

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

La réception de la théorie de l'abus de droit en droit français

Fabrice Bin

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

La réception de la théorie de l'abus de droit en droit français

Dr Fabrice Bin,

Maître de conférences de droit public

Université Toulouse 1 Capitole IRDEIC

Introduction :

La réception de l'abus de droit, symbole de trois crises du droit français

Il n'aura pas échappé à l'assistance que ce colloque sur l'abus de droit n'est pas un colloque de théorie du droit mais qu'il est structuré autour des diverses manifestations de cette notion juridique. Pour autant, afin d'entamer notre dialogue, il est impératif de définir notre sujet commun et surtout d'en établir la délimitation au sein de nos droits respectifs.

Définition

Qu'est-ce que « l'abus de droit » en droit français ? C'est d'abord une notion que chaque étudiant français découvre dans le grand cours d'introduction au droit en première année de licence. Les divers manuels consacrés à la matière s'étendent plus ou moins sur ce sujet, pour des raisons sur lesquelles j'aurai l'occasion de revenir. Si cet étudiant des facultés de droit françaises souhaite obtenir une définition de cette notion, il peut ouvrir un des lexiques des termes juridiques. Voici ce qu'il découvre. Dans le lexique sans doute le plus diffusé, dû à l'origine à R. Guillien (1906-1980) et J. Vincent (1909-1996), il peut apprendre qu'il s'agit du « *Fait par le titulaire d'un droit de le mettre en œuvre en dehors de sa finalité ou, selon un autre critère, sans intérêt pour soi-même et dans le seul but de nuire à autrui. Constitutif d'une faute, il pourra donner lieu à réparation civile dans les conditions du droit commun* »¹. Cela semble clair mais cet étudiant serait bien inspiré d'aller consulter également le lexique dû à Gérard Cornu (1926-2007) qui précise à propos de la notion d'abus (sans qualificatif) qu'il s'agit d'un « *usage excessif d'une prérogative juridique ; action consistant pour le titulaire d'un droit, d'un pouvoir, d'une fonction, à sortir, dans l'exercice qu'il en fait, des normes qui en gouvernent l'usage licite.* »² Puis, sous le verbe « abus - de droit », « ou abus d'un droit ou abus du droit », il est précisé entre parenthèses, quatre définitions spécifiques aux matières civile (définition proche de celle du *Lexique des termes juridiques* précité qui renvoyait quant à lui à tout le droit privé), fiscale, international publique et du travail. Mais aucune définition générale de l'abus de droit ne nous est donnée.

La comparaison de ces deux dictionnaires juridiques d'usage courant est très instructive. Pourquoi une telle différence ? A ce stade, il faut remarquer au moins deux choses :

1°) que le *Lexique* a été rédigé initialement par deux professeurs à la Faculté de droit de Lyon. Ils sont en quelque sorte les héritiers du doyen Josserand qui a laissé une théorie de l'abus de droit dont nous reparlerons. Le doyen Cornu pour sa part, fait état de la situation objective de l'abus de droit en droit français : il n'en existe pas de définition unique. Cette communication aura notamment pour objet d'expliquer pourquoi.

¹ Guillien R., Vincent J. (dir.†), *Lexique des termes juridiques*, 22^e éd., Paris, 2014, 3-4.

² Cornu G., Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, 2014, 7.

2°) en complément : il n'existe pas de formulation unique pour qualifier la notion : les auteurs distinguent selon les cas « abus de droit », « abus du droit », « abus des droits », « abus d'un droit », ce qui reflète directement la difficulté à clairement l'identifier. Ne sera retenue par la suite que celle d'« abus de droit » pour des raisons de simplicité parce que cela reste un vocable fréquent et sans que cela ne traduise une quelconque position doctrinale.

Problématique

Pourquoi dès lors, une telle intervention consacrée à « la réception de l'abus de droit » en droit français ? Tout simplement parce que l'abus de droit ne s'imposait pas naturellement dans le système juridique (re)fondé par le Code Napoléon en 1804. Non présente dans le texte d'origine, cette notion n'apparaît qu'un siècle plus tard. La comparaison juridique a d'ailleurs un rôle fondamental ici puisque ce sont des exemples étrangers qui font prendre conscience à la doctrine universitaire française de l'existence possible d'un manque. Au début du XX^e siècle, la doctrine française s'empare de la notion nouvelle d'abus de droit³. C'est pour cette raison qu'il faut bien parler de « réception » d'un concept juridique jusqu'alors à peu près ignoré.

Il faut ici opérer une distinction au sein de la doctrine car il apparaît clairement que la question de l'abus de droit a concerné avant tout le droit privé⁴. Ainsi, parmi les principaux auteurs de l'époque, tous occupés à bâtir le droit public français moderne, les références à la notion d'abus de droit sont à peu près inexistantes. Rien à l'index du *Précis de droit administratif et de droit public* de M. Hauriou (1856-1929)⁵, à celui de la Contribution à la théorie de l'Etat de R. Carré de Malberg (1861-1935) ou encore à celui des Principes généraux du droit administratif de G. Jèze (1869-1953). Il est vrai que, en droit administratif, l'abus de droit prend la forme de l'excès de pouvoir⁶ car ce droit a été bâti du point de vue des droits de l'administration, non de l'administré face à l'Etat⁷. Il faut cependant remarquer que Léon Duguit (1859-1928) consacre plusieurs pages à la notion de « l'abus du droit » dans son fameux *Traité de droit constitutionnel*⁸. Son premier tome est consacré à une théorie du droit

³ Les bibliographies classiques citent notamment la thèse de Porcherot E., *De l'abus de droit*, Dijon, 1901, 221 p. ; l'étude de Saleilles R., De l'abus des droits, rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du Code civil, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, 325-350 ; Josserand L. ;, *De l'abus des droits*, Paris, 1905, 89 p. Entièrement consacrées à la notion, ce ne sont pour autant pas les premières à l'aborder. Nous renvoyons aux études d'ensemble qui seront référencées infra pour une bibliographie plus complète. A partir de ce début du XX^e siècle, la production doctrinale consacrée à l'abus de droit, spécialement dans certaines de ses manifestations, est très abondante.

⁴ D'ailleurs, le *Lexique* de Guillien et Vincent précité en fait une notion de droit privé.

⁵ C'est d'ailleurs surprenant puisque le doyen de Toulouse a repris les théories civilistes pour transposer l'abus de droit en droit administratif : M. Hauriou M., Note sous CE, 27 fév. 1903, Olivier-Zimmermann, *Recueil Sirey* 1905, 3, 17. Question commentée par Sfez L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, 1966, 203-204 et reprise par Plessix B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, 2003, 708.

⁶ M. Hauriou étudie dans un de ses notes une « question d'abus de droit ou de détournement de pouvoir dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire » : note sous CE, 17 juill. 1925, Banque de France, *Recueil Sirey*, 1925, III^e part., p.33, reproduite in M. Hauriou, *Notes d'arrêts*, Vol. 2, Paris, 1929, 99. Il faut remarquer que cette affaire avait trait à un problème de droit du travail, ce qui n'est pas anodin pour notre sujet comme cela sera souligné plus loin.

⁷ Sur l'échec des théories administrativistes centrées sur les droits des administrés, cf. N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Paris, 2003, 805 p. Pour un état récent, cf. V.A., *Les droits publics subjectifs des administrés*, Actes du colloque organisé en juin 2010 à l'université Montesquieu Bordeaux IV par l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), Paris, 2011, 238 p.

⁸ Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, Vol. 1, 3^e éd., Paris, 1927, 266-274.

et le doyen de Bordeaux conteste totalement la notion d'abus du droit car il rejette la théorie des droits subjectifs⁹. Cette position parfaitement logique permet de mettre en lumière une caractéristique fondamentale de la théorie de l'abus de droit : elle développe la théorie plus large des droits subjectifs, caractéristiques de la doctrine juridique moderne et libérale.

Le problème juridique a donc été, essentiellement pour la doctrine civiliste, de trouver une place à l'abus de droit dans une théorie générale moderne du droit des obligations en pleine construction au tournant des XIX^e et XX^e siècles en France.

Intérêt du sujet et plan retenu

Pour autant, cette problématique présente-t-elle un intérêt pour nos échanges ? Il me semble que cela est bien le cas. En effet, la réception de l'abus de droit correspond à un point de cristallisation de plusieurs crises majeures du droit français qu'il importe d'exposer pour sa meilleure connaissance par nos partenaires étrangers.

Pour des raisons de simplicité, le plan choisi développera ce qui nous semble caractériser les trois crises du droit français révélées par la théorie de l'abus de droit : une crise de « croissance » tout d'abord par comparaison avec les codes étrangers (I) ; une première crise doctrinale ensuite avec une succession de générations (II) ; une deuxième crise doctrinale enfin mais cette fois dans la relation des universitaires avec la jurisprudence (III).

I – Une crise de croissance du Code civil face aux codes étrangers modernes (BGB, Code suisse)

Malgré les tentatives doctrinales de trouver dans la jurisprudence ancienne du XIX^e siècle ou dans les adages romains un fondement déjà existant à l'abus de droit (B), il faut bien constater sa nouveauté quand il apparaît avec la loi du 27 décembre 1890 sur le contrat de travail. Les exemples étrangers ne font que révéler les lacunes du droit français (A).

A- La comparaison des droits comme révélateur des limites du système juridique français

La comparaison des droits est indispensable pour comprendre le problème posé par la théorie de l'abus de droit en droit français. Contrairement aux codes adoptés un siècle après lui, le Code français ne prévoit pas l'hypothèse d'un abus de droit.

Au contraire le Code civil suisse du 10 décembre 1907 (entré en vigueur en 1912) est connu pour disposer en son article 2 al. 2 que « *l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi* ». Quant au §.242 du BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) allemand de 1896 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900), il pose comme principe général du droit l'exécution de bonne foi des obligations contractuelles, donnant ainsi à la sanction de l'abus de droit une portée que le code civil français ne saurait lui accorder. Le BGB précise d'ailleurs §. 266 que « *l'exercice d'un droit n'est pas permis lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer à autrui un dommage* ».

⁹ *Ibid.*, 270.

Dans son rapport à la Commission pour la révision du Code civil, Raymond Saleilles (1855-1912) fait état de ces deux exemples étrangers et, il est plus largement célèbre pour avoir rénové la théorie générale des obligations en France en s'appuyant sur le projet de BGB¹⁰.

Le problème est alors rattaché au droit de la responsabilité mais R. Saleilles suggère de le détacher de l'article 1382 du Code civil pour lui donner une base plus adéquate. Dès lors, s'il intéresse au premier chef les civilistes, l'abus de droit concerne potentiellement tout le droit¹¹.

Mais il est difficile d'admettre pour des juristes français fiers du rayonnement du Code napoléon qu'il faille suivre des exemples étrangers. Dès lors les différents auteurs vont s'employer plus ou moins consciemment à trouver des fondements historiques à la théorie de l'abus de droit.

B- Une jurisprudence très largement réinterprétée ex post

Plusieurs auteurs ont ainsi cherché dans les décisions rendues par la Cour de cassation avant 1890 les « prémisses » d'une théorie de l'abus de droit en droit français. Les professeurs Pascal Ancel et Claude Didry ont excellemment démontré l'artificialité de cette entreprise d'atténuation du « caractère brutal de [« l'explosion »] de la notion d'abus de droit » au début du XX^e siècle¹². Hormis la décision relative aux troubles du voisinage (affaire de la « fausse cheminée » ayant pour seul but de gêner l'ensoleillement du voisin)¹³, toutes celles habituellement mentionnées n'y sont relatives que de façon assez artificielle. Il existe certes quelques cas relatifs au droit de la famille¹⁴ ou à l'abus d'action en justice¹⁵ mais tout cela reste limité. En réalité, l'abus de droit n'est introduit en droit français que par la loi du 27 décembre 1890 à propos de la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée¹⁶, question à propos de laquelle la Cour de cassation avait justement fait prévaloir la théorie exactement inverse à celle de l'abus de droit : « nul n'est en faute et passible de dommages-intérêts, s'il n'a fait qu'user de son droit »¹⁷.

¹⁰ Cf. *Essai d'une théorie générale de l'obligation, d'après le projet de Code civil allemand*. Dès la première édition (Paris, 1890), la notion apparaît mais sous le vocable d'abus de la liberté (pp. 348-349). C'est dans la deuxième édition de 1901 que de larges développements sont consacrés à ce sujet, certes en note de bas de page (pp. 370-373).

¹¹ Nous avons déjà souligné qu'en droit public il prenait une forme spécifique mais il faut noter que R. Saleilles fait état d'importantes décisions du Conseil d'Etat quant à l'introduction d'une responsabilité fondée sur le risque et non plus uniquement sur la faute (notamment CE, 25 juin 1895, *Cames*, Rec. 509, concl. Romieu, note Hauriou S. 1897, 3, 33) : Saleilles R., *De l'abus des droits*, rapport précité, 1905, 337. Ce faisant, le Conseil d'Etat reconnaît qu'une activité en soi licite peut provoquer un dommage. C'est un élément essentiel de la théorie de l'abus de droit. Ainsi le problème de droit privé intéresse aussi le droit public. D'ailleurs, le droit privé reste une source d'inspiration importante – mais pas unique – pour bâtir alors le droit administratif (cf. la thèse précitée de B. Plessix qui consacre d'ailleurs d'importants développements à la transposition de la théorie civiliste en droit administratif, p. 707 ff.).

¹² Ancel P. et Didry C., *L'abus de droit : une notion sans histoire ? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XX^e siècle*, in P. Ancel, G. Aubert et Ch. Chappuis (eds), *L'abus de droit. Comparaison franco-suisse*, actes du séminaire de Genève, mai 1998, Saint-Etienne, 2001, 51.

¹³ Cour d'appel, Colmar, 2 mai 1855, *DP* 1856, 2, 9. Les auteurs soulignent que « l'idée d'abus de droit, à défaut de notion explicite, est incontestablement présente », *ibid.*, 53.

¹⁴ Cass. Civ., 8 juill. 1857, *Recueil Dalloz*, 1857, 1, 273.

¹⁵ Cass. Civ., 5 fév. 1894, *Recueil Dalloz*, 1896, 1, 241.

¹⁶ Ancel P. et Didry C., *ibid.*, 55 ff.

¹⁷ Cass. Civ., 5 fév. 1872, *Recueil Dalloz*, 1873, 1, 64.

En complément, les auteurs ont invoqué le droit romain mais, celui-ci ignorant les droits subjectifs et ayant « *une conception fort absolutiste des droits privés* »¹⁸, il était assez hasardeux d'y chercher un fondement à la théorie de l'abus de droit. Surtout, les contempteurs de l'abus de droit citaient la maxime « *Neminem laedit qui suo jure utitur* »¹⁹. Leur opposer les maximes contraires « *male enim nostro jure uti non debemus* »²⁰ ou « *malitiis non est indulgendum* »²¹ ne prouve qu'une chose : le droit romain était subtile sur cette question mais ne reconnaissait pas de théorie générale de l'abus de droit transposable en droit français au début du XX^e siècle. Dès lors, ces origines artificielles n'attestent qu'une chose : le droit romain et le code civil appliqué par les tribunaux ignoraient l'abus de droit qui n'était présent qu'à l'état d'une « idée » d'abus de droit²².

En somme, la réception de l'abus de droit en droit français est bien l'occasion de rénover le code civil. Comme le soulignait R. Saleilles en conclusion de son rapport à la Commission pour la révision du Code civil, « *Et en le déclarant ainsi, vous ne ferez vous-mêmes que reprendre pour votre compte une parole profonde que vient d'écrire un jurisconsulte suisse*²³, *au cours d'une étude consacrée à l'abus de droit, dans le projet de Code civil suisse, et qui est celle-ci : « Le Code Napoléon était la raison écrite : les rédacteurs du Code civil suisse voudraient aussi qu'il fût un peu la conscience écrite ». Ne laissons pas cet honneur exclusivement au futur Code civil suisse ; et, puisque noblesse oblige, sachons faire du nouveau Code civil français, l'expression, à la fois, et de la raison, et de la conscience.* »²⁴

La doctrine française rivalisa alors pour rénover son Code.

II – Une crise de succession au sein de la doctrine universitaire française

Sur cette question de l'abus de droit, à la suite des propositions mesurées de Raymond Saleilles, la doctrine française s'est affrontée pour proposer la théorie susceptible d'accompagner l'évolution du droit français acquise par la jurisprudence *Clément-Bayard*²⁵. Cette controverse doctrinale toujours pendante (C) se double d'une crise de succession entre une doctrine « classique », réticente (B) et une jeune doctrine soucieuse de rénover « socialement » le droit civil (A).

A- La jeune doctrine s'affirmant avec une théorie de l'abus de droit

¹⁸ Ghestin J., Goubeaux G. et Fabre-Magnan M., *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., Paris, 1994, 749. Nous y empruntons citations et traductions qui suivent.

¹⁹ « *Celui qui use de son droit ne fait tort à personne* ». *Comp. Dig. L. XVII, de diversis reg. juris*, 55.

²⁰ « *Nous ne devons pas user de notre droit injustement* ».

²¹ « *Il ne faut pas avoir d'indulgence pour les méchancetés* ».

²² Les références du professeur Malaurie à Eschyle ou Aristote, et bien évidemment à Cicéron (« *Summum jus summa injuria* », *De officiis*, L. I, X, 33) attestent pour lui d'une « très vieille notion » (avec P. Morvan, *Droit civil, Introduction générale*, Paris, 2003, p. 37) mais nous préférons parler d'idée pour ne pas la confondre avec un concept juridique directement opératoire.

²³ Il s'agissait du professeur Virgile Rosse (1858-1933).

²⁴ Saleilles R., *De l'abus des droits*, rapport précité, 1905, pp.349-350.

²⁵ Cass. Req., 3 août 1915, *Recueil Dalloz*, 1917, 1, 79.

Il ne s'agit pas ici de reprendre l'ensemble de la controverse²⁶. Raymond Saleilles a initié le mouvement doctrinal en faveur de l'abus de droit. Il est alors au zénith d'une carrière qui s'interrompt trop tôt et fait partie avec les auteurs plus jeunes comme F. Gény (1861-1959) ou R. Demogue (1872-1938) des auteurs proches des conservateurs sur le plan politique mais qui défendent la nécessaire « socialisation du droit » qui vise, non pas au socialisme mais bien à l'éviter en intégrant la question sociale dans le droit traditionnel²⁷.

C'est exactement dans cette perspective que se situe Louis Josserand (1868-1941)²⁸ qui s'est distingué en défendant la théorie de l'abus de droit dès 1905²⁹. Le futur doyen de Lyon (1913-1935), est célèbre pour sa théorie visant à justifier l'abus de droit par une distinction entre droit objectif et usage subjectif de celui-ci³⁰. Toute sa théorie repose sur l'assignation d'un but social aux droits dont les juges seront chargés de tracer les limites sur la base du « motif légitime » correspondant à « l'esprit des droits »³¹. Les droits subjectifs sont « des droits-fonctions »³² à « esprit altruiste »³³. En somme, et sans rentrer dans les détails toujours discutés de sa théorie, les droits individuels ne peuvent s'exercer que dans les limites des droits des autres. Tout le problème tient à la délimitation des droits de chacun.

B- Une doctrine classique réticente

De l'autre côté, se situe une doctrine classique arc-boutée sur le Code civil et l'influence du droit romain (« *Neminem laedit qui suo jure utitur* ») mobilisé de façon unilatérale à l'appui de celui-ci³⁴. L'histoire a retenu la brillante figure de Marcel Planiol (1853-1931). Celui-ci contestait la théorie de l'abus de droit sur la base d'une impossibilité logique : si on est dans son droit, on ne peut en abuser. Un acte ne peut être à la fois conforme et contraire au droit. En somme « *le droit cesse où l'abus commence* ».³⁵ Cette conception radicale et intenable avec l'évolution de la jurisprudence n'a pas eu de postérité mais a fortement influencé ceux qui se sont placés dans la lignée de Planiol.

La position de Georges Ripert (1880-1958) semble ainsi intermédiaire entre Planiol et Josserand puisqu'il admet en quelque sorte l'abus de droit mais avec beaucoup des réticences héritées de son maître. En effet, élève et continuateur de Planiol, Ripert ne peut adopter

²⁶ Cf. notamment la belle synthèse de P. Malaurie, *op. cit.* p. 37 et pour plus de détails, Ghestin J., Goubeaux G. et Fabre-Magnan M., *Introduction générale*, précitée, p. 747 ff.

²⁷ Sur ce point, cf. C. Jamin, Demogue en son temps, *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, 2006, 56, 15 et Chazal J.-P., La protection de la partie faible dans la doctrine de Louis Josserand: La tentative de maintenir le compromis républicain, communication au colloque « Dialogues avec Josserand », Lyon, 21-22 mars 2103, téléchargeable sur le site de Sciences-Po Paris : <http://spire.sciencespo.fr/hdl:/2441/7o52iohb7k6srk09nj53n64p6?lang=en>, spécialement p.2.

²⁸ Sur ce point, cf. Jamin C., Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée, *Droits*, 2010, n°51, 137, 156-157.

²⁹ *De l'abus de droit*, Paris, Rousseau, 1905, précité.

³⁰ Cf., dans le prolongement de son étude de 1905, *De l'esprit des droits et de leur relativité : Théorie dite de l'abus des droits*, 2^e éd., Paris, 1938, §.245, p.333.

³¹ *De l'esprit des droits et de leur relativité*, précit., 364 ff. et notamment 400 ff.

³² *Ibid.*, p. 395.

³³ *Ibid.*, p. 420.

³⁴ Comme nous l'avons vu précédemment, le droit romain était en réalité plus souple et laissait une place au contrôle de l'exercice des droits.

³⁵ *Traité élémentaire de droit civil*, Vol. 2, 2^e éd., Paris, 1902, §.871, p. 265.

pleinement les conceptions de Josserand. Il le traite d'ailleurs aimablement de bolchevique³⁶. Il critique par ailleurs le trop grand risque pour les droits individuels que fait planer le rôle dévolu aux juges pour délimiter l'usage abusif ou non des droits dans la théorie du doyen de Lyon. Il y a là risque d'arbitraire du juge³⁷. Il poursuit d'ailleurs l'œuvre critique de Planiol en contestant la pertinence de la formulation « abus de droit ».

Constatant la sanction de l'abus par la jurisprudence, Il fonde quant à lui restrictivement la théorie de l'abus de droit sur l'intention de nuire comme cause de responsabilité. C'est pour lui conditionner l'exercice pourtant absolu d'un droit par les devoirs moraux³⁸.

Il est clair que la théorie de l'abus de droit, après être le révélateur d'une crise de croissance du code civil français, est ici le révélateur d'une crise de génération au sein de la doctrine universitaire. Le doyen Josserand s'affirme en se distinguant du jurisconsulte de référence qu'est Planiol et Ripert recueille la position d'influence de son maître Planiol en conservant une partie de ses positions et en dépassant les distinctions de Josserand par un rattachement très classique de la théorie de l'abus de droit à une conception « morale » de la règle de droit, toute positive soit-elle.

C- Une controverse jamais éteinte

Ce rapide survol des controverses doctrinales passées ne suffit pas. Il faut aussi constater l'état actuel du débat. Plusieurs auteurs constatent qu'après les passions du début du XXe siècle, la doctrine « *marque depuis quelque temps moins d'intérêt pour le problème et s'en tient surtout à l'examen de cas particuliers d'application de la théorie* »³⁹. « Le débat doctrinal s'est émoussé »⁴⁰ au point qu'on puisse presque parler de léthargie⁴¹.

Le combat a peut-être cessé faute de combattants mais un constat est évident : toutes ces constructions théoriques n'ont abouti à aucun accord de la doctrine sur le fondement de la théorie de l'abus de droit. La controverse, malgré son renouvellement⁴², n'est pas éteinte et ne le sera sans doute jamais parce que les théories doctrinales butent sur l'impossible unité du critère de l'abus de droit. La doctrine a voulu rationaliser l'évolution du droit français dans le sens de l'abus de droit mais a échoué à convaincre le juge.

III – Une crise relationnelle entre la jurisprudence et la doctrine

³⁶ Observez le rapprochement avec le Code civil des Soviets in Ripert G., Abus ou relativité des droits – A propos de l'ouvrage de M. Josserand : *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1929, 33, 44. La critique est d'autant plus excessive que Josserand reste un conservateur catholique par rapport à d'autres auteurs plus radicaux envers la doctrine classique comme Ernest Porcherot (thèse précitée) ou surtout le professeur de droit socialiste Emmanuel Lévy (1871-1944).

³⁷ *Ibid.*, p. 42.

³⁸ Ripert G., *La règle morale dans les obligations civiles*, (1^e éd., 1926), 4^e éd., Paris, 1949, §. 95, p. 167.

³⁹ Ghestin J., Goubeaux G. et Fabre-Magnan M., *Introduction générale*, précitée, §. 761, p. 748.

⁴⁰ Ancel P. et Didry C., *ibid.*, p. 65.

⁴¹ Marty R., Théorie de l'abus de droit ou l'éternelle question de la finalité des droits subjectifs, *Revue française de comptabilité*, avr. 1998, 73 ff. cité par Ancel P. et Didry C., *ibid.* La léthargie n'est ainsi pas totale. J. Ghestin et alii., *ibid.*, relevaient quelques études théoriques récentes.

⁴² Cf. la tentative de dépassement de Josserand par la distinction entre les limites internes et externes des droits, in Ghestin J. et alii., *ibid.*, §. 765, p. 751.

La réception de la théorie de l'abus de droit en droit français témoigne enfin d'une troisième et dernière cristallisation : celle de la relation distancée de la jurisprudence par rapport à la doctrine.

A- Une jurisprudence non influencée par la doctrine

La doctrine a d'autant plus d'intérêt à proposer une théorie globale de l'abus de droit que celle-ci pourrait inspirer les juges. Hors, au même moment, la jurisprudence vient justement de changer de statut au tournant du XX^e siècle. En effet, par opposition au légicentrisme de l'exégèse traditionnelle du Code civil, les auteurs réformateurs introduisent la jurisprudence dans une toute nouvelle théorie des sources du droit. La jurisprudence est ainsi reconnue comme « *autorité créatrice* » chez Gén^y⁴³ mais ayant « *statut coutumier de formation récente* » chez Planiol⁴⁴.

Mais les juges ne partagent pas les préoccupations des universitaires et ne cherchent donc pas à fonder la théorie de l'abus de droit sur une base claire et unique. « *La jurisprudence est plus complexe et ne retient pas qu'un critère* »⁴⁵.

B- Un abus de droit illustré par autant de déclinaisons concrètes qu'il y a de branches du droit

Cela est d'autant plus impossible que le code civil, silencieux, ne peut être mobilisé.

Il s'agit dès lors de régler avant tout des litiges concrets et après avoir sanctionné l'abus dans des affaires – toute prosaïques quoique distrayantes – de conflits de voisinage (cf. l'affaire *Clément-Bayard* et ses piquets anti-ballon dirigeable), les juges passèrent du droit des biens au droit des contrats.

Si l'usage des libertés se distingue par une imperméabilité fondamentale à la théorie de l'abus de droit comme fondement de la responsabilité (les abus possibles ne relevant que des limitations opérées par la loi), plusieurs domaines échappent à la sanction de l'abus de droit en constituant un ensemble de « droits discrétionnaires » ou « absolus » dont la liste reste incertaine et aléatoire.

Enfin, outre les nombreuses déclinaisons sectorielles de l'abus de droit, l'abus de procédure reste un grand classique diversement sanctionné par le droit. En somme le droit français a évolué depuis 1804, en partie sous la pression des exemples étrangers, mais sans plan d'ensemble, sans théorie générale et avec une souplesse garantissant une constante adaptabilité à l'évolution des rapports sociaux.

En somme, la comparaison juridique (même décriée par un Ripert) a servi à l'origine à alerter la doctrine française. Mais la jurisprudence a consacré la théorie (ou plutôt les théories) de l'abus de droit sans trop se soucier des ambitions doctrinales.

⁴³ Gén^y, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, (1^e éd. 1899), Vol. 2, 2^e éd., Paris, 1919, 39 ff.

⁴⁴ Jamin C., Demogue et son temps, précité, 8.

⁴⁵ Malaurie P. et Morvan P., *ibid.*, §. 44, 38.