSKY, p. 215.

³⁵⁵ ATF 72 II 39, c. 2 = JdT 1946 I 389.

³⁵⁶ Cf. ci-dessus : Partie III.F.

³⁵⁷ BAUMANN, N 21 *ad* art. 2 CC, p. 471 ; AMOOS PIGUET, p. 36 ; TERCIER, p. 451. *Contra* : DESCHENAUX, p. 140 : « L'art. 2 al. 2 déborde même le cadre de l'art. 1^{er} en rendant possible une correction de la loi ». Dans la nouvelle édition de l'ouvrage de DESCHENAUX, STEINAUER revient sur cette affirmation. D'après lui, la fonction correctrice de l'art. 2 al. 2 CC « ne remet pas en cause la règle elle-même, ce que le tribunal n'a évidemment pas le pouvoir de faire ; en ce sens, c'est par simplification que l'on dit que le tribunal « corrige la loi » ».

veto à l'application formelle du droit positif en raison des circonstances particulières du cas d'espèce³⁵⁸. Sous cet angle, l'abus de droit s'apparente plus à une dérogation au principe de la légalité qui impose que l'activité concrète de l'État soit conforme aux règles de droit par lui édictées (art. 5 al. 1 Cst.). Cette dérogation, pouvant apparaître comme une brèche dangereuse³⁵⁹, est néanmoins tempérée par le caractère, d'une part, exceptionnel³⁶⁰ et, d'autre part, relatif de la norme³⁶¹. De plus, ce pouvoir de correction octroyé au juge apparaît bien plus comme un moyen indispensable afin d'éviter que l'application formelle de la loi ne conduise à une injustice crasse. En ce sens, le pouvoir correcteur du juge tiré de l'abus de droit est, en réalité, complémentaire au pouvoir créateur du législateur dans la détermination de la justice. C'est le législateur qui demande au juge de ne pas appliquer ses règles lorsque celles-ci sont mises au service d'intérêts qu'il n'entendait pas protéger³⁶².

C. Difficultés d'application de la théorie de l'abus de droit en relation avec les droits absolus. Spécialement, la question de la nullité du titre de transfert des droits réels :

1. La problématique :

a. Hypothèse de travail :

Dans la jurisprudence, le Tribunal fédéral est régulièrement amené à déterminer s'il y a abus de droit ou non lorsqu'une personne se prévaut dolosivement d'un vice de forme qu'elle a elle-même provoqué³⁶³. Le cas se présentant le plus fréquemment³⁶⁴ et qui constituera notre hypothèse de travail est celui d'une vente immobilière entachée d'un vice de forme, mais exécutée en connaissance du vice par les deux parties (supposons, par exemple, que le contrat de vente n'indique que la moitié du prix réellement convenu). Si, par la suite, le vendeur, en se prévalant de la nullité du titre³⁶⁵, revendique de manière contraire à la bonne foi la propriété, alors le moyen tiré de l'abus de droit peut lui être opposé et la protection par les tribunaux refusée³⁶⁶. On considère en effet qu'il est malvenu pour une partie de soulever le vice de forme si elle n'a pas été exposée aux dangers que veut prévenir la loi en rendant l'observation d'une forme obligatoire³⁶⁷. L'abus de droit aura donc ici pour effet d'effacer la protection judiciaire rattachée au droit de propriété, cela en raison de son exercice manifestement abusif.

³⁵⁸ AMOOS PIGUET, p. 37.

³⁵⁹ ROSSEL/MENTHA, N 57, p. 68 mettaient eux-mêmes en garde contre « *une arme qui, maniée imprudemment et à tout propos pourrait faire plus de mal que de bien* ». Voir également DESCHENAUX, p. 139-140 ; TERCIER, p. 448.

³⁶⁰ ATF 143 III 666, c. 4.2 ; ATF 143 III 270, c. 3.1 ; ATF 139 III 24, c. 3.3 ; ATF 135 III 162, c. 3.3.1 ; TF, 4C_346/2004 du 15 février 2005, c. 5.3 ; TF, 5P_408/2004 du 10 janvier 2005, c. 6 ; ATF 123 III 618, c. 5.2 ; ATF 118 II 225, c. 2c ; Voir également MERZ, N 24 *ad* art. 2 CC, p. 232 ; STEINAUER, N 478, p. 170.

³⁶¹ AMOOS PIGUET, p. 36-37.

³⁶² STEINAUER, N 478, p. 170.

³⁶³ Dans cette partie, nous nous inspirons largement du raisonnement développé par AMOOS PIGUET, p. 71 *ss* que nous partageons largement. Nous renvoyons donc, globalement, à cette thèse pour tout complément et approfondissement de la réflexion.

³⁶⁴ TF 4A_573/2016 du 19 septembre 2017 (résumé *In* : SJ 2019 I p. 193) ; ATF 140 III 200 ; ATF 112 II 330 = JdT 1987 I 70 ; ATF 112 II 107 = JdT 1986 I 587 ; ATF 104 II 99 = JdT 1979 I 16 ; ATF 92 II 323 = JdT 1967 I 338 ; ATF 90 II 154 ; ATF 90 II 34 ; ATF 86 II 398 ; ATF 86 II 258 ; ATF 86 II 221, c. 6 = JdT 1961 I 208 ; ATF 72 II 39 = JdT 1946 386, 389.

³⁶⁵ Le contrat est nul car le prix réellement convenu par les parties n'est pas couvert par la forme authentique (216 al. 1 CO).

³⁶⁶ MERZ, N 461 *ss ad* art. 2 CC, p. 346 *ss*.

³⁶⁷ DESCHENAUX, p. 179.

Dans ce contexte et ainsi que nous allons le voir, l'admission de la théorie de l'abus de droit en relation avec les droits réels en tant que droits absolus peut s'avérer problématique. Ces difficultés sont dues à la nature causale du transfert des droits réels et à la nature de la nullité pour vice de forme.

b. Le transfert causal des droits réels :

En matière de transfert de propriété, le droit suisse applique la théorie causale (ou principe de la causalité)³⁶⁸. Selon cette théorie, pour que tout transfert soit efficace, deux conditions sont cumulativement nécessaires : une cause juridique valable, c'est-à-dire un titre efficace, et l'accomplissement d'un mode de transfert, à savoir le transfert de la possession s'agissant des biens meubles (art. 714 CC) et l'inscription au registre foncier s'agissant des immeubles (972 al. 1 CC)³⁶⁹.

La conséquence première de la consécration de cette théorie en droit privé suisse est que le défaut de l'une ou de l'autre de ces deux conditions entraîne *ipso iure* l'inefficacité de l'opération de mutation du droit réel. Dans notre cas, si le titre, soit le contrat de vente immobilière n'est pas valable en raison d'un vice de forme, mais qu'il y a tout de même réalisation du mode, soit l'inscription au registre foncier, il n'y a, en réalité, pas de transfert efficace de la propriété. Par conséquent, vu l'absence d'effet de l'acte obligatoire, l'acquéreur ne devient pas propriétaire et l'aliénateur peut exercer son action réelle en revendication (art. 641 al. 2 CC). L'existence ou non d'un cas de nullité n'est donc qu'une question préjudicielle à résoudre avant de pouvoir juger de la validité du transfert du droit réel.

c. La nature de la nullité en cas de vice de forme :

De nombreuses théories relatives à la nullité pour vice de forme s'affrontent dans la doctrine³⁷⁰. Par souci de simplification, nous choisissons, dans ce travail, d'en exposer deux³⁷¹. Selon une première théorie, qualifiée de « subjective »³⁷², la nullité est *sui generis* : bien qu'étant

³⁶⁸ La théorie causale est consacrée expressément dans notre Code aux art. 972 et 974 al. 2 CC, soit en matière immobilière. En matière mobilière, l'art. 714 CC, bien qu'indiquant que « la mise en possession est nécessaire », ne nous dit rien sur la nature causale ou abstraite du transfert. Dans l'arrêt ATF 55 II 302 = JdT 1930 I 535 (dit « arrêt Grimm »), le Tribunal fédéral a tranché en faveur de la tradition causale, notamment dans un souci de cohérence juridique avec la matière immobilière. Aujourd'hui, ni le Tribunal fédéral, ni la doctrine ne rediscutent ces questions.

³⁶⁹ En matière de transfert de la propriété mobilière, les ordres juridiques voisins connaissent des approches différentes. Le système le plus ancien est le système français qui consacre la tradition consensuelle : seule la condition du titre efficace est nécessaire (art. 938, 1196, 1583 CCF). Le droit allemand, quant à lui, exige, outre la validité du titre et l'accomplissement du mode, un accord sur le principe de transfert appelé contrat réel abstrait (§929 al. 1 BGB). Il est intéressant de noter que malgré leurs différences, tant le droit suisse que le droit français et le droit allemand prennent leur source dans les textes du Digeste (par exemple, le droit français s'est inspiré du D 41, 1, 9, 5 GAÏUS, le droit allemand s'est fondé sur le D 44, 7, 55 IAVOLENUS et le droit suisse sur le D 39, 5, 10 PAUL).

³⁷⁰ Pour un exposé des diverses propositions doctrinales, voir CR CO I-XOUDIS, art. 11 CO, N 42 et les références citées. Certains auteurs proposent, par exemple, d'admettre un effet guérisseur de l'exécution (HONSELL, N 46 *ad* art. 2 CC, p. 50), d'autres encore proposent des solutions fondées sur l'obligation naturelle (SCHMIDLIN, p. 503 ss) ou sur le contrat de fait (GIGER, p. 104 ss). XOUDIS se rallie quant à elle au courant doctrinal qui, tout en plaçant en faveur de la nullité absolue, préconise la réduction téléologique des règles de forme, c'est-à-dire admet l'existence d'une lacune occulte contraire à l'économie de la loi que le juge doit combler.

³⁷¹ SCHMIDLIN, p. 498 ss ; AMOOS PIGUET, p. 43 ss et 83 ss.

³⁷² Cette théorie est notamment soutenue par BAUMANN, N 288 *ad* art. 2 CC, p. 615 ; GAUCH/SCHLUEP, N 558 ss, p. 117 ss ; GUGGENHEIM, p. 94 ; HAAB/SIMONIUS, N 34-40 *ad* Art. 657 ZGB, p. 253 ss ; MEIER-HAYOZ, *Sachenrecht*, Art. 657 ZGB, N 130 ss, p. 90 ss ; MERZ, N 510 *ad* art. 2 CC, p. 361 ; SCHMID, p. 189 ss.

opposable *erga omnes*, elle ne peut être invoquée que par les parties à l'acte. Ainsi, des tiers ne peuvent s'en prévaloir et le juge ne peut la retenir d'office. En considérant que la nullité ne dépend que de la volonté des parties à l'acte, cette conception tend à réduire la nullité pour vice de forme à une nullité relative³⁷³. Par conséquent, l'absence d'intérêt des parties à l'acte peut guérir le vice de forme, ce qui va à l'encontre du libellé de l'art. 11 CO et altère le but des prescriptions de forme. Une seconde théorie est la théorie dite « objective »³⁷⁴. Soutenue par le Tribunal fédéral³⁷⁵, elle conçoit la nullité comme étant absolue, c'est-à-dire inguérissable, imprescriptible, retenue d'office par le juge et invocable en tout temps et par tout tiers intéressé. En effet, outre l'objectif de protection des parties à l'acte contre l'irréflexion, la subordination d'un acte juridique à l'observation d'une forme poursuit, en matière immobilière spécialement, un important intérêt public étant donné le caractère absolu des droits réels qui implique un devoir universel d'abstention et le principe de publicité qui leur est rattaché. Il s'agit en effet ici de garantir la sécurité des transactions et la fiabilité du registre foncier³⁷⁶. Cette nullité, bien qu'absolue, reste soumise à l'art. 2 al. 2 CC en cas d'invocation abusive³⁷⁷. Pour la suite de notre raisonnement, nous choisissons de suivre la théorie objective en concevant la nullité comme absolue puisqu'il s'agit de ce que soutient fermement le Tribunal fédéral³⁷⁸.

d. Le cœur de la problématique :

En ajoutant à notre réflexion le principe de la causalité et celui de la nullité absolue du titre entaché d'un vice de forme, on se rend compte alors que le juge amené à trancher un cas telle notre hypothèse de travail se trouve face à une situation quelque peu paradoxale. En effet, il doit, dans un premier temps, constater d'office la nullité du titre et, dans un deuxième temps, retenir d'office le moyen tiré de l'abus de droit³⁷⁹. Autrement dit, il doit à la fois retenir qu'il n'y a pas de transfert du droit de propriété et, conformément à la théorie de l'abus de droit, paralyser *in casu* l'exercice du droit de propriété, à savoir l'action en revendication de l'aliénateur resté propriétaire³⁸⁰. On se retrouve alors avec une situation de fait qui crée une apparence de droit (inscription de l'acquéreur au registre foncier comme propriétaire) contraire à la réalité juridique selon laquelle le transfert de propriété est absolument nul (l'aliénateur est, en réalité, resté propriétaire) et cela est conforté non seulement par une décision de justice (paralysie de l'action en revendication du propriétaire) qui avale cette inscription au registre foncier, mais également par la foi de ce registre public³⁸¹.

³⁷³ AMOOS PIGUET, p. 83 et 95 ; SCHMIDLIN, p. 498.

³⁷⁴ BECKER, Art. 11 CO, N 9, p. 44-45 ; OSER/SCHÖNENBERGER, art. 11 CO, N 28 ss, p. 90 ss et art. 216 CO, N 13, p. 887 ; VON TUHR/SIEGWART, § 30, III, p. 224.

³⁷⁵ ATF 112 II 330 = JdT 1987 I 70 ; ATF 111 II 134 = JdT 1986 I 627 ; ATF 108 II 405, c. 3 ; ATF 106 II 146, c. 3 = JdT 1980 I 580 ; ATF 104 II 99, c. 3 = JdT 1979 I 16 ; ATF 98 II 313, c. 2 = JdT 1973 I 545 ; ATF 97 II 108, c. 4 = JdT 1972 I 648 ; ATF 94 II 270 ; ATF 92 II 323, c. 2 = JdT 1967 I 338 ; ATF 90 II 154, c. 2 ; ATF 90 II 34, c. 3 = JdT 1964 I 361 ; ATF 86 II 398 = JdT 1961 I 212 ; ATF 72 II 39, c. 2.

³⁷⁶ AMOOS PIGUET, p. 85.

³⁷⁷ SCHMIDLIN, p. 498.

³⁷⁸ Pour un exposé des conséquences de la nullité *sui generis*, voir SCHMIDLIN, p. 499 ss.

³⁷⁹ En vertu du principe « *iura novit curia* », l'abus de droit, tout en étant un moyen relatif, est retenu d'office par le juge. Voir à cet égard les arrêts du TF : ATF 128 III 201, c. 1c ; ATF 121 III 60, c. 3d ; ATF 104 II 99, c. 2b = JdT 1979 I 16 ; ATF 95 II 109, c. 4 = JdT 1970 I 92 ; ATF 94 II 37, c. 6a ; ATF 88 II 18, c. 4 = JdT 1962 I 304 ; ATF 86 II 221, c. 6 = JdT 1961 I 208 ; ATF 79 II 401, c. 5 ; ATF 78 II 227, c. 2 = JdT 1953 I 238 ; ATF 69 II 102, c. 4 ; ATF 38 II 459, c. 3. Voir également dans la doctrine : BAUMANN, N 42 *ad* art. 2 CC, p. 483 ; MERZ, N 99 *ad* art. 2 CC, p. 254 ; DESCHENAUX, p. 145 ; STEINAUER, N 592, p. 224 ; RIEMER, §5, N 44, p. 92 ; TERCIER, p. 452 ; HONSELL, N 34 *ad* art. 2 CC, p. 45.

³⁸⁰ AMOOS PIGUET, p. 89 ss.

³⁸¹ AMOOS PIGUET, p. 44.

De surcroît, nous notons également ici une problématique sous l'angle de la publicité des droits réels et de leur opposabilité *erga omnes* puisque la personne inscrite au registre foncier n'est pas la personne juridiquement titulaire du droit réel. Dès lors, comment respecter le devoir d'abstention que l'on doit vis-à-vis du droit réel d'autrui si le moyen de publicité est erroné ? Les tiers ont, en effet, un véritable intérêt à connaître avec certitude qui est le titulaire du droit absolu puisqu'ils doivent le respecter. Dans l'intérêt de la prévisibilité et de la sécurité du droit et des transactions ainsi que dans la confiance que les usagers doivent pouvoir accorder aux écritures du registre foncier, une meilleure harmonie entre l'apparence de titularité et la titularité juridique du droit est donc nécessaire.

De plus, comment expliquer, du point de vue de la théorie générale des droits absolus, que le droit de propriété de l'aliénateur ne soit pas opposable à l'acquéreur ? En effet, les droits absolus sont opposables à la totalité des êtres humains soumis à l'ordre juridique en question. Admettre que ne serait-ce qu'un justiciable soit affranchi du devoir d'abstention qu'il doit à la chose d'autrui reviendrait non seulement à totalement nier l'essence même des droits absolus³⁸², mais également à la relativisation de ceux-ci et serait encore contraire au *numerus clausus* des droits réels. Il résulte donc de tout cela une grave insécurité juridique.

Par ailleurs, l'inscription au registre foncier fait naître, en vertu de l'art. 937 CC, toute une série de prérogatives sur la tête de la personne inscrite : elle est seule titulaire des actions possessoires et est présumée titulaire du droit, ce qui entraîne alors un renversement du fardeau de la preuve en ce sens que c'est à celui qui conteste la régularité de l'inscription de le prouver. Or, dans notre cas, l'inscription est justement irrégulière puisqu'elle est effectuée en vertu d'un titre absolument nul. L'acquéreur se trouve donc mis au bénéfice d'une présomption de droit alors qu'il n'est juridiquement pas titulaire de ce droit.

e. Conclusion :

Après avoir ainsi exposé la problématique de l'application de la théorie de l'abus de droit en relation avec le transfert des droits absolus, se pose la question de savoir quel mécanisme juridique permettrait de régler la contradiction qui existe entre la nullité absolue du transfert de propriété en raison de l'invalidité de l'acte obligatoire et l'effet paralysant de l'abus de droit sur l'exercice du droit de propriété du réel propriétaire. Comment pallier l'insécurité juridique résultant de l'apparence de droit ainsi créée et comment expliquer juridiquement l'absence de titre valable pour une inscription au registre foncier confirmée, en quelque sorte, par les tribunaux ?

Le Tribunal fédéral, bien que conscient de la problématique³⁸³, n'a jamais vraiment apporté de solution claire et satisfaisante à cet effet pervers de l'application de la théorie de l'abus de droit en rapport avec les droits absolus. Si certes, dans une affaire valaisanne³⁸⁴, notre Haute Cour a admis, sur la base de l'art. 2 al. 2 CC, l'inscription au registre foncier d'un acheteur victime d'un abus de droit tenant à un vice de forme, elle n'a malheureusement pas fourni d'explication justifiant ce choix. Par ailleurs, sa jurisprudence s'est même parfois révélée contradictoire, comme lorsqu'elle déclare de manière surprenante : « Avec une égale fermeté, la jurisprudence s'en est tenue à deux principes. D'une part, le contrat entaché d'un vice de forme est nul ;

³⁸² ROGUIN, p. 663.

³⁸³ Dans l'arrêt ATF 50 II 142 = JdT 1924 I 433, le TF expose très clairement les conséquences de l'application de la théorie de l'abus de droit en matière de transfert de droits réels lorsque le titre est déclaré absolument nul.

³⁸⁴ Affaire Ernst S. c/ Erwin In-Albon AG, TC VS, 19.12.1984, puis TF, 17.12.1985, puis TC VS, 12.03.1986, enfin TF, 13.10.1986. Extraits publiés In : RVJ 1986, p. 314 ss.

d'autre part, si les règles de la bonne foi l'exigent, la nullité n'est pas prise en considération »³⁸⁵.

Il convient dès lors d'examiner quelles justifications juridiques pourraient être envisageables afin de régler cette problématique. Pour ce faire, nous allons, ci-après, nous intéresser à trois solutions éventuelles³⁸⁶ et examiner si celles-ci sont concevables dans notre système juridique. Premièrement, nous allons nous demander s'il est possible d'admettre un effet guérisseur de l'abus de droit sur la nullité du titre de transfert. Deuxièmement, si l'on peut considérer que le jugement admettant le moyen tiré de l'abus de droit puisse être, en lui-même, translatif de droit, ce qui, sans guérir la nullité constituerait une cause juridique valable au transfert. Finalement et troisièmement, si l'on peut admettre que la théorie de l'abus de droit ne trouve pas application en matière de droits absolus et quelles autres solutions l'ordre juridique met-il à notre disposition.

2. Quid d'un effet guérisseur de l'abus de droit sur la nullité du titre de transfert ? :

Afin de résoudre la contradiction résultant de l'application de l'abus de droit en matière de transfert, ou plutôt de non-transfert, d'un droit réel en vertu d'un titre nul pour vice de forme, nous allons à présent examiner si l'art. 2 al. 2 CC peut permettre au juge de guérir le vice affectant le titre. Autrement dit, est-ce que l'art. 2 al. 2 CC peut avoir un effet de remplacement de la cause nulle permettant de considérer le contrat comme finalement valable ce qui justifierait ainsi l'écriture de l'acheteur.

Tout d'abord, il s'agit de bien comprendre que l'abus de droit n'agit pas sur la nullité du titre mais sur l'exercice du droit subjectif. En effet, nous avons vu que le recours à l'abus de droit permet au juge de paralyser les effets de l'exercice d'un droit subjectif dans un cas particulier lorsque les circonstances font apparaître cet exercice comme manifestement abusif. Ainsi, la partie à qui l'on oppose cette exception doit nécessairement être au bénéfice d'un droit subjectif. Or, invoquer la nullité du titre de transfert d'un droit réel ne constitue pas l'exercice d'un droit subjectif. C'est l'ordre juridique qui refuse de donner une portée légale à l'acte conclu entre les parties, ce que le juge doit constater d'office³⁸⁷. Par conséquent, l'abus de droit porte sur l'exercice du droit réel en tant que droit subjectif et non sur l'invocation de la nullité qui n'est qu'un moyen à l'appui des conclusions réelles du titulaire du droit de propriété³⁸⁸. Autrement dit, la nullité n'est techniquement pas touchée par le moyen de l'abus de droit ; ce sont des questions indépendantes.

Ensuite, la nature de la nullité absolue est très différente de la nature de l'abus de droit. En effet, les dispositions statuant la nullité absolue sont des règles de droit impératif, édictées dans un but d'intérêt public. Ainsi, la nullité absolue peut être invoquée par toute personne ayant un intérêt et elle s'impose à tous. L'abus de droit, au contraire, est un moyen relatif. Si certes le juge le retient d'office, il ne le fait qu'en fonction de circonstances particulières entre deux parties. Par conséquent, on ne voit pas comment un moyen relatif pourrait prévaloir sur un moyen absolu édicté dans l'intérêt public et donc comment l'abus de droit pourrait guérir la nullité absolue. En effet, si cela était le cas, cela reviendrait à relativiser la nullité absolue dans son caractère inguérissable, ce qui nous semble difficilement soutenable. De plus et logiquement, la nullité absolue étant justement inguérissable, l'abus de droit ne peut la guérir.

³⁸⁵ ATF 104 II 99 = JdT 1979 I 16.

³⁸⁶ AMOOS PIGUET, p. 90-91.

³⁸⁷ SJ 1983, p. 75 ss.

³⁸⁸ AMOOS PIGUET, p. 91-93.

Par ailleurs, la loi n'indique nulle part que l'art. 2 al. 2 CC peut constituer une cause juridique valable pouvant se substituer à une cause viciée. Cette disposition indique simplement que la loi n'accorde pas de protection à l'exercice manifeste d'un droit, ce qui ne veut pas dire que le droit puisse être modifié ou transféré. Considérer l'art. 2 al. 2 CC comme un titre légal translatif violerait donc le principe de la légalité.

Enfin, dans sa jurisprudence³⁸⁹, le Tribunal fédéral a indiqué que l'art. 2 CC ne peut permettre, par le biais de l'abus de droit, de rendre valable et contraignant un contrat nul pour vice de forme. En effet, cela éluderait complètement les prescriptions juridiques de forme.

Au vu de ce que l'on vient de voir, l'application de la théorie de l'abus de droit en matière de transfert de droits réels ne saurait avoir un effet guérisseur sur la nullité du titre de transfert. En effet, l'abus de droit ne peut avoir un tel effet guérisseur sur la sanction d'intérêt public qu'est la nullité absolue car cela reviendrait à relativiser le caractère absolu de la nullité et à éluder les prescriptions légales de forme. Cela serait par ailleurs contraire au texte légal qui ne prévoit pas un tel effet. Partant, l'acquéreur ne peut devenir propriétaire en vertu de l'art. 2 al. 2 CC.

3. Quid d'un jugement translatif comme cause juridique ? :

Le droit privé suisse connaît un *numerus clausus* de la typologie des actes de transfert des droits réels. En effet, la cause du transfert peut seulement être un acte juridique entre vifs ou à cause de mort valable, la loi ou un jugement formateur. Jusqu'à présent, nous avons examiné l'hypothèse du transfert fondé sur un acte juridique ainsi que celle de l'art. 2 al. 2 CC comme titre légal de transfert. Examinons à présent l'hypothèse du jugement translatif de propriété comme cause juridique permettant de suppléer au titre vicié.

Pour que le juge puisse rendre un jugement formateur permettant un transfert de droit réel, il doit pouvoir, en vertu du principe de la légalité (5 al. 1 Cst.), et plus précisément du sous-principe de la base légale, se fonder sur une règle générale et abstraite suffisamment claire et précise³⁹⁰. La question qui se pose est dès lors la suivante : est-ce que l'art. 2 al. 2 CC peut constituer une attribution de compétence suffisante pour permettre au juge de rendre un jugement formateur translatif de propriété ?

Nous avons vu précédemment³⁹¹ que le pouvoir correcteur octroyé au juge par l'art. 2 al. 2 CC n'est pas un pouvoir de modification de la loi. Le juge ne peut créer, modifier, transférer ou éteindre un droit subjectif *contra legem*³⁹². Cette faculté revient, en effet, exclusivement au législateur. L'art. 2 al. 2 CC ne constitue qu'une sorte de pouvoir négatif octroyé au juge lui permettant de paralyser les effets du droit subjectif d'un ayant droit dans un cas particulier lorsque l'exercice de ce droit est manifestement abusif. Par conséquent, cette disposition ne peut constituer une base légale suffisante permettant au juge de transférer un droit privé subjectif absolu par le biais d'un jugement formateur³⁹³.

³⁸⁹ ATF 68 II 229, c. 3 = JdT 1943 I 77 et les références citées.

³⁹⁰ AMOOS PIGUET, p. 118 et les références citées.

³⁹¹ Cf. ci-dessus : Partie III.F.

³⁹² AMOOS PIGUET, p. 120.

³⁹³ L'action fondée sur l'art. 665 al. 1 CC permet certes d'obtenir un jugement formateur translatif de propriété mais cette disposition adresse la problématique inverse à celle qui nous intéresse dans ce travail. En effet, l'art. 665 al. 1 CC vise le cas où le titre est valable et l'accomplissement du mode défaillant alors que dans notre hypothèse de travail, ce n'est pas l'accomplissement du mode qui pose problème mais le titre qui est vicié.

4. Quid de ne pas appliquer la théorie de l'abus de droit en relation avec les droits absolus ? :

Au vu des nombreuses difficultés d'application qu'engendre la théorie de l'abus de droit en relation avec les droits absolus, se pose inévitablement la question de la non-application de cette théorie dans ce domaine particulier du droit.

Nous avons vu ci-dessus³⁹⁴ qu'en vertu du principe de la légalité considéré sous l'angle du sous-principe de la base légale, le juge ne peut corriger la loi. Selon ce même principe de la légalité mais cette fois considéré sous l'angle du sous-principe de la suprématie de la loi, le juge ne peut méconnaître une règle de droit positif applicable dans l'espèce. La sanction de l'abus de droit étant consacrée dans la loi, le juge se doit d'en tenir compte et de l'appliquer lorsque ses conditions d'application sont réunies. Il ne peut, en effet, décider de lui-même de l'inapplicabilité d'une norme légale en vigueur, ce d'autant plus, qu'en l'occurrence, cette règle a valeur de principe général de l'ordre juridique et que c'est sur ce terrain particulier des droits réels que la théorie de l'abus de droit s'est bâtie, ainsi que nous l'avons vu dans la partie historique de ce travail³⁹⁵. Par conséquent, rien ne justifierait juridiquement de ne pas appliquer la théorie de l'abus de droit aux droits absolus.

5. Solutions envisageables :

Si on ne peut ni admettre un effet guérisseur de l'abus de droit sur la nullité du titre de transfert, ni admettre que le juge puisse rendre un jugement translatif de propriété fondé sur l'art. 2 al. 2 CC et ni refuser d'appliquer la théorie de l'abus de droit en présence de droits réels, quelles solutions notre ordre juridique nous offre-t-il encore afin de résoudre cette problématique ? Ici, nous nous attacherons à en mentionner trois.

Une première solution serait à chercher du côté de l'usucapion (ou prescription acquisitive)³⁹⁶. Cette institution, qui remonte au droit romain³⁹⁷, est réglée, en ce qui concerne la matière immobilière, aux articles 661 et 662 du Code civil³⁹⁸. L'art. 661 CC traite de l'usucapion tabulaire (*secundum tabulas*) ou ordinaire et vise à rendre conforme au droit l'inscription erronée d'une personne qui a possédé l'immeuble de bonne foi, sans interruption et paisiblement pendant un délai légal de dix ans, ce alors même qu'elle n'est pas au bénéfice d'un titre d'acquisition valable³⁹⁹. L'art. 662 CC traite de l'usucapion extra-tabulaire (*extra tabulas*) ou extraordinaire. Cette disposition vise soit la possession des immeubles non immatriculés, soit celle des immeubles dont le registre foncier ne révèle pas le propriétaire ou dont le propriétaire était mort ou déclaré absent au début d'un délai légal de trente ans. Dans notre cas, c'est l'art. 661 CC qui est pertinent puisqu'il y a inscription indue au registre foncier.

Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir si l'acquéreur, qui n'est juridiquement pas propriétaire, peut être considéré de bonne foi. Soit l'on peut se dire que le jugement opposant à l'action en revendication du propriétaire son abus de droit détruit la bonne foi de l'acquéreur, soit l'on peut considérer que l'abus de droit du demandeur est, au contraire, générateur de bonne foi chez l'acquéreur en ce que cela le conforte dans sa possession. Si on admet la bonne foi de

³⁹⁴ Cf. ci-dessus : Partie IV.C.3.

³⁹⁵ Cf. ci-dessus : Partie II.B.3.

³⁹⁶ AMOOS PIGUET, p. 143 ss.

³⁹⁷ Voir par exemple D 41, 3, 1 GAIUS ; D 41, 3, 3 MODESTIN. Pour aller plus loin, voir MONIER, N 302 ss, p. 541 ss.

³⁹⁸ L'usucapion en matière mobilière est réglée à l'art. 728 CC.

³⁹⁹ CR CC II-STEINAUER, art. 661, N 1.

l'acquéreur, alors l'art. 661 CC peut s'appliquer à notre cas d'espèce. A l'inverse, si, comme le soutient AMOOS PIGUET⁴⁰⁰, on n'admet pas la bonne foi de l'acquéreur, alors l'art. 661 CC est inapplicable. Pour cette auteure, un certain illogisme apparaît dans la systématique de la loi lorsque l'on nie la bonne foi de l'acquéreur puisque « *la possession prolongée par une personne de mauvaise foi inscrite au registre en vertu d'un titre nul n'est pas protégeable, alors que celle par une personne de mauvaise foi non inscrite donne droit à l'acquisition* »⁴⁰¹. Dans une telle situation, il convient, selon elle, d'appliquer par analogie l'art. 662 CC *a fortiori* « *au cas où l'usucapion ordinaire n'aboutit pas faute de bonne foi de l'usucapant et que le vrai ayant droit ne peut de toute manière pas revendiquer à cause de l'abus de droit* »⁴⁰², ce, quand bien même il y a une inscription au registre foncier. Pour notre part, nous pensons que la différence fondamentale entre l'art. 661 et l'art. 662 CC réside dans l'inscription ou non au registre foncier et que donc, il est difficilement admissible d'appliquer, même par analogie, l'art. 662 CC alors qu'il y a justement une inscription au registre foncier. Nous pensons que la bonne foi de l'acquéreur peut être admise et que, partant, l'art. 661 CC est applicable à l'espèce.

Un deuxième moyen permettant de corriger l'insécurité juridique résultant pour les tiers de l'apparence de droit créée par l'inscription de l'acquéreur au registre foncier alors que celui-ci n'est juridiquement pas propriétaire est l'application de l'art. 973 CC⁴⁰³. Selon cette disposition, « *[c]elui qui acquiert la propriété ou d'autres droits réels en se fondant de bonne foi sur une inscription du registre foncier, est maintenu dans son acquisition* ». En effet, en raison de l'importance fondamentale que revêt le principe de publicité en matière de droits réels, la loi rattache une présomption de titularité à l'apparence de droit créée par le moyen de publicité qu'est l'inscription au registre foncier. La loi protège donc celui qui, de bonne foi, s'est fié à une inscription au registre foncier. Cette règle constitue donc un correctif mettant fin à l'insécurité juridique résultant pour les tiers de l'application de la théorie de l'abus de droit en matière de droits réels.

Enfin, une dernière solution que nous pouvons mentionner nous est proposée par AMOOS PIGUET⁴⁰⁴. Afin de protéger les intérêts juridiques de tiers non concernés par les circonstances de l'abus de droit, cette auteure suggère d'admettre une lacune dans le système de l'art. 975 CC, soit l'action réelle en rectification du registre foncier. En effet, cette disposition prévoit que seules les personnes dont les droits réels ont été lésés par une inscription faite, modifiée ou radiée sans cause soient activement légitimées à agir. AMOOS PIGUET propose donc d'étendre la légitimation active à tout tiers, et non plus aux seuls titulaires de droits réels, ayant un intérêt juridique à la rectification d'une inscription effectuée en vertu d'un titre absolument nul. Cette solution permettrait ainsi de pallier les risques d'une publicité inexacte des droits réels immobiliers en protégeant les tiers. Cela nécessiterait toutefois une modification législative.

En conclusion, l'apparence de droit créée par l'application de la théorie de l'abus de droit en matière de transfert de droits réels lorsque le titre est déclaré absolument nul pose, certes, toute une série de difficultés sur le plan théorique mais reste, d'un point de vue pratique, limitée dans le temps en vertu de l'art. 661 CC et n'est pas nuisible aux tiers de bonne foi en vertu de l'art. 973 CC.

⁴⁰⁰ AMOOS PIGUET, p. 161-162.

⁴⁰¹ AMOOS PIGUET, p. 176.

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ ATF 86 II 398 = JdT 1961 I 212.

⁴⁰⁴ AMOOS PIGUET, p. 131 ss.

D. Application de la théorie de l'abus de droit en relation avec des droits relatifs :

Après avoir étudié les effets de l'abus de droit en relation avec les droits absolus, examinons maintenant ce qu'il en est avec des droits relatifs. Ainsi que nous l'avons dit à plusieurs reprises, l'abus de droit est un moyen relatif qui, selon l'*Aussentheorie*, se retient vis-à-vis d'un sujet de droit déterminé. Par conséquent, le domaine du droit des obligations, en ce qu'il s'agit généralement de situations juridiques opposant un créancier et un débiteur, se prête bien à l'application de la théorie de l'abus de droit et ne soulève pas de difficultés particulières, contrairement à ce que nous venons de voir avec les droits absolus.

Toutefois, les choses se compliquent lorsqu'intervient dans la relation juridique une tierce personne. Un cas intéressant illustrant ce point est celui de la cession de créance. Supposons un abus de droit manifeste de la part du cédant vis-à-vis du débiteur. Est-ce que cet abus de droit peut être invoqué par le débiteur à l'égard du cessionnaire de bonne foi qui n'est pas au courant des manœuvres frauduleuses du cédant ?

En principe, l'abus de droit étant un moyen relatif, les tiers ne sont pas touchés par l'abus. Dans notre cas, l'abus de droit ne pourrait donc pas être retenu à l'égard du cessionnaire. Toutefois, la loi apporte une exception à ce principe. Dans les règles relatives à la cession de créance, l'art. 169 al. 1 CO dispose, en effet, que : « *Le débiteur peut opposer au cessionnaire, comme il aurait pu les opposer au cédant, les exceptions qui lui appartenaient au moment où il a eu connaissance de la cession* »⁴⁰⁵. Ainsi, il convient de déterminer, à titre préjudiciel, si l'art. 2 al. 2 CC revêt la nature d'exception ou d'objection.

Une exception est un moyen de droit personnel qui, en ce qu'il s'agit de l'exercice d'un droit formateur, doit être soulevé spontanément pour être efficace, tandis que l'objection est un élément de fait retenu d'office par le tribunal. Nous avons vu ci-dessus⁴⁰⁶ que l'abus de droit est un moyen que le juge retient d'office. Partant, l'art. 2 al. 2 CC constitue techniquement une objection⁴⁰⁷.

La lettre de l'art. 169 al. 1 CO mentionnant uniquement les exceptions, on serait alors tenté d'affirmer que les objections ne sont pas visées par cette disposition. Or, un tel raisonnement est incorrect. En effet, si les exceptions sont visées à l'art. 169 al. 1 CO, alors, à plus forte raison, les objections qui se rapportent à une situation objective, comme leur nom l'indique, peuvent être soulevées. Partant, même si l'art. 2 al. 2 CC est techniquement une objection, on admet que le régime de l'art. 169 CO lui est applicable.

En conclusion, l'art. 169 al. 1 CO permet au débiteur d'invoquer contre le cessionnaire le moyen de l'abus de droit même si ce n'est pas ce cessionnaire personnellement qui est à l'origine de l'abus. Ainsi, cette disposition a pour effet de corriger les conséquences du caractère relatif de l'abus de droit à l'égard du cessionnaire.

⁴⁰⁵ Nous avons vu au début de ce travail (cf. ci-dessus : Partie II.B.2b) que le droit romain (D 46, 2, 19 PAUL) prévoyait sur ce point une solution différente puisqu'il considère que « *l'exception de dol qui pouvait être opposée au cédant, cesse dans la personne du créancier à qui le débiteur est délégué* ».

⁴⁰⁶ Cf. ci-dessus : Partie IV.C.1.d.

⁴⁰⁷ HONSELL, N 34 *ad* art. 2 CC, p. 45.

E. Application de la théorie de l'abus de droit en relation avec des règles d'ordre public :

Un dernier point qu'il est intéressant de relever brièvement concerne l'application de la théorie de l'abus de droit en relation avec des règles d'ordre public.

L'ordre public est un noyau de règles fondamentales et impératives de l'ordre juridique suisse qui s'imposent à tous et en toute hypothèse. A titre illustratif, le *numerus clausus* des droits réels ou encore les règles contre le mariage blanc⁴⁰⁸ font partie des règles d'ordre public de notre ordre juridique.

Comment agit donc l'abus de droit sur des règles d'ordre public ? L'art. 2 al. 2 CC peut-il permettre de contourner l'application de telles règles ? La réponse à cette dernière question est négative. En effet, l'abus de droit ne permet de corriger que ce qui relève de la sphère juridique des parties ; il ne peut changer ce qui relève de l'ordre public. Cela est somme toute assez logique : il serait, en effet, surprenant que l'abus de droit puisse permettre d'obtenir un résultat qu'on ne pourrait obtenir régulièrement. Si des parties de bonne foi ne peuvent contourner l'ordre public, on ne peut naturellement pas admettre une telle chose si une des deux adopte un comportement critiquable sous l'angle de l'art. 2 CC.

Les règles d'ordre public font donc barrage à l'application de l'art. 2 al. 2 CC et constituent donc, en ce sens, une limite à l'application de cette disposition. Le correctif de l'abus de droit ne peut paralyser l'exercice de n'importe quel droit subjectif ; les règles impératives d'ordre public empêchent ce mécanisme en s'imposant à tous. Ainsi, en cas de violation d'une règle d'ordre public, il est parfaitement inutile d'invoquer l'abus de droit : la situation juridique est nulle de toute façon et l'abus de droit n'y change rien.

V. Conclusion :

Au début de ce travail, nous avons vu que la théorie de l'abus de droit s'est, historiquement, développée autour de deux axes : l'*exceptio doli*, d'origine romaine, et l'interdiction de la chicane, trouvant son fondement dans l'*aemulatio*, elle-même trouvant son fondement dans l'institution germanique du *Neidbau*. Notre étude a permis de mettre en exergue la nécessité ressentie, à différents moments dans l'Histoire et par divers ordres juridiques, de poser des limites à l'exercice des droits subjectifs.

Nous nous sommes ensuite demandé quels étaient les fondements théoriques de l'application de l'abus de droit dans la théorie générale des droits privés subjectifs. Comment expliquer le mécanisme d'application de la théorie de l'abus de droit ? Pour ce faire, il n'est pas possible de faire l'impasse sur l'étude des courants doctrinaux, notamment allemands, de la fin du XIX^{ème} siècle. En effet, les controverses relatives à la justification théorique de l'abus de droit trouvent leurs origines dans la manière de concevoir le contenu et les limites des droits subjectifs. Dans ce contexte, deux théories historiques et proches de la philosophie du droit s'opposent : l'*Innentheorie* et l'*Aussentheorie*. D'origine romaniste, l'*Innentheorie* part d'une conception relative des droits privés subjectifs. Ceux-ci possèdent, en eux-mêmes, leurs propres limites au-delà desquelles, l'exercice du droit n'est plus considéré comme tel, mais comme un agissement sans droit, c'est-à-dire un acte illicite. L'abus de droit est, dans ce cadre, un élément intérieur au droit privé subjectif. L'*Aussentheorie*, en revanche, part d'une conception absolue des droits privés subjectifs. Cette théorie, d'origine romaniste, conçoit les droits subjectifs comme

⁴⁰⁸ ATF 113 II 472 = JdT 1989 I 355.

illimités par principe. Des restrictions peuvent tout de même être apportées à l'exercice du droit, mais celles-ci ne sont pas, comme c'est le cas pour l'*Innentheorie*, intrinsèques au droit, mais elles sont extrinsèques à celui-ci. Ce sont les droits des tiers qui bornent l'exercice du titulaire du droit subjectif. Ainsi, la distinction entre le contenu et l'exercice du droit est fondamentale : selon l'*Aussentheorie*, les limites se rapportent à l'exercice du droit alors que selon l'*Innentheorie*, elles se rapportent au contenu du droit lui-même. Bien que ces théories ne soient aujourd'hui plus discutées, le choix en faveur de l'une ou de l'autre peut avoir des conséquences pratiques concrètes. Ce sont, par ailleurs, ces conséquences pratiques, notamment lorsque l'abus de droit est mis en relation avec des droits absolus, qui permettent de démontrer que seule l'*Aussentheorie* est juridiquement concevable et logique, cela en raison du caractère éminemment relatif de l'abus de droit. En effet, l'abus de droit n'est pas lié à la nature du droit dont il est fait un usage abusif, mais est relatif d'une personne à une autre.

Nous nous sommes également penchés sur la question de savoir quelle théorie le législateur suisse avait choisie pour notre Code. Nous avons, pour cela, étudié les travaux préparatoires de la loi, ainsi que les influences doctrinales et la pensée du père de notre Code civil : Eugen HUBER. A cet égard, il convient de relever, une fois encore, l'influence décisive qu'Otto VON GIERKE et Rudolf STAMMLER ont exercée sur HUBER dans l'élaboration de notre article 2 CC. Finalement, nous sommes arrivés à la conclusion que la volonté de HUBER était d'ancrer à l'art. 2 al. 2 CC l'*Innentheorie*, soit le principe de relativité des droits. En résulte ainsi une contradiction entre la volonté du législateur, qui était en faveur de l'*Innentheorie*, et la jurisprudence et la doctrine dominante qui soutiennent l'*Aussentheorie*, seule théorie logique et donc réellement concevable.

Enfin, nous avons étudié quels étaient les effets de l'application de la théorie de l'abus de droit sur les droits privés subjectifs, autrement dit, comment la sanction de l'abus de droit agit sur les droits subjectifs. Nous avons, premièrement, constaté que l'abus de droit n'entraîne pas la déchéance du droit, mais plutôt la paralysie de son exercice *in casu*, ce qui confirme, une fois encore, l'*Aussentheorie*. Nous nous sommes, secondement, intéressés aux difficultés d'application de la théorie de l'abus de droit en relation avec des types particuliers de droits, à savoir les droits absolus, les droits relatifs et les règles d'ordre public.

Notre étude nous a permis de concevoir le principe général de l'interdiction de l'abus de droit comme un instrument de transformation des règles formelles, à la fois dangereux et formidable⁴⁰⁹. Dangereux d'abord, car en permettant au juge de corriger les imperfections du droit positif et en lui accordant un droit de veto à l'application de la loi positive, l'art. 2 al. 2 CC peut être considéré comme une exception au principe constitutionnel de la légalité⁴¹⁰. Toutefois, cette institution peut également être considérée comme bonne et nécessaire car, comme le soulignait déjà ARISTOTE, le législateur ne peut envisager toutes les hypothèses d'application que la norme qu'il édicte sera amenée à régir. Dans ce contexte, les principes généraux, et notamment l'interdiction de l'abus de droit, constituent, en quelque sorte, une soupape de sûreté du droit⁴¹¹. En effet, l'interdiction de l'abus de droit permet au juge de paralyser l'efficacité d'une règle lorsque son application formelle contredit le sentiment de justice⁴¹². C'est un pouvoir octroyé au juge d'effectuer à nouveau la balance des intérêts en présence afin de faire primer, dans l'espèce, le « juste ». Dans le même sens, l'interdiction de

⁴⁰⁹ BROGGINI, p. 21.

⁴¹⁰ ATF 128 III 201, c. 1c ; ATF 107 II 169, c. 2a. Cf. également MERZ N 31 *ad* art. 2 CC ; DESCHENAUX, p. 141 ; ABBET, p. 324. Cf. ci-dessus : Partie IV.B.3.

⁴¹¹ TERCIER, p. 452 ; AMOOS PIGUET, p. 37 ; ABBET, p. 325 ; DESCHENAUX, p. 145.

⁴¹² STEINAUER, N 480, p. 170-171.

l'abus de droit est un outil d'interprétation permettant d'actualiser la règle de droit (*Aktualisierung*)⁴¹³ en fonction des évolutions sociétales. Ainsi, si elle est maniée avec prudence⁴¹⁴, ce qui constitue l'essence même du devoir du juge, l'interdiction de l'abus de droit apparaît bien plus comme un moyen complémentaire et nécessaire au droit formel édicté par le législateur permettant la réalisation de la justice dans les relations entre les individus.

Pour conclure, ce travail a permis de mettre en exergue la valeur fondamentale qu'occupent, dans notre droit privé, les principes généraux. Ces principes, tels l'équité, la bonne foi ou l'interdiction de l'abus de droit, HUBER les a conçus comme les assises de son œuvre de codification⁴¹⁵. En effet, dans le prolongement d'ARISTOTE avec l'*epieikeia*, puis des Romains avec l'*aequitas*, HUBER a fait entrer l'équité par la grande porte de notre loi civile, à savoir le titre préliminaire. Pour HUBER, l'équité n'est pas un élément extérieur au droit subjectif ; c'est, au contraire, un élément qui est intégré à ce concept. Le contenu du droit subjectif est limité par cette finalité qu'est l'exercice équitable du droit. Ainsi, bien plus qu'une simple limite à l'exercice des droits subjectifs, l'interdiction de l'abus de droit incarne, dans l'esprit du législateur, une véritable conception éthique et morale du droit. C'est ainsi, par le biais de l'art. 2 CC, que cette conception du droit irradie l'ensemble du Code si l'on pense, comme certains auteurs⁴¹⁶, que l'art. 2 CC constitue la *ratio legis* de toutes les dispositions du Code civil en ce qu'elles concernent directement ou indirectement les droits subjectifs.

⁴¹³ BROGGINI, p. 21. *Contra* : STEINAUER, N 483, p. 171-172.

⁴¹⁴ Ainsi que HUBER lui-même le disait : HUBER, *Rechtsverwirklichung*, p. 139. Dans le même sens voir ROSSEL/MENTHA, N 57, p. 68.

⁴¹⁵ HUBER, *Exposé des motifs*, I, p. 21.

⁴¹⁶ MORIN, p. 221.

Table des abréviations :

a (+ loi)	ancien (signifie qu'il s'agit d'une loi abrogée)
AG	<i>Anonyme Gesellschaft</i> (société anonyme)
al.	alinéa(s)
AP	avant-projet
ap. J.-C.	après Jésus-Christ
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
av. J.-C.	avant Jésus-Christ
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> du 18 août 1896 (Code civil allemand)
BO	Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse
c.	considérant
c/	contre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CCF	Code civil français du 21 mars 1804 (Code Napoléon)
Cf.	<i>confer</i> (se reporter à)
CFO	Code fédéral des obligations du 14 juin 1881 (RO 5 577), abrogé
CN	Conseil national
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
D	Digeste
DFJP	Département fédéral de justice et police
éd.	édition
édits.	éditeurs
etc.	<i>et caetera</i>
FF	Feuille fédérale suisse
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (locution latine signifiant « même endroit »)
Inst.	Institutes
JdT	Journal des tribunaux
N	numéro
n.	notes de bas de page
p.	page(s)
RO	Recueil officiel du droit fédéral suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral suisse
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
SJ	Semaine judiciaire
SR	<i>systematische Rechtssammlung</i>
ss	et suivant(e)s
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral suisse
Tit. fin.	titre final
vol.	volume
VS	Valais
ZGB	<i>Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210</i>

Bibliographie :

Ouvrages et commentaires :

ABBET Stéphane, *De l'exceptio doli à l'interdiction de l'abus de droit : étude de droit romain et de droit suisse*, Schulthess, Genève 2006.

AMOOS PIGUET Mihaela, *La théorie de l'abus de droit en relation avec les droits absolus : nullité absolue du titre de transfert immobilier, exercice tardif du droit*, Bis et Ter, Lausanne 2002.

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, traduction française par Jules TRICOT, J.Vrin, Paris 1959.

ARNESBERG VON Karl Ludwig Arndts, *Lehrbuch der Pandekten*, J.G Cotta, Stuttgart 1879.

AUGSBURGER-BUCHELI Isabelle, *Genèse de l'article 2 du code civil suisse*, In : WIDMER Pierre/COTTIER Bertil, *Abus de droit et bonne foi*, Ed. universitaires, Fribourg 1994, p. 23-24.

BAUMANN Max, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band I : Einleitung und Personenrecht, Schulthess, Zurich 1998.

BECKER Hermann, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band VI : Obligationenrecht ; 1. Abteilung : Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183), Stämpfli, Berne 1917.

BEKKER Ernst Immanuel, *System des heutigen Pandektenrechts*, Band I, H. Böhlau, Weimar 1886-1889.

BROGGINI Gerardo, *L'abus de droit et le principe de la bonne foi : aspects historiques et comparatifs*, In : WIDMER Pierre/COTTIER Bertil, *Abus de droit et bonne foi*, Ed. universitaires, Fribourg 1994, p. 3-21.

CHAPPUIS Christine, *Art. 2 CC*, In : PICHONNAZ Pascal/FOËX Bénédict (édits.), *Code civil I : art. 1-359 CC*, Commentaire romand, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2010. (Cité : CR CC I-CHAPPUIS, art. 2)

CICÉRON, *De Officiis*, Traduction française par E. SOMMER, Hachette, Paris 1877.

CORDEY Eugène, *La notion de l'abus de droit : à propos de l'art. 3 du Projet de Code civil suisse*, In : JdT 1905 p. 98 ss.

COROI Constantin C., *La théorie de l'abus du droit et 'l'excès' du droit en droit français*, thèse, Genève 1910.

CURTI-FORRER Eugen, *Commentaire du Code civil suisse*, traduit de l'allemand par Max-E. PORRET, Delachaux & Niestlé, Neuchâtel 1912.

DABIN Jean, *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé*, Sirey, Paris 1935. (Cité : DABIN, *Technique*)

- DABIN Jean, *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris 1952. (Cité : DABIN, *Droit subjectif*)
- DEMOLOMBE Charles, *De la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit de l'usage et de l'habitation*, tome premier, volume 9, Hachette, Paris 1854.
- DERNBURG Heinrich, *Pandekten*, Vol. I, H.W. Müller, Berlin 1894.
- DESCHENAUX Henri, *Le titre préliminaire du code civil*, In : *Traité de droit civil suisse*, Tome II, 1, Éditions universitaires, Fribourg 1969.
- DESSERTAUX Marc, *Abus de droit ou conflit de droit*, In : *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris 1906.
- EGGER August, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band I : *Einleitung und Personenrecht*, Schulthess, Zurich 1930.
- ELSENER Ursula, *Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2004.
- GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg/HEINZ Rey/EMMENEGGER Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht : Allgemeiner Teil*, Band I, 11. Auflage, Schulthess, Zurich 2020. (Cité : GAUCH/SCHLUEP)
- GENY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, tome deuxième, seconde édition revue et mise au courant, Librairie générale de droit & de jurisprudence, Paris 1919.
- GIERKE Otto VON, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Keip Verlag Goldbach, Leipzig 1889. (Cité : GIERKE, *Entwurf*)
- GIERKE Otto VON, *Deutsches Privatrecht*, Band 1 : *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Duncker & Humblot, Leipzig 1895. (Cité : GIERKE, *Deutsches Privatrecht*)
- GIGER Hans, *Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge : ein Beitrag zur Lehre über das Sanktionensystem im schweizerischen Obligationenrecht*, Schulthess, Zurich 1989.
- GMÜR Max, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band I : *Einleitung und Personenrecht*, Stämpfli, Berne 1919.
- GUGGENHEIM Daniel, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé*, thèse, Genève 1970.
- HAAB Robert/SIMONIUS August/SCHERRER Werner/ZOBL Dieter, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band IV : *Das Sachenrecht ; 1. Abteilung : Das Eigentum*, 2. Auflage, Schulthess, Zurich 1977. (Cité : HAAB/SIMONIUS)
- HAUSHEER Heinz/JAUN Manuel, *Die Einleitungsartikel des ZGB : Art. 1-10 ZGB*, Stämpfli, Berne 2003.

HEUBERGER Jakob, *Ueber einzelne Bestimmungen des Entwurfes des schweizerischen Civilgesetzbuches*, In : *Revue de droit suisse*, 24 (1905), p. 117 ss.

HONSELL Heinrich, *Basler Kommentar*, Zivilgesetzbuch I : Art. 1-456 ZGB, 4. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2010.

HUBER Eugen, *Code civil suisse : exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de justice et police*, Vol. I-III, Imprimerie Bächler, Berne 1901-1902. (Cité : HUBER, *Exposé des motifs*).

HUBER Eugen, *Deutsches Privatrecht*, In : *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft*, 1896 (20), p. 93-163. (Cité : HUBER, *Deutsches Privatrecht*)

HUBER Eugen, *Recht und Rechtsverwirklichung : Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1920. (Cité : HUBER, *Rechtsverwirklichung*)

HUBER Eugen, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes*, 4. Band, C. Detloff's Buchhandlung, Bâle 1893. (Cité : HUBER, *System und Geschichte*)

HUWILER Bruno, *La genèse de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)*, In : WIDMER Pierre/COTTIER Bertil, *Abus de droit et bonne foi*, Ed. universitaires, Fribourg 1994, p. 35-62.

IONESCU Octavian, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Thèse, Paris 1931.

JHERING Rudolf VON, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Band 6, Friedrich Mauke, Jena 1863.

JOSSERAND Louis, *De l'abus des droits*, Arthur Rousseau, Paris 1905. (Cité : JOSSERAND, *L'abus*)

JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité : Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, Paris 1939. (Cité : JOSSERAND, *L'esprit*)

KIERULFF Johann Friedrich Martin, *Theorie des Gemeinen Civirechts*, Band I, Altona 1839.

LAURENT François, *Principes de droit civil*, Vol. 20, Bruylant-Christophe, Bruxelles 1883.

LIECHTI Eugen, *Die Verrufserklärungen im modernen Erwerbsleben, speciell Boykott und Arbeitersperre*, thèse, Zurich 1897.

MARTIN Alfred Henri, *L'abus du droit et l'acte illicite*, In : *Revue de droit suisse*, 25 (1906), p. 21-60.

MEIER-HAYOZ Arthur, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht*, Band IV : Sachenrecht ; 1. Abteilung : Das Eigentum ; 2. Teilband : Grundeigentum I, Art. 655-679 ZGB, 3. Auflage, Stämpfli, Berne 1974. (Cité : MEIER-HAYOZ, *Sachenrecht*)

MEIER-HAYOZ Arthur, *Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-10)*, 3. Auflage, Schulthess, Zurich 1979. (Cité : MEIER-HAYOZ, *Einleitungsartikel*)

MERLE Jean-Christophe, *La conception du droit de Hermann Cohen et de Hans Kelsen*, In : Revue germanique internationale, Vol. 6, 2007, p. 123-134.

MERZ Hans, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht*, Band I/1, Einleitung : Artikel 1-10 ZGB, Berne 1962.

MONIER Raymond, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome premier, seconde édition revue et complétée, Les éditions Domat-Monchrestien, Paris 1938.

MORIN Ariane, *Les articles 2 et 4 CC : deux règles dans l'esprit du Code civil suisse*, In : Revue de droit suisse, 126 (2007) II, p. 203-236.

MOTULSKY Henri, *Le droit subjectif et l'action en justice*, Archives de Philosophie du Droit, Sirey 1964, p. 215-230.

OERTMANN Paul, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen*, Erstes Buch : Allgemeiner Teil, Carl Heymanns, Berlin 1908.

OSER Hugo /SCHÖNENBERGER Wilhelm, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band V : Das Obligationenrecht ; 1. Halbband : Art. 1-183, 2. Umgearbeitete Auflage, Schulthess, Zurich 1929. (Cité : OSER/SCHÖNENBERGER, Art. X)

OSER Hugo /SCHÖNENBERGER Wilhelm, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band V : Das Obligationenrecht ; 2. Halbband : Art. 184-418, 2. Umgearbeitete Auflage, Schulthess, Zurich 1936. (Cité : OSER/SCHÖNENBERGER, Art. X)

PERROCHET André, *Essai sur la théorie de l'abus de droit : (Art. 2 C.C.S) dans ses rapports avec la responsabilité pour actes illicites*, thèse, Neuchâtel 1920.

PETER Hansjörg, *Textes de droit romain et de droit suisse : Successions, droits réels, procédure et exécution forcée*, Schulthess, Zurich 2015.

PFEIFFER-MUNZ Susanne, *Soziales Recht ist deutsches Recht*, thèse, Schulthess, Zurich 1979.

PLANCK Gottlieb, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, Band I : Einleitung und allgemeiner Theil, J. Guttentag, Berlin 1897.

PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome II, F. Pichon, Paris 1902.

REGELSBERGER Ferdinand, *Pandekten*, Band I, Dunker & Humblot, Leipzig 1893.

RIEMER Hans Michael, *Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-10 ZGB) : Eine Einführung*, Stämpfli, Berne 1987.

ROGUIN Ernest, *La science juridique pure*, tome troisième, Librairie F. Rouge, Lausanne 1923.

ROSSEL Virgile/MENTHA Frédéric-Henri, *Manuel du droit civil suisse*, tome premier, 2^{ème} éd., Payot, Lausanne 1922.

ROTONDI Mario, *L'abuso di diritto, « Aemulatio »*, CEDAM, Padova 1979.

ROUBIER Paul, *Droit subjectif et situations juridiques*, Dalloz, Paris 1963.

SALEILLES Raymond, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, 3^e éd., Paris 1914.

SCHMID Jörg, *Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen : ausgewählte bundesrechtliche Probleme*, Universitätsverlag, Fribourg 1988.

SCHMIDLIN Bruno, *Les dessous de table : Les conséquences de l'inobservation des prescriptions de forme dans l'acquisition d'immeuble*, In : SJ 1989, p. 497 ss.

SCHNEIDER Albert/FICK Heinrich, *Das Schweizerische Obligationenrecht, samt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen*, Band I, Schulthess, Zurich 1896.

SOURDAT Auguste, *Traité de la responsabilité*, Vol. 1, Marchal-Billard, Paris 1876.

STAMMLER Rudolf, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, J. Guttentag, Berlin 1902. (Cité : STAMMLER, *Die Lehre*)

STAMMLER Rudolf, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co, Berlin 1928.

STAMMLER Rudolf, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Buchhandlung des Waisenhauses, Halle 1911. (Cité : STAMMLER, *Theorie*).

STEINAUER Paul-Henri, *Art. 661 CC*, In : PICHONNAZ Pascal/FOËX Bénédict/PIOTET Denis (édits.), *Code civil II : art. 457-977 CC et art. 1-61 Tit. fin. CC*, Commentaire romand, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2016. (Cité : CR CC II-STEINAUER, art. 661)

STEINAUER Paul-Henri, *Le titre préliminaire du Code civil*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2009.

TERCIER Pierre, *L'abus de droit en droit privé suisse*, In : *Inchieste di diritto comparato*, vol. 7, publié sous la direction de M. Rotondi, Padoue 1979.

TRÜEB Hans, *Der Rechtsmissbrauch (Schicane) im modernen Recht, : unter besonderer Berücksichtigung von Art. 2, 2 des schweiz. Zivilgesetzbuches*, thèse, Berne 1909.

TUHR Andreas VON/SIEGWART Alfred, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 1. Halbband, 2. Ergänzte Auflage, Schulthess, Zurich 1942.

TUOR Peter, *Le code civil suisse : exposé systématique tenant compte de la jurisprudence du Tribunal fédéral*, traduit de l'allemand par Henri DESCHENAUX, Schulthess, Zurich 1950.

UNGER Joseph, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Band I, Breitkopf und Härtel, Leipzig 1876.

WÄCHTER Carl Georg VON, *Pandekten*, Vol. I, Breitkopf und Härtel, Leipzig 1880.

WENDT Otto, *Lehrbuch der Pandekten*, Gustav Fischer, Jena 1888.

WINDSCHEID Bernhard/KIPP Theodor, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Band I, Rütten & Loening, Francfort-sur-le-Main 1891.

XOUDIS Julia, *Art. 11 CO*, In : THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édits.), *Code des obligations I : art. 1-529 CO*, Commentaire romand, Helbing & Lichtenhahn, 2^{ème} édition, Bâle 2012. (Cité : CR CO I-XOUDIS, art. 11).

ZELLER Ernst, *Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot : Prinzipiengehalt und Konkretisierung von Art. 2 ZGB*, Schulthess, Zurich 1981.

Textes officiels et sources :

Corpus Iuris Civilis, Digeste – Pandectes, Portail Numérique d'Histoire du droit, Traduction française de Henry Hulo, Édition de Metz 1803 (http://www.histoiredudroit.fr/corpus_iuris_civilis.html)

Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse, 1906, Conseil national, p. 1031 ss.

Département fédéral de justice et police, Avant-projet du Code civil suisse, Berne 1900.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse, du 28 mai 1904, FF 1904 IV 1 ss.

Deutsches Reich : Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Vol. 1-6, Guttentag, Berlin 1888.