

PRACE TOWARZYSTWA NAUKOWEGO WARSZAWSKIEGO  
WYDZIAŁ II — NAUK HISTORYCZNYCH, SPOŁECZNYCH I FILOZOFICZNYCH  
TRAVAUX DE LA SOCIÉTÉ DES SCIENCES ET DES LETTRES DE VARSOVIE  
II CLASSE D'HISTOIRE, DES SCIENCES SOCIALES ET DE PHILOSOPHIE

---

Nr. 22

BIBLIOTEKA  
Zakładu Prawa Cywilnego  
Uniwersytetu Wrocławskiego

IGNACE DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI

professeur de droit romain à l'Université de Varsovie,  
vice-président de la Commission de codification.



# LES DISPOSITIONS DE LA LOI ET LE DROIT

EN DROIT CIVIL  
ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ



---

VARSOVIE  
SOCIÉTÉ DES SCIENCES ET DES LETTRES DE VARSOVIE  
PALAIS STASZIC

1 9 3 3



42200

Prix 30 fr. (français).

# Les dispositions de la loi et le droit

En droit civil

Étude de droit comparé

Le rapport de cette étude a été présenté  
dans la séance du 6 février 1933 année.



## INTRODUCTION \*).

Faut-il faire une distinction entre les dispositions particulières de la loi et le droit? Est-ce qu'il ne faut pas tenir compte du danger que présente l'incertitude du droit si nous tâchons d'admettre cette distinction? N'est-ce pas l'opinion commune et parfaitement juste que le juge ne peut pas décider en désaccord avec la loi (*contra legem*)? <sup>1)</sup>

Et pourtant il faut distinguer entre les dispositions particulières de la loi et le droit <sup>2)</sup>.

M. J. C. Naber <sup>3)</sup> fait remarquer à juste titre que nous ne pourons pas dire ce qu'est le droit, avant d'avoir compris sous quelle forme le droit se présente.

---

\*) *Les titres des ouvrages cités sont indiqués à la fin de cette étude.*

1) V. Fr. Geny, *Méthode*, T. II N° 223 p. 405 sous III, *Science* T III, N° 262 p. 405 sous 2, N° 265 p. 507 à la note 5, S. Rundstein, *L'interprétation*, p. 32 s., G. Del Vecchio, § VI p. 31—33, V. Rossel et F.-H. Mentha, T. I N° 50 p. 58, W. Burckhardt, p. 106 in. f., G. Renard, *La valeur*, p. 80 s., A. Egger, à l'Art. 1, N° 43, p. 62, A. Mogilnicki, p. 323, F. Zoll, N° 36 in f. p. 73.

2) V. E. I. Bekker, *Recht*, p. 43, G. Jellinek, p. 329 s., R. Loening, p. 15 s., R. Demogue, p. 567 s., F. Klein, p. 18/19, Fr. Geny, *Méthode*, T. I N°s 12—16 p. 28—36, *Science*, T. I N° 11 p. 37, S. Rundstein, *L'interprétation*, p. 17 s., G. Renard, *Le droit*, p. 25 s., E. Huber, *Recht*, p. 352, G. Pacchioni, N° 6 p. 8/9, N° 7 p. 10, 11, N° 8 p. 12, V. Rossel et F.-H. Mentha, T. I N° 34 in f., p. 47, W. Burckhardt, p. 105 s., A. Egger. N°s 29—30 p. 24—26, et à l'Art. 1, N° 5 p. 45, N° 36 p. 58, J. Bonnetcase, *Science juridique*, p. 10 à la note 1, L. Le Fur, N°s 4—6 p. 291, 292, 294, 295, 313, G. Renard, *Institution*, p. 7—14, F. Zoll, p. 68, H. de Page, *L'interprétation*, T. I p. 12 s., p. 166 s., p. 191 s., et *Gouvernement*, p. 9 s., p. 177 s., p. 184 s. Comp. Fr. Geny, *Science*, T. I, N° 11 p. 39 note 1, et ci-dessous aux notes 15 et 16. Le même problème se pose dans le droit public. Voir G. Leibholz, p. 209 s.

3) p. 7: „*neminem posse dicere, quid ius sit, nisi ante cognoverit, quale sit*“. Comp. L. Le Fur, p. 319, G. del Vecchio, *Lezioni*, p. 173 s.

Si nous suivons la théorie que le droit se présente sous la forme des dispositions particulières de la loi et que l'ordre juridique ne demande que de suivre ces dispositions particulières, nous arrivons à la conséquence que tout est permis ce qui n'est pas expressément défendu par une disposition particulière de la loi<sup>4)</sup>.

Pour prouver cette théorie on invoque souvent l'Art. 12 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, qui proclamait: „Tout ce qui n'est pas défendu par la loi, est permis“<sup>5)</sup>. Mais, de cette disposition ne résulte nullement que chaque cas exige une défense expresse de la loi. Il va néanmoins sans dire que des interdictions particulières peuvent aussi résulter de l'ensemble de la législation.

En plus, il ne faut pas généraliser la disposition de l'Art. 12, en l'étendant sur tous les domaines du droit, par conséquent aussi sur le domaine du droit civil, et ceci en raison du fait que la disposition de l'Art. 12 visait le droit pénal, conformément à la maxime romaine: pas de loi, pas de peine (*nulla poena sine lege*)<sup>6)</sup>.

Les conséquences d'une telle théorie seraient néfastes. Si tout est permis ce qui n'est pas expressément défendu par une disposition particulière de la loi, une conduite, restant entièrement „en marge de la loi“, pourrait passer pour permise. Mais ce serait la „dégénération“ du droit.

Tous les abus seraient permis, à condition de savoir éviter les interdictions de la loi<sup>7)</sup>. Le droit ne serait qu'„un mensonge bien organisé“<sup>8)</sup>.

Il faut se rendre compte de toutes les conséquences d'une telle théorie.

---

4) Ceci est l'opinion de l'École de l'Exégèse. V. J. Bonnesse, *Science du droit*, N° 112 p. 265, 266.

5) Voir J. van Kan, p. 322 note 1.

6) V. J. van Kan, p. 321/322.

7) Comp. L. Josseland, *Esprit*, Nos 88—99 p. 119—134.

8) C'est E. Picard, § 178 p. 313 (comp. § 162 p. 289) qui cite ce mot compromettant. Peut-être celui-ci est-il la conséquence de l'opinion de l'éminent auteur (§ 89 s. p. 140 s.) d'après laquelle le droit est „le système des droits subjectifs“. Car, si c'est ainsi, les individus ne se gêneront pas dans le choix des moyens en vue d'obtenir „leurs droits“. Voir ci-dessous aux notes 123, 137 s., 397.

Certainement la lutte contre ces abus, si fréquents dans „la vie“, est extrêmement difficile<sup>9)</sup>. On a même remarqué que la lutte du droit contre ces abus constitue un des phénomènes caractéristiques de la décadence sociale et économique, cette lutte dans une société saine au point de vue morale n'étant pas nécessaire. On a attiré l'attention<sup>10)</sup> sur le développement considérable de la jurisprudence romaine aux temps de la décadence sociale et économique vers la fin de l'époque impériale<sup>11)</sup>. Mais, bien que ces abus se rencontrent souvent dans la vie<sup>12)</sup>, il ne s'ensuit pas que le droit puisse et doive les sanctionner au nom des exigences de la vie. Au contraire, la lutte contre ces manifestations de la vie a de tout temps été le but du droit<sup>13)</sup>.

Nous voyons aujourd'hui „les fruits“ de l'opinion d'après laquelle „la vie prime le droit“. En soutenant le facteur de droit nous ne proclamons nullement la sentence: *fiat iustitia, pereat mundus*, vu que le facteur de droit tient compte des exigences de la vie, sans les approuver toutes.

---

9) V. R. Demogue, *Traité*, T. I N° 338—390 p. 535—607, L. Josserand, *Esprit*, N° 300 p. 381, 382, M. Perrin, p. 45 s., p. 63 s., comp. p. 205.

10) E. Picard, § 154 p. 271, comp. § 173 p. 308.

11) Comp. Guilelmo Ferrero (actuellement professeur à l'Université de Genève) qui a démontré, d'une manière magistrale, le véritable fond de la décadence de l'empire romain.

12) M. H. Capitant, *Préface*, p. IX remarque justement que c'est à l'aide des Recueils de jurisprudence qu'on peut étudier le mieux la situation sociale et économique d'un pays.

13) V. E. Picard, § 124 p. 209 s., G. Ripert, Nos 157—184 p. 273—343, F. Cosentini, *La science*, p. 369 s. Comp. ci-dessous à la note 109. C'est donc justifié que tout récemment en Allemagne on s'est décidé d'instituer un „curatorium“ pour surveiller l'activité des banques. V. le Décret-loi du Président du Reich du 19 septembre 1931 concernant les sociétés anonymes, la surveillance vis-à-vis des banques et l'allégement des impôts (Reichsgesetzblatt, 1931, Teil 1 N° 63, Zweiter Teil, Art. 1, §§ 1, 3, 6). Pareillement on a publié au Japon en 1931 une loi concernant la surveillance des cartels. V. K. Takei, p. 5 Comp. aussi mon projet Art. 150: „Est illicite toute entreprise dont le but ou les moyens d'activité sont contraires aux principes fondamentaux de la législation actuelle ou aux bonnes mœurs. Le Procureur de la République peut demander au Tribunal de déclarer la liquidation d'une telle entreprise“. Une disposition analogue se trouve dans le C. c. de la Chine, Art. 36.

Mais si, d'une part, il ne faut pas se conformer à toutes les exigences de la vie, il ne faut pas non plus pécher par l'autre extrémité, en avançant la thèse selon laquelle le droit créerait la réalité sociale et économique, thèse, affirmée parfois par les extrémistes de l'étatisme<sup>14)</sup>.

C'est la vie qui forme la réalité sociale et économique, et le droit doit en tenir compte<sup>15)</sup>, mais c'est au droit qu'incombe la mission de contrôler et de veiller à ce que cette réalité n'entre pas en conflit avec les principes fondamentaux de la législation actuelle<sup>16)</sup>.

Le facteur social doit coopérer avec le facteur de droit<sup>17)</sup>, le facteur social étant „la matière“ du droit. M. H. Capitant<sup>18)</sup> souligne avec raison qu'il faut „baigner la règle de droit dans, les faits“.

Nous voyons donc que le droit n'est pas épuisé par les dispositions particulières de la loi<sup>19)</sup>.

L'éminent civiliste américain M. John Chipman Gray, de la Harvard University, insiste sur ce que la loi ne représente pas encore „le droit“ mais qu'elle n'est que „la source“ dont on puise le droit<sup>20)</sup>.

Il faut un lien unissant entre elles les dispositions particulières de la loi pour qu'elles soient animées toutes de l'esprit et des idées directrices dont s'est inspiré le législateur<sup>21)</sup>.

Ce lien ce sont les principes fondamentaux de la législation actuelle<sup>22)</sup>.

Par conséquent licite est une conduite qui est en accord avec les principes fondamentaux de la législation actuelle, à moins

---

14) Contre cette théorie, au point de vue économique, voir R. Rybarski, p. 146 s., p. 208 s.

15) Comp. G. Cornil, p. 51—53.

16) Comp. E. Huber, *Recht*, p. 82 et ci-dessous aux notes 37, 38, et 55, 61.

17) Comp. G. Morin, p. 75.

18) *Les effets*, p. 731.

19) V. ci-dessus à la note 2, et ci-dessous aux notes 32.

20) Voir E. W. Patterson, p. 982. Comp. Lyskowski, *Quelques* p. 553 à la fin (Extr. p. 7), ci-dessous aux notes 40 et 41.

21) Comp. H. Capitant, T. I nr. 24 p. 33.

22) Voir ci-dessous p. 10 s.



qu'elle ne soit interdite, dans un cas spécial, par une disposition expresse de la loi, qui devient alors une disposition exceptionnelle<sup>23)</sup>.

Parfois une disposition exceptionnelle est même justifiée<sup>24)</sup>; mais, elle ne peut jamais servir de base pour élaborer un principe fondamental<sup>25)</sup>.

Est illicite une conduite qui est contraire aux principes fondamentaux de la législation actuelle, à moins qu'elle ne soit permise par une disposition expresse de la loi, qui devient alors une disposition exceptionnelle<sup>26)</sup>.

Je considère les principes „fondamentaux“ de la législation actuelle comme devant être appliqués à toutes les parties du droit civil<sup>27)</sup>. Il y a en outre des principes „généraux“ qui embrassent seulement des parties particulières du droit civil<sup>28)</sup>.

Je dois ajouter que les principes fondamentaux de la législation actuelle ne sont pas des dispositions immédiates, comme par ex. les dispositions particulières sur l'exécution des contrats. Les principes fondamentaux se trouvent

---

<sup>23)</sup> Une telle disposition exceptionnelle fut appliquée à Antigone Comp. Fr. Geny, *Conflit.*, et ci-dessous aux notes 43, 179, 197, 375.

<sup>24)</sup> V. ci-dessous à la note 458.

<sup>25)</sup> C'était soulignée déjà pour les juriconsultes romains (D 1, 3, 14. 15). Comp. ci-dessous à la note 179.

<sup>26)</sup> M. R. Capitant, *Avant-propos* p. V remarque très justement qu'illicite n'est pas seulement la conduite en fraude à la loi, si on n'y comprend aussi la violation de „la règle de droit“. Comp. R. Demogue, *Traité*, T. II Nos 773—782 p. 594—609, L. Jossierand, T. I N° 137 p. 87, H. Capitant T. I N° 9 p. 9, N° 9 bis p. 10—13. Comp. ci-dessous à la note 385.

Sur la notion de l'illicite V. encore la note à l'Art. 46 de mon projet, F. Rensing, H. Oser à l'Art. 41 N° III p. 174—179, et surtout les profondes observations de M. A. Egger, à l'Art. 28 Nos 53—54 p. 256—257, Nos 70—71 p. 563.

Sur la notion de l'illicite („*widerrechtlich*“) d'après le C. c. allemand V. A. Achilles à l'Art. 823 N° 5 p. 409.

Les juriconsultes romains admettaient que les conventions, légalant telle ou autre des dispositions en vigueur, sont contraires aux bonnes mœurs du citoyen et comme telles soumises à la nullité. V. Lyskowski, *Conventiones*, p. 20 s. (Extr. p. 6 s.) Comp. G. Rotondi, p. 9 s., et ci-dessous à la note 323.

<sup>27)</sup> V. ci-dessous aux notes 34, 446 et s.

<sup>28)</sup> V. M. Rotondi, T. I N° 19 p. 50, 51.

dans le domaine de „l'application du droit“, du „droit en action“<sup>29)</sup>, et sont destinés à servir de directive à l'interprétation de toutes les dispositions de la loi<sup>30)</sup>.

Or, s'il est fondé de faire une distinction entre les dispositions particulières de la loi et le droit<sup>31)</sup>, et si, d'autre part, un lien entre toutes les dispositions particulières de la loi est indispensable, il s'agit alors de savoir comment établir ce lien pour réaliser „le droit“ de la législation en vigueur.

Tel est le sujet de cette étude.

## CHAPITRE I.

La disposition de la loi doit être interprétée sous la directive de l'ensemble de la législation actuelle pour réaliser l'esprit et les idées directrices de la législation toute entière, représentées par les principes fondamentaux de la législation.

Tous les auteurs reconnaissent que la disposition de la loi doit être interprétée sous la directive de l'ensemble de la législation actuelle, ce qui était déjà formulé par les jurisconsultes romains de l'époque classique<sup>32)</sup>.

Qu'est-ce que cela signifie?

Cela signifie sans doute que le juge ne doit pas se fonder exclusivement sur une disposition particulière de la loi, mais qu'il doit tenir compte de la position que cette disposition occupe parmi toutes les autres dispositions de la législation actuelle. Car la législation toute entière représente une unité<sup>33)</sup>.

Le juge, ayant à décider une question du domaine de la vente, ne doit pas la décider en se basant seulement sur les

---

29) V. ci-dessous aux notes 246 s., 443 s.

30) V. ci-dessous aux notes 32 s.

31) V. ci-dessus à la note 2.

32) „Il n'est pas loyal de décider ou d'énoncer une opinion sur la base d'une disposition unique de la loi sans la consulter tout entière“ (D 1, 3, 24 *In civile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita respondere vel iudicare*. Comp. G. Del Vecchio, § 3 p. 17—20, H. Capitant, T. I N° 24 p. 33.

33) La philosophie parle justement de l'unité des phénomènes dans leurs aspects particuliers (mono - ou holo - pluralisme). Comp. E. Bauto, p. 9 s.

dispositions relatives à la vente, mais il doit tenir également compte des dispositions relatives aux contrats en général — afin de constater s'il n'y a eu ni erreur ni violence dans la conclusion de la vente; le juge doit en outre tenir compte des dispositions concernant la lésion pour examiner s'il ne faut pas les appliquer dans le cas donné. Car la disposition relative à la vente n'est qu'une petite partie de la législation dont toutes les dispositions sont en vigueur et doivent être appliquées par le juge.

L'ensemble de la législation actuelle donne la directive à l'interprétation des dispositions particulières, vu qu'il reflète l'esprit et les idées directrices dont était inspiré le législateur<sup>34)</sup>.

Mais comment faut-il déduire la directive de l'ensemble de la législation actuelle?

Ce ne sont donc pas toutes les dispositions de la loi qui révèlent cette directive.

Quelques-unes des dispositions de la loi révèlent sans doute une telle directive, par ex. les dispositions sur la lésion, sur l'abus du droit, sur la réparation du dommage moral, etc.

D'autres dispositions de la loi sont plutôt d'un caractère neutre et on n'en pourra déduire aucune directive<sup>35)</sup>.

Il y a enfin des dispositions de la loi dont résulte plutôt une directive contraire à celle qui est donnée par d'autres dispositions<sup>36)</sup>.

Il faut donc dégager de l'ensemble de la législation actuelle les dispositions d'où on peut déduire la directive de cette législation.

Sur la base de ces dispositions dégagées il faut élaborer les principes fondamentaux représentant la directive de la législation.

En interprétant toutes les dispositions de la législation actuelle sous la directive de ces principes fondamentaux nous obtiendrons „le droit“ de cette législation.

---

34) C'est bien souligné par M. H. Capitant, T. I N° 24 p. 33 et par M. F. Zoll, N° 36 p. 70. Comp. B. S. Markowitsch, p. 188 s., p. 221, E. Swoboda, *Zeiller*, p. 51 s.

35) M. L. Jossierand, *Esprit*, N° 19, p. 21 parle, dans ce cas des droits subjectifs „amoraux“.

36) M. J. Dabin, N° 62, p. 248 à la note 2 attire aussi l'attention à cet état de choses.

Si la directive de la législation, représentée par les principes fondamentaux de celle-ci, doit être élaborée sur la base des dispositions dégagées de cette législation, — la question se pose alors de savoir d'après quel critérium nous devons dégager ces dispositions et d'où faut-il prendre ce critérium.

Ce critérium doit se trouver dans le but que le droit remplit dans la vie sociale humaine.

M. E. Huber<sup>37)</sup>, remarque: „Le droit a un but qui, dans une forme concrète, se trouve toujours où le droit existe“, „les idées exigent la réalisation de la justice dans l'organisation de la société humaine; il est vrai qu'elles ne créent pas les rapports entre les parties, mais elles réclament leur coordination dans la vie sociale“<sup>38)</sup>.

## CHAPITRE II.

Le but du droit est établi par la raison humaine, non par la volonté, et réalisé par les impératifs résultant de l'idée du droit.

Qui donc établit le but du droit?

Le droit est-il la création de la raison humaine, comme l'accepte la plus grande partie des auteurs, ou bien est-il plutôt la création de la volonté, soit individuelle, soit collective?

La loi est obligatoire et représente un acte de volonté<sup>39)</sup> sous la forme des impératifs<sup>40)</sup>.

---

<sup>37)</sup> Recht, p. 82, 281. Comp. E. Swoboda, p. 350 (Extr. p. 20) aux notes 1 et 2, et ci-dessous aux notes 55 et 56.

<sup>38)</sup> C'est souligné aussi par E. Picard, § 170 p. 303, V. Rossel et F.-H. Mentha, T. I, N° 35, p. 47; M. H. Lévy-Ullmann, p. 126, 131 s., L. Jossierand, *Esprit*, N° 292, p. 369; J. Dabin, N° 29, p. 109; L. Le Fur, p. 319; G. Ripert, T. I, N° 224, p. 97 à la note 2, Aussi G. Renard, *Leges* p. 658 (Etr. p. 36) à la note 1, distingue-t-il dans la loi deux facteurs, notamment un facteur subjectif, c'est-à-dire la volonté du législateur, et un facteur objectif, c'est-à-dire „l'idée“ qui doit être réalisée.

<sup>39)</sup> V. R. Carré de Malberg, N° 14, p. 16, N° 19, p. 22, p. 215 s. Comp. H. de Page, T. I, p. 113 s.

<sup>40)</sup> V. ci-dessous à la note 63. Déjà les jurisconsultes romains disaient (D 1, 3, 7): L'autorité de la loi est ceci: ordonner, interdire, permettre, punir (*Legis virtus haec est imperare, vetare, permittere, punire*).

Le droit est une création de la raison humaine qui analyse les dispositions de la loi<sup>41)</sup>, en démontrant les dispositions exceptionnelles de la loi<sup>42)</sup>, c'est-à-dire les dispositions qui sont en désaccord avec le droit<sup>43)</sup>.

Tout le problème concernant le facteur de la volonté et celui de la raison dans la création du droit est expliqué par l'éminent germaniste feu M. Otto Gierke dans une argumentation brève et précise que je me permets de citer dans toute sa teneur: „Le droit forme des normes, c'est-à-dire des règles de conduite (*Verhaltensmassregeln*) pour l'activité de la volonté humaine... Le droit a sa source dans la conviction. Ses principes, dans leur essence, sont les opinions de la raison sur les limites de la volonté, indispensables à la juste organisation de la vie. Et puisque ces opinions de la raison tendent en même temps à assurer par la contrainte les limites à la volonté, elles représentent en elles-mêmes la forme de la volonté<sup>44)</sup>. Cependant cette manifestation de la volonté constitue toujours, un facteur secondaire dans la formation du droit. D'après son contenu intrinsèque *le droit ce n'est pas la volonté*“<sup>45)</sup>. L'éminent auteur ajoute<sup>46)</sup>: „L'opinion que le droit est identique avec la volonté

---

41) Déjà les juriconsultes romains disaient: (Pap. D 1, 1, 7, pr.). „Le droit des citoyens est donc ce qui par l'autorité des prudents résulte des lois, des plébiscites, des sénatus-consultes, des ordonnances des princes (*Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*). Or, ils ne disent pas que „le droit c'est la loi“.

42) V. ci-dessus à la note 23.

43) Les juriconsultes romains parlent dans ce cas du *ius singulare*, en disant (D 1, 3, 16) que „le *ius singulare* est ce qui par l'autorité des législateurs est introduit pour quelque utilité en désaccord avec la réglementation de la raison“ c'est à dire en désaccord avec l'ordre juridique. V. A. Pernice, *privatrechtliche* p. 81 (Z. S. St. p. 160) à la note 2 (*Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*). Les mots „*contra tenorem rationis*“ sont probablement interpolés au lieu des „*contra rationem iuris*“ (D 1, 3, 14, 15) puisque les mots „*contra tenorem rationis*“ correspondent aux conceptions de Justinien sur le rôle de la „raison universelle“ (*communis ratio*). V. Ł y s k o w s k i, *Naturalis* p. 485 à la note 9, p. 486 s. Compt. ci-dessous note 68.

44) p. 113, N° II, 1, p. 116, N° 5.

45) Souligné par Gierke. Comp. R. Schindler, p. 254a, 255a.

46) p. 116 à la note 15, p. 117 aux notes 16 et 17.

de la collectivité (et surtout de l'Etat) a pris actuellement une extension menaçante<sup>47)</sup>. Si cette opinion devait être généralement acceptée, ce serait la dernière heure de notre mentalité juridique nationale. Le nom de droit resterait intact. Mais ce noble nom n'aurait pas une autre raison d'être que de cacher le fait tout nu qu'il n'existe entre les hommes aucun autre ordre que le pouvoir du plus fort sur le plus faible. Car la volonté peut fléchir la volonté, mais les limites de la volonté ne peuvent pas résulter de la volonté elle-même. Si donc le droit n'est rien d'autre que la volonté, il ne serait dans son contenu essentiel que la domination de la volonté plus forte sur la volonté plus faible — une forme particulière de la violence qui, 'en se limitant elle-même', éveillerait seulement l'apparence d'être autre chose que la violence"<sup>48)</sup>.

En faveur de l'opinion contraire il ne faut pas invoquer l'art. 1134 C. c.: „Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites“, puisque cet article ne dit pas que les conventions sont une loi, mais dit que les conventions „tiennent lieu de loi“, c'est-à-dire qu'elles sont obligatoires pour les parties, qui veulent que la loi soit appliquée à l'expression de leur volonté, il va sans dire avec toutes les restrictions de la loi<sup>49)</sup>.

---

47) L'opinion d'après laquelle le droit est la création de la volonté, est, à mon avis, d'origine byzantine. C'est le mérite de M. P. Collinet et de M. F. de Zulueta d'avoir attiré l'attention sur le rôle des jurisconsultes byzantins. Comp. Lyskowski, *facteurs intérieurs*. L'Europe moderne souvent a accepté cette opinion sous influence de la monarchie absolue romaine (comp. B. Kübler p. 307 s), et surtout de la réception de la codification de Justinien. De là l'effort du „byzantinisme“ de s'acclimater en Europe. La première réaction a eu lieu au XVI<sup>e</sup> siècle par l'École historique française qui, sous l'égide de Cujas, revint à la méthode des jurisconsultes classiques romains. De cette manière s'explique le haut niveau de la jurisprudence française d'aujourd'hui.

48) Pareillement s'expriment E. J. Bekker, p. 55, et surtout L. Duguit, T. I, § 1, p. 2, 3; § 25, p. 274 — 280; § 28, p. 295 — 307; T. II, § 27, p. 272, Comp. L. Le Fur, *Droit individuel*, p. 300 s.

49) Comp. ci-dessous à la note 169. Certainement l'accentuation du facteur de la volonté, en opposition au facteur des „paroles“ (verba), représente un grand progrès dans l'évolution du droit romain, et du droit en général, ce qui est souligné par M. S. Riccobono. Mais, ce résultat n'exclut pas, comme M. S. Riccobono l'avoue (p. XIII) qu'ils y a encore de place aux recherches nouvelles qui conduiront aux nouveaux résultats.

C'est donc à juste titre que M. J. Dabin<sup>50)</sup> remarque: „si la volonté du sujet est plus forte que la règle (de droit), pourquoi ce fait de volonté ne l'emporterait-il pas sur la règle? Est c'est l'anarchie“.

M. J. Dabin<sup>51)</sup> fait encore remarquer que l'école du droit naturel du XVII et XVIII s., représentant un individualisme extrême, a contribué beaucoup à l'opinion que le droit est la création de la volonté<sup>52)</sup>.

Or, le droit n'est pas la création de la volonté, individuelle ou collective, mais l'ensemble des règles de conduite, créée pour les hommes par la raison humaine<sup>53)</sup>. La volonté ne donne que la sanction, ou en accord avec la raison ou en désaccord avec elle; dans le dernier cas en émettant une disposition exceptionnelle (V. ci-dessus à la note 23).

Evidemment la raison humaine ne peut pas créer un ordre juridique arbitraire<sup>54)</sup> mais, comme le remarque très-justement M. E. Huber<sup>55)</sup>, elle doit tenir compte d'un „ordre supérieur“.

---

50) N° 69, p. 275 à la note 4.

51) N° 68, p. 270, N° 69, p. 274 à la note 1.

52) Du même avis sont O. Gierke, p. 116 à la note 14, E. Picard, §§ 160, 162, p. 285 s., L. Le Fur, p. 296, 297, E. Swoboda, Zeiller, p. 10 s. Comp. les observations profondes de M. N. Berdiaeff, p. 112 s.

53) La plupart des auteurs partage aujourd'hui cette opinion. V. O. Gierke (ci-dessus p. 13), Fr. Geny, *Science*, T. I, N° 14 p. 45, N° 16 p. 51, T. II, Nos 15, 16 p. 45 — 51, N° 161 p. 353/354, G. Renard, *Le droit*, p. 237 s., E. Huber, (ci-dessus à la note 37), L. Duguit, T. I, § 48, p. 524, J. W. Hedemann, § 7 p. 41 s., E. Swoboda, p. 356 (Extr. p. 26) à la note 4, J. Bonnet, *Science du droit*, Nos 103 — 105 p. 244 — 252, N° 255 p. 690, 691, J. Dabin, N° 1, p. 1, N° 12 p. 45, N° 21 p. 74, Nos 23, 24, p. 84—92, N° 27 p. 101—105, N° 39 p. 152, N° 64 p. 257, A. Hägeström (voir A. V. Lundstedt, p. 217 s.), Comp. A. Simonius, p. 259 s., J. Bonnet, *Introduction*, N° 6 p. 34 à la note 1, N° 41 p. 76, 77 et ci-dessus à la note 16. Sur l'évolution de la conception du droit naturel vers la conception du droit rationnel, comp. G. del Vecchio, *Lezioni*, p. 90 s., p. 168 s., p. 325 s., et ci-dessous note 71.

L'École psychologique du droit se déclare décidément contre la déduction du droit de la volonté, V. E. Jarra, p. 207 s. Comp. Th. Zieliński p. 12 sous 2.

54) Comp. J. Dabin, N° 28, p. 105 — 108 et ci-dessus aux notes 37, 38 et 48.

55) *Recht*, p. 101.

Le contenu de cette ordre supérieur est l'harmonie de la vie sociale et économique<sup>56)</sup>.

Cette harmonie non plus ne peut pas être arbitraire, mais elle doit tenir compte des intérêts matériels et moraux de tous les individus<sup>57)</sup>, en réalisant ainsi l'équilibre des intérêts individuels, c'est-à-dire la justice<sup>58)</sup>.

Seule une telle harmonie est apte à assurer une vie normale sociale et économique. Lorsque cette harmonie est ébranlée, nous voyons alors éclater une „crise“<sup>59)</sup>.

Mais cette harmonisation des buts des individus et des buts de la législation a dans tous les cas particuliers une base légale, vu que les buts de la législation sont déterminés par l'ensemble de la législation<sup>60)</sup>.

En jouissant du droit d'une telle manière l'individu remplira une „fonction sociale“ dont parle M. L. Josserand<sup>61)</sup>.

Si le but du droit est la réalisation de l'harmonie, c'est-à-dire de la justice dans la vie sociale et économique<sup>62)</sup>, on se demande par quels moyens on aboutit à cette réalisation.

---

56) M. J. Bonnacase, *Introduction*, N° 6 p. 33—36 expose que l'harmonie est la fonction essentielle du droit. Comp. M. Rotondi, *Il diritto*, p. 9, E. Swoboda, p. 373 (Extr. p. 43) à la note 4, p. 375 (Extr. p. 45) à la note 1.

57) C'est souligné aussi par L. Le Fur, p. 302 note 1, J. Bonnacase, *Introduction*, N° 43 p. 79, 80, E. Swoboda, *Zeiller*, p. 51, 52, 55.

58) V. Fr. Geny, *Méthode*, T. II N° 173 p. 167—171; *Science*, T. I N° 39 p. 111—113. M. G. Cornil, p. 104 souligne que „pour que le droit remplisse sa fonction d'harmonie, il convient que les prérogatives individuelles qu'il confère ne rompent jamais l'équilibre des intérêts“. Sur la notion de la justice au point de vue psychologique comp. B. Wróblewski, p. 77 s.

59) Comp. K. Fees.

60) Le point de vue de l'Art. 1 du C. c. soviétique est divergent V. ci-dessous aux notes 357 s.

61) *Esprit*, N° 39, p. 55 devant la note 1, N° 229 p. 292, Comp. N° 237 p. 301, 302. M. E. Huber, *Recht*, p. 172—175 souligne „la nécessité d'apprécier les phénomènes de la vie“, en ajoutant p. 243: „De cette manière nous pouvons juger, si les phénomènes de la vie sociale sont en accord avec les idées qui se trouvent au fond de l'ordre juridique“. Comp. W. Makowski, p. 14 s., G. del Vacchio, *Lezioni* p. 177 s.

62) V. ci-dessus à la note 37.



Cela ne peut être effectué que par des impératifs adressés à la conduite des individus<sup>63</sup>).

Ces impératifs sont ceux de l'idée du droit, c'est-à-dire de l'idée qui, sous telle ou autre forme, se retrouve partout où il y a droit<sup>64</sup>), de laquelle chaque législation tend à se rapprocher de plus en plus<sup>65</sup>).

L'idée du droit existe dans notre conscience<sup>66</sup>), elle est une création de la raison humaine<sup>67</sup>), c'est-à-dire de la raison humaine commune, et non de la raison d'un individu ou d'une collectivité<sup>68</sup>).

„L'idée du droit“ n'est donc pas de „nature métaphysique“, mais se manifeste dans des impératifs concrets<sup>69</sup>), destinés à équilibrer les intérêts matériels et moraux des individus<sup>70</sup>).

---

<sup>63</sup>) M. E. H u b e r, *Recht*, p. 212 remarque: „le droit se présente nécessairement et partout sous la forme d'un impératif qui d'après sa conception exige l'obéissance“. Comp. R. C a p i t a n t, p. 55 s., G. d e l V e c c h i o, *Lezioni*, p. 201 s. M. A. V. L u n d s t e d t (p. 171 s., p. 217 s., p. 252 s., p. 268 s.) nie la „réalité“ des impératifs, conçus aujourd'hui par la science du droit (comp. surtout p. 253). Comme mon étude était déjà écrite quand j'ai reçu l'ouvrage de l'éminent auteur suédois, je ne peux pas entrer dans les détails de cet ouvrage qui visent le fondement tout entier du droit.

<sup>64</sup>) V. E. H u b e r, *Das Absolute*, p. 7, en appelant l'„Absolu dans le droit“, ce que j'appelle „l'idée du droit“. M. G. R e n a r d, *Leges*, p. 658 (Extr. p. 56), p. 666 (Extr. p. 44) note 4, *Institution*, p. XXXI note parle de „l'idée de la loi“. Comp. ci-dessous note 38.

<sup>65</sup>) M. E. P i c a r d, § 179 p. 314 dénomme cette tendance de la législation „la marche à la justice“. Comp. E. H u b e r, *Recht*, p. 281 (ci-dessous note 37), G. d e l V e c c h i o, *La Giustizia*, § XII p. 41 s. et *Lezioni*, p. 321 s. B. S. M a r k o w i t c h p. 180 s.

<sup>66</sup>) E. H u b e r, *Das Absolute*, § 4 p. 22 soulève que: „le droit vit, en étant une règle de conduite, dans la conscience de nous tous“. Comp. p. 13, ainsi que *Recht*, p. 82, p. 281 (ci-dessus à la note 37).

<sup>67</sup>) Voir Th. Z i e l i ń s k i, p. 12 sous 2. Comp. G. d e l V e c c h i o, *Lezioni*, p. 186 s., p. 346 s., et ci-dessus note 53.

<sup>68</sup>) C'est souligné aussi par J. D a b i n, N<sup>o</sup> 188 p. 135 — 137. Les jurisconsultes romains, vers la fin de l'époque classique, parlent de la *communis ratio* dans un autre sens, c'est-à-dire dans le sens de la „raison universelle“ qui gouverne le monde et par conséquent aussi la vie sociale humaine. V. Ł y s k o w s k i, *Naturalis*, p. 485 aux notes 89 — 92. C'est la révolution française à la fin du XVIII-ième siècle qui renouvela la conception de la raison universelle personifiée.

<sup>69</sup>) C'est souligné aussi par G. C o r n i l, p. 9 s., E. H u b e r, *Recht*, p. 212 (ci-dessus note 63), S. R u n d s t e i n, p. 113 s. Comp. Ł y s k o w s k i, *Notion*, p. 64, 65.

<sup>70</sup>) V. ci-dessus note 57 s.

Au lieu de parler de l'idée du droit, peut-on parler du droit naturel dans le sens classique de cette notion, comprenant des principes directeurs, peu nombreux, aptes à servir de base à la vie sociale humaine<sup>71)</sup>.

M. H. Capitant<sup>72)</sup> remarque fort justement qu'il ne faut pas „ressentir à l'égard du droit naturel le dédain excessif avec lequel on l'a traité souvent. Le tout est de bien s'entendre sur sa définition et sur son fondement. Si l'élaboration des lois, c'est-à-dire du droit positif, est un fait contingent et dépendant de la volonté humaine, l'existence d'une société politique, que ces lois doivent régir, pour qu'elle puisse vivre et se développer, apparaît au contraire, comme un fait naturel. Dès lors, on constatera l'existence d'un ensemble de règles ou idées directrices (en très petit nombre) dont, rationnellement, le législateur doit s'inspirer dans l'élaboration du Droit positif, pour que celui-ci soit conforme aux besoins et aux tendances de cette société dans son état actuel. Cet ensemble d'idées très générales et très simples, c'est le Droit naturel“.

La notion de droit naturel sera encore plus justifiée, si nous comprenons par cette notion les principes directeurs qui résultent de la nature du droit<sup>73)</sup>.

Cependant je ne voudrais pas être rangé parmi les auteurs qui admettent un droit „naturel immuable“<sup>74)</sup>. Au contraire, si on accepte la notion de droit naturel, il faut consentir que le droit naturel, lui aussi, se développe. M. G. Renard<sup>75)</sup> parle du „droit naturel à contenu progressif“ et M. H. Ca-

---

71) Sur l'évolution de la notion du droit naturel V. Fr. Geny, *Science*, T. II. Nos 64—78 p. 255—310, F. Cosentini, p. 41—98, J. Dabin, Nos 64—78 p. 255—310, L. Le Fur, p. 296—298. Comp. ci-dessus note 53 inf.

72) T. I N° 3 p. 4.

73) Comp. G. Ripert, T. I N° 6 p. 3.

74) V. Fr. Geny, *Science*, T. II N° 134 p. 275, N° 175 p. 416 à la note 1, J. Dabin, N° 72 p. 289. Comp. ci-dessus à la note 262. C'était aussi l'avis des jurisconsultes romains aux temps de Justinien. V. Lyskowski, *Naturalis*, p. 489 s. (Extr. p. 23 s.). Comp. ci-dessus note 91 et à la note 261, G. Grosso, Arch. Giurid 107, 1932, fasc. 1, Extr. p. 15 note 1.

75) *La valeur*, p. 30 s., *Institution*, Avant-propos p. XXX note. Comp. ci-dessus note 38.

pitant<sup>76)</sup> souligne de même: „le Droit naturel — est — essentiellement variable et progressif. Le Droit naturel des peuples modernes diffère profondément de celui des peuples de l'antiquité. Et celui des sociétés de l'avenir ne différera pas moins du nôtre“. L'éminent auteur<sup>77)</sup> attire l'attention sur le fait que la législation sociale moderne a bien modifié les anciennes idées du droit naturel. M. J. Dabin<sup>78)</sup>, démontre lui-même que le devoir de l'assistance à autrui n'est nullement exclu du domaine du droit, ce qui, à mon avis, ne résulte pas du „droit naturel éternel et immuable“<sup>79)</sup>. Il suffit d'indiquer la gestion d'affaires (*negotiorum gestio*) qui n'oblige pas, certainement, de prêter assistance à autrui mais, dans le cas de l'assistance effectuée, oblige à rembourser les dépenses, faites en faveur de l'assistance<sup>80)</sup>.

La „nature des choses“ et la „nature de l'homme“ présentent la matière sur laquelle le droit est basé, mais ces „phénomènes naturels“ ne représentent pas le droit lui-même<sup>81)</sup>. M. W. Burckard<sup>82)</sup> remarque très précisément: „La loi naturelle rend compte de ce qui est; la loi juridique proclame ce qui doit être“. La recherche des „phénomènes naturels“ est indispensable, vu qu'ils représentent la matière sur la base de laquelle le droit doit être formé<sup>83)</sup>. C'est donc à juste titre que M. L.

---

76) T. I. N° 3 p. 4 in f. Pareillement E. Swojoda p. 346 (Extr. p. 16) à la note 3.

77) T. I. N° 4 p. 6 Comp. L. Le Fur, p. 304.

78) Nos 173—174 p. 584—592, Nos 177—184 p. 597—619. Comp. G. Ripert, Nos 148—156 p. 257—272, L. Jossierand, *Mobiles*, N° 23 p. 39

79) V. ci-dessous à la note 74.

80) Comp. J. Kohler, p. 5 s., p. 42 s. Dans le droit familial romain le gérant (*negotiorum gestor*) était un affranchi-procurateur qui avait le devoir familial de gérer les affaires de la maison. Dans la réglementation par le droit de l'Etat n'est reconnue que l'obligation de rembourser les dépenses de l'assistance effectuée volontairement. V. Lyskowski, *L'élément*. p. 19 s. La ligne de l'évolution est évidente. De l'assistance familiale le droit passe à l'assistance sociale (comp. J. Dabin, N° 171 bis p. 581—583), mais s'arrête encore à l'obligation de rembourser les dépenses de l'assistance sociale effectuée volontairement.

81) C'est souligné justement par M. Rotondi, *Il diritto* p. 6, 14, Comp. G. Pacchioni, N° 9 p. 12, 13

82) *L'Etat*, p. 139.

83) Comp. la définition magistrale de la nature du mariage, donnée par M. Fr. Geny, *Science*, T. III p. 514/515.

Halban<sup>84)</sup> ne parle pas du droit chrétien (ce serait la théocratie), mais des „postulats“, c'est-à-dire des principes fondamentaux(*ius divinum?*), posés par la religion chrétienne.

D'autres auteurs ne parlent ni de „l'idée du droit“, ni du „droit naturel“, mais du „droit pur“<sup>85)</sup>, de „l'Absolu dans le droit“<sup>86)</sup>, de la „norme juridique“<sup>87)</sup>, de „la notion du droit“<sup>88)</sup>, des „axiomes du droit“<sup>89)</sup>.

Je préfère pourtant éviter le terme de „droit naturel“ qui prête aux malentendus<sup>90)</sup> en suggérant la conception d'un ordre juridique éternel et immuable, qui veut être réalisé par les efforts humains, une conception qui est déjà représentée dans l'antiquité<sup>91)</sup> et dans les tendances de l'Ecole du droit naturel du XVII et du XVIII siècle<sup>92)</sup>.

### CHAPITRE III.

La directive de la législation actuelle se manifeste dans les dispositions de la législation qui, dans leur contenu, sont les plus rapprochées des impératifs résultant de l'idée du droit, en ne lésant aucun d'eux. On peut signaler trois impératifs de l'idée du droit: 1) la protection contre l'injustice, (tort, lésion). 2) la protection du bien commun, 3) la protection de la personnalité de l'homme. Il ne résulte nullement du dernier impératif que le droit (objectif) soit „le système des droits subjectifs“.

---

84) p. 20 s.

85) E. Picard, § 4 p. 8 dans le sens de „l'ensemble des permanences abstraites du droit“.

86) E. Huber, *Das Absolute*, p. 7. Comp. E. Jarra, *L'idea*, p. 373 s.

87) L. Duguit, T. I, § 13 p. 142—153, E. Jarra, p. 211 s., S. Rundstein, p. 64 s., H. Fehr, p. 29.

88) J. Bonnecase, *Introduction*, Nos 138—152 p. 217—239, surtout N° 138 p. 217—218, N° 152 p. 239.

89) W. Bitner, p. 13, 21 s. Comp. E. Picard, § 47 p. 80—82.

90) C'est avoué par M. L. Le Fur, *Droit individuel*, p. 297 à la note 2,

91) V. A. Pernice, *Res communes*, p. 7 s.

92) V. Fr. Geny, *Science*, T. II N° 134 p. 276, 277, J. Dabin, N° 68 p. 270—272.

La directive de la législation actuelle se manifeste dans celles des dispositions de la législation qui, dans leur contenu, sont les plus rapprochées des impératifs résultant de l'idée du droit, en ne lésant aucun d'eux<sup>93</sup>). On peut signaler trois impératifs de l'idée du droit: 1) la protection contre l'injustice (tort, lésion), 2) la protection du bien commun, 3) la protection de la personnalité<sup>94</sup>).

Sans doute les mêmes impératifs résultent de la morale<sup>95</sup>). Mais ici il s'agit des impératifs qui ont acquis une forme concrète dans les dispositions de la loi<sup>96</sup>). C'est la différence entre les impératifs de l'idée du droit et les impératifs de la morale.

Cela n'empêche pas que les impératifs de l'idée du droit se développent sous l'influence des impératifs de la morale<sup>97</sup>).

Premier impératif. La disposition de la loi protège contre l'injustice (tort, lésion)<sup>98</sup>).

Evidemment la notion de l'injustice (tort, lésion) est une notion vague.

La notion de tort a subi une évolution importante dans le droit romain en matière de la responsabilité délictuelle. La loi Aquilienne soumet à ses dispositions le dommage causé par le tort (*damnum iniuria datum*)<sup>99</sup>). Cependant déjà les juriconsultes classiques identifient la notion de tort

---

<sup>93</sup>) V. ci-dessus p. 11 à la note 63.

<sup>94</sup>) Des impératifs pareils sont proclamés par E. Huber, *Recht*, p. 28 s., p. 84 s., R. Pound (V. E. W. Patterson, p. 984 s.), J. Dabin, Nos 40 s., p. 153 s., R. Schindler, p. 258 a et suiv. Les juriconsultes romains disaient (D 1, 1, 10, 1): „Les praeceptes du droit sont ceux-ci: vivre honorablement, ne pas léser personne, attribuer à chacun ce qui lui est dû”. (*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*).

<sup>95</sup>) V. G. Ripert, Nos 5, 6, p. 9 — 11.

<sup>96</sup>) E. Huber, *Recht*, p. 78/79, p. 213 souligne que „Ce n'est que par la transformation de la conception morale en conception juridique, que cette conception — et c'est le but du droit — devient apte à réaliser par la contrainte l'ordre, basé sur la morale”.

<sup>97</sup>) Comp. E. Huber, *Recht*, p. 78/79 (ci-dessus la note 96), G. Ripert, No 6 à la fin p. 11, L. Jossierand, *Esprit*, No 254, p. 324—326, Ch. Appleton, p. 10 s.

<sup>98</sup>) Comp. mon projet, l'Art. 10 et l'Art. 18 al. 2.

<sup>99</sup>) D 9, 2, 1 pr., fr. 3, fr. 27 § 5, fr. 41, D 13, 6, 19. Comp. M. Wlasssek, *klassische Prozesformel*, p. 112 — 119, C. Arnò p. 54 s. (Extr. p. 6 s).

(*iniuria*) avec la notion de faute (*culpa*)<sup>100)</sup> et prennent la faute pour base de la responsabilité délictuelle.

Et pourtant la notion de tort (*iniuria*) a un contenu plus large que la notion de faute (*culpa*).

Il faut donc supposer que les jurisconsultes romains voient dans la faute la base d'une seule catégorie des cas de tort, en laissant ouverte la question des autres catégories<sup>101)</sup>.

En effet, les jurisconsultes romains ont augmenté les cas de la responsabilité délictuelle. Mais ils n'ont pas fait cela par une description précise de la notion de tort<sup>102)</sup>, mais par des moyens législatifs ou par des édits du préteur (*actio de pastu*<sup>103)</sup>, *actio de pauperie*, *edictum de his qui dejecerint vel effuderint*).

En principe les jurisconsultes romains identifient la notion de tort avec la notion de faute.

Il serait intéressant de démontrer quelles étaient les raisons des jurisconsultes romains d'accepter cette identification.

Je ne peux pas entrer ici dans l'analyse de cette évolution. Mais, à mon avis, cette identification de la notion de tort avec la notion de faute prouve que dans ce temps-là le facteur social (individualiste) a déjà pris le dessus sur le facteur de droit (objectif)<sup>104)</sup>.

Le droit de l'Europe continentale a suivi l'exemple des jurisconsultes romains et prend la faute pour base de la responsabilité délictuelle, en suppléant dans quelques cas déterminés la théorie de la faute par la théorie du risque<sup>105)</sup>.

Le droit anglais accepte le même point de départ que l'ancien droit romain, mais ne passe pas, comme l'a fait le droit romain, de la notion de tort à la notion de faute. Le droit anglais, développe plutôt la théorie des Torts "qui embrasse un grand nombre de cas et permet l'admission par la jurisprudence de cas nouveaux<sup>106)</sup>.

100) *Iniuria id est culpa*: G 3, 211, D 9, 2, 5, 1. Comp. J 4, 3, 2, 3.

101) C'est aussi le point de vue du C. c. autrichien (§ 1306). Voir E. S w o b o d a, *deliktische Haftung*, p. 121 s.

102) Comp. A. Pernice, II, 1, p. 19 s.

103) Comp. O. Lenel, p. 198 à la note 6.

104) Comp. Lyskowski, *Quid*, p. et ci-dessus p. 6 s.

105) Voir J. Krzywicki, p. 140 s. Comp. Henning Holm-Nielsen.

106) Voir Stephen, p. 405 s.

La même méthode est suivie par le droit américain<sup>107)</sup>.

Il faut avouer que le droit anglais représente mieux l'impératif ordonnant d'éviter l'injustice. La systématisation des „Torts“<sup>108)</sup> donne une base à l'évolution. Il est désirable que le droit de l'Europe continentale suive cette route, en suppléant les cas de responsabilité délictuelle déjà admis.

De même, l'autonomie de la volonté de parties peut donner lieu à des injustices, notamment si les parties n'observent pas les restrictions de l'autonomie, imposées par le respect du bien commun; car l'injustice est contraire au bien commun<sup>109)</sup>. M. PIANIOL et G. RIPERT<sup>110)</sup>, ainsi que A. EGGER<sup>111)</sup> soulignent justement que le législateur doit „protéger les contractants contre les injustices de contrat“, et M. J. DABIN<sup>112)</sup>, remarque avec raison que la partie peut même subir une injustice par le manque d'égards de sa situation matérielle. M. G. RIPERT<sup>113)</sup> relève à juste titre que les parties n'ont qu'une „autonomie partielle“.

Il vaut la peine de remarquer que dans le droit classique romain le juge du tribunal d'équité (*bonae fidei iudicium*) était instruit de condamner le défenseur, en évitant de lui faire un tort<sup>114)</sup>.

En somme, nous pouvons dire que la disposition de la loi protège contre l'injustice, si les intérêts matériels et moraux des parties sont garantis également<sup>115)</sup>.

Deuxième impératif. La disposition de la loi protège le bien commun.

---

107) Voir A. K. KUHN, N° XXV p. 227/228. Comp. Ed. Lambert, *Introduction*, p. 33.

108) Voir STEPHEN, p. 419 s.

109) V. J. DABIN, N° 40 p. 153, N° 63 p. 252—254, N° 202 p. 674, N° 204 p. 676 — 680.

110) T. VI N° 16 p. 23.

111) à l'Art. 27 N° 2 p. 217, Nos 9 — 37 p. 219—241, surtout N° 22 p. 224/225. Comp. L. JOSSRAND, *Esprit*, N° 100 p. 135 J. DABIN, N° 129 bis p. 459, 460, N° 83 p. 334 à la note; ci-dessous aux notes 135 et 167.

112) N° 166 p. 561 — 565.

113) T. I N° 238 p. 119. Comp. ci-dessus note 10, et Ed. Lambert, *Introduction* p. 24 s., M. A. MOGILNICKI, *Droit*, p. 33 remarque justement: „Le droit est la réglementation de la vie humaine — la limitation de la licence des forts et des méchants“.

114) G. 4, 116, D 2, 14, 7, 6. V. ŁYSKOWSKI, *Quid*, p. 153 s., W. W. BUCKLAND, p. 229.

115) V. ci-dessus à la note 58, ci-dessous à la note 167.

Le droit est au service du bien commun<sup>116</sup>), c'est-à-dire du bien de la communauté, de l'ensemble de la vie sociale et économique. Le bien commun demande, entre autres, la sécurité des transactions et du commerce<sup>117</sup>). D'autre part il ne faut pas comprendre le bien commun d'une manière si large que, sous prétexte du bien commun, l'individu perde sa liberté ou sa dignité<sup>118</sup>). Très justement M. R. Stammler<sup>119</sup>) remarque: „Comme l'idée du droit pour sa réalisation a besoin de contrainte, de même l'idée de la justice pour son activité effective a besoin d'amour”<sup>120</sup>).

Troisième impératif. La disposition de la loi protège la personnalité de l'homme.

Le droit est une création de la raison humaine au service des hommes<sup>121</sup>), soit comme droit coutumier, soit comme droit législatif. Par conséquent l'individu est le centre de l'ordre juridique<sup>122</sup>). C'est le contenu essentiel de la Déclaration des droits de l'homme de 1789<sup>123</sup>).

La disposition de la loi doit donc respecter la personnalité de l'homme<sup>124</sup>).

---

116) C'est souligné précisément par R. Demogue, p. 170—182, J. Dabin, N° 40—47 p. 153—194.

117) V. R. Demogue, p. 63—87.

118) V. H. Capitant, *Introduction*, N° 27 p. 64—66, Fr. Gény, *Méthode*, T. II N° 175 p. 177—180, *Science*, T. III N° 257 p. 481—483, A. Egger, à l'Art. 27 N° 23 p. 224/225, J. Dabin, N° 45 p. 177—184, H. Capitant, T. I N° 9 bis p. 10—13. Comp. ci-dessous à la note 122 s.

119) p. 26. Comp. H. Fehr, p. 34 s., G. Gurvitch, p. 404 s., H. Bergson.

120) Actuellement nous vivons plutôt dans une époque de haine, ce qui, en conséquence, conduira, à „la fin de la civilisation occidentale”. Comp. P. Bonfante, *Europa*.

121) V. ci-dessus à la note 53.

122) C'est déjà souligné par les jurisconsultes romains. Voir Hermog. D 1, 5, 2 *hominum causa omne ius constitutum est*, rell. Comp. F. Senn p. 58, p. 59, p. 76 s.

123) Comp. G. Cornil, p. 92, 93, L. Josserand, *Esprit* N° 4, p. 5/6 I. van Kan, p. 322, 323 s. Comp. ci-dessous à la note 172.

En droit classique romain la personnalité du citoyen romain était protégée par l'*actio iniuriarum*. V. A. Pernice T. II, 1 p. 31 s.

124) V. F. Zoll, N° 133 p. 171—175. Je ne parle que de la protection de la personnalité en droit civil. Elle joue un rôle non moins important dans le droit constitutionnel (V. L. Josserand, *Esprit*, N° 155—191 p. 199—240, St. Starzyński, W. Burckhardt, p. 69 s.) et dans le droit administratif (V. H. Berthélemy, p. 274 s.).



Le C. c. autrichien § 16 parle des droits „innés“ de l'homme <sup>125)</sup>.

Le C. c. suisse Art. 27—30 donne une protection légale à la personnalité de l'homme <sup>126)</sup>.

Dans mon projet je consacre les Art. 45—50 à la protection de la personnalité:

Art. 45 „Est spécialement protégée la personnalité de l'individu, surtout:

1) la liberté, ainsi que la liberté de jouir du droit et d'ester en justice pour le défendre,

2) l'honneur, résultant de la propre conduite,

3) le nom patronymique <sup>127)</sup>,

4) les marques et signes personnels“.

Art. 46 „Celui qui subit une atteinte à la personnalité <sup>128)</sup> peut demander la restitution de l'état de choses antérieur.

Si la restitution est impossible, la personne atteinte peut demander une réparation, établie par le juge quant à la forme et au contenu.

---

<sup>125)</sup> V. E. Swoboda, N° VII p. 360—365 (Extr. p. 30—35), E. Swoboda, Zeiller, p. 17 s., p. 43 s. Comp. R. Capitant, p. 222—225.

<sup>126)</sup> V. V. Rossel et F.-H. Mentha, T. I N° 124—135 p. 18—106, A. Egger à l'Art. 27—30 p. 215—288.

<sup>127)</sup> Le projet italien de C. c., Livre I donne dans les Art. 6—12 une protection détaillée au nom patronymique et au pseudonyme.

<sup>128)</sup> L'atteinte à la personnalité est un délit spécial, et n'est pas basée sur la faute. L'atteinte à la personnalité doit être constatée objectivement. Par conséquent elle peut avoir lieu même s'il n'y a ni dol ni négligence de la part de l'offenseur. Ainsi s'explique la distinction de l'Art. 48. Comp. A. Egger, à l'Art. 28 N° 79 p. 265, 267, et la note à l'Art. 46 de mon projet.

Même dans le cas de l'atteinte à la dignité d'un tiers, celui qui a un intérêt matériel ou moral peut exercer l'action, par ex. une association littéraire en faveur d'un auteur mort. M. F. Zoll, *Droit moral*, propose une action populaire (*actio popularis*), pareillement G. Brini, Art. XVIII (p. 16, comp. F. Cosentini, *La science*, p. 372).

Les dispositions des Art. 45—50 sont générales. Il va sans dire que dans notre discussion définitive les Art. 45—50 seront mis en accord avec notre projet de la partie générale des obligations (Art. 93 du projet E. Till; Art. 180 du projet L. Domański), concernant la réparation en cas de l'atteinte à la personnalité dans un rapport contractuel. Comp. H. et L. Mazeaud, T. I N° 303 p. 264 note 1.

En tous cas la personne atteinte peut demander constatation de l'état de choses par décision judiciaire, ainsi que garantie contre une nouvelle atteinte à sa personnalité“.

Art. 47 „Si l'atteinte à la personnalité a eu pour résultat un gain matériel, la personne atteinte peut demander de participer au gain, déduction faite des impenses matérielles et des efforts intellectuels fournis, en tenant compte de l'importance de l'atteinte et du gain acquis“<sup>129)</sup>.

Art. 48 „Si l'atteinte à la personnalité a été faite consciemment ou par négligence<sup>130)</sup>, la personne atteinte peut en outre demander réparation du dommage matériel ou moral qu'elle a subi“.

Art. 49 „Le juge peut allouer une réparation morale<sup>131)</sup> à la personne atteinte, en même temps qu'une réparation en argent du dommage matériel et moral“.

Art. 50 „Les actions pour atteinte à la personnalité ne peuvent être exercées que par la personne lésée, elles ne passent aux héritiers que si elles ont été intentées par le défunt.

Les actions se prescrivent par cinq ans en comptant du jour de la dernière atteinte“.

Des éminents auteurs<sup>132)</sup> estiment que la protection de la personnalité résulte des „droits individuels“ de l'homme, dénommés aussi les „droits subjectifs“. C'est tout à fait juste, si on veut exprimer que dans ce cas il s'agit des droits qui sont au service de l'individu comme tel, ou, selon l'expression du C. c. autrichien § 16 des droits „innés“ de l'homme<sup>133)</sup>. Mais, très justement M. A. Egger<sup>134)</sup> observe qu'il ne s'agit pas des droits dont une personne jouit et dont elle peut disposer, comme par exemple du droit à la propriété, mais qu'il s'agit des droits dont l'homme jouit comme tel et en vertu de la réglementation de l'ordre juridique, donc des droits qui „doivent être respectés par tous“.

---

129) Comp. A. Egger, à l'Art. 28 N° 69 p. 262, 263, N° 79 in f. p. 267.

130) V. ci-dessus note 128.

131) Comp. Lyskowski, *Réparation morale*.

132) G. Cornil, p. 91, Fr. Geny, *Conflit*, p. 94, J. Bonnetcase, *Science du droit* N° 57 p. 128.

133) Comp. ci-dessus la note 125.

134) à l'Art. 28, N° 47 p. 253.

Ainsi s'explique que l'atteinte à la personnalité peut avoir lieu même dans un rapport contractuel<sup>135)</sup>. Le consentement est vicié en conséquence de la disposition de la loi dont l'individu n'a pas le droit de se prévaloir.

D'autres auteurs rangent les „droits individuels“ parmi les „droits subjectifs“, en leur donnant une place spéciale<sup>136)</sup>.

Cependant, il faut souligner ce qui suit. Si on parle des „droits individuels“ et si on les dénomme aussi „droits subjectifs“, il ne s'ensuit pas que le droit („objectif“) ne soit que la somme des droits subjectifs ou „le système des droits subjectifs“<sup>137)</sup>.

Sans doute, l'individu peut jouir du droit (objectif) ce qui résulte de sa situation dans l'ordre juridique et de la protection

---

<sup>135)</sup> Comp. A. Egger, à l'Art. 27, N° 2 p. 217, et ci-dessus aux notes 110-111.

<sup>136)</sup> C'est la conception de M. F. Zoll, N° 210, p. 261, 262, N° 133 p. 171-175.

<sup>137)</sup> M. E. Swoboda, N° VII p. 362 (Extr. p. 32) à la note 2 souligne très justement que la protection de la personnalité dans l'ordre juridique ne signifie pas du tout „un retour à l'ancienne conception d'après laquelle le droit (objectif) n'est qu'un système des droits subjectifs“. Comp. ci-dessous à la note 399. M. O. Jonsescu, p. 45, au contraire, est d'avis que la Déclaration des droits de l'homme de 1789 prouve que le Code civil français est conçu comme „système des droits subjectifs“. Comp. ci-dessus note 8.

Quant au droit romain, il est une pétition de principe, s'il est permis de se servir d'un concept, admis aujourd'hui, mais dont la dénomination n'était pas connue par les juriconsultes romains. Quand le citoyen romain disait: J'affirme que cette chose est la mienne d'après le droit des Quirites (G. 4, 16), il n'invoquait pas son „droit subjectif“, mais le droit (objectif) des Quirites. (Comp. l'interprétation ingénieuse de cette formule par M. H. Lévy-Bruhl). La trichotomie: „Tout le droit dont nous jouissons concerne ou les personnes, ou les choses ou les actions“ (G 1, 8) n'exprime pas „un système des droits subjectifs“, comme M. E. Piccard, § 54 p. 92/93 le suppose (comp. ci-dessus note 8), mais le droit (objectif), comme M. L. Mitteis, p. 73, le souligne. Or, si nous admettons avec M. G. Cornil, *Ancien*, p. 7 la notion de „droit subjectif“ dans le droit romain, nous introduisons dans le droit romain une notion qui n'y existait pas. Les *actiones* des juriconsultes romains n'étaient pas un „système des droits subjectifs“, mais le droit (objectif) dans son application. V. Lyskowski, *Quid*, p. 167 s. Pour le droit moderne comp. L. Josseland, *Esprit* N° 39 p. 54 et ci-dessous aux notes 246 s.



Le problème est plus profond<sup>146)</sup>. Il s'agit notamment de savoir si l'individu porte en lui même la source du droit ou si, au contraire, cette source se trouve dans la vie sociale<sup>147)</sup>.

Dans le premier cas le droit (objectif) ne sera que la somme des facultés appartenant aux individus, la somme ou le système des droits subjectifs.

Dans le second cas l'individu est soumis au droit qui prescrit les règles de conduite et détermine les effets juridiques de celle-ci<sup>148)</sup>. Très justement M. Fr. Geny<sup>149)</sup>, souligne que les „facultés particulières“ de l'individu découlent immédiatement du droit au sens objectif. Ce n'est donc pas de ces „droits subjectifs“ que les „facultés particulières“ découlent<sup>150)</sup>.

Dans le premier cas le droit (objectif) a sa source dans la volonté, soit de l'individu, soit de la collectivité, ce qui est contraire au but du droit<sup>151)</sup>, et ce qui nous ramène aux temps du droit primitif, basé sur la justice personnelle (la vengeance, le talion), où était „droit“ ce que l'individu ou l'organisation sociale (clan, famille, tribu) pouvait acquérir par la force<sup>152)</sup>.

Or, le droit (objectif) n'est pas le „système des droits subjectifs“, pas même si, en suivant la théorie de Jhering, nous admettons comme base de ces „droits subjectifs“ non seulement la volonté, mais encore les intérêts des individus ou de la collectivité<sup>153)</sup>.

---

<sup>146)</sup> M. O. Jonescu se rend compte de cela. V. N° 3 p. 15, N°s 38—51 p. 77—97, p. 181—184.

<sup>147)</sup> V. ci-dessus aux notes 14—16 et 53.

<sup>148)</sup> V. Lyskowski, *Quelques*, II N° 1 p. 569, 570 (Extr. p. 23, 24). Comp. ci-dessous aux notes 399—400.

<sup>149)</sup> *Science*, T. I N° 16 p. 47 sous N° 2. Comp. l'exemple ci-dessous aux notes 329—331.

<sup>150)</sup> Dans la langue polonaise nous avons le terme précis „*uprawnienie*“ ce qui veut dire „faculté juridique“ ou „faculté de jouir du droit“. Comp. E. Waśkowski, p. 421. Cette faculté résulte immédiatement de la loi, donc du droit objectif, et non du droit subjectif de la partie, comme M. F. Zoll, nr. 87 p. 122 le suppose. V. Fr. Geny, ci-dessus note 149.

<sup>151)</sup> V. ci-dessus aux notes 37 s.

<sup>152)</sup> V. C. W. Westrup, p. 3 s.

<sup>153)</sup> C'est la formule de M. O. Jonescu, N° 47—51 p. 90—97. Contre cette conception V. Fr. Geny, *Science*, T. IV N° 10 p. 180, L. Duguit, T. I § 41 p. 434—450, A. V. Lundstedt, p. 93 s.

M. G. Gurvitch<sup>154</sup>) remarque justement que „La notion de droit subjectif a été fortement exploitée par l'individualisme et l'impérialisme juridiques pour leurs besoins propres et s'est trouvée ainsi sérieusement dénaturée. L'individualisme juridique a toujours eu la tendance à déduire le droit objectif des droits subjectifs, considérés comme des qualités inhérentes à la volonté, qui lui appartiennent parce qu'elle est une volonté<sup>155</sup>); c'est là le fondement des théories contractualistes du droit et de la société“. Dans un système de droit social il faut, d'après M. Gurvitch<sup>156</sup>), „construire la distinction entre les droits sociaux subjectifs qui s'interpénètrent et les droits subjectifs individuels qui s'opposent“. Je ne peux pas entrer ici dans les profondes recherches de l'éminent auteur russe mais, à mon avis, dans l'état actuel de recherches, il suffit de reconnaître la faculté générale de l'individu de profiter du droit objectif<sup>157</sup>), en soumettant cette faculté générale aux dispositions sur la protection de la personnalité de l'homme, comme je l'ai fait dans l'Art. 45 p. 1 de mon projet (ci-dessus p. 25).

C'est donc à juste titre que M. A. V. Lundstedt<sup>158</sup>) nie „la réalité“ des „droits subjectifs“.

#### CHAPITRE IV.

Les dispositions de la législation les plus rapprochées dans leur contenu des impératifs de l'idée du droit, en ne lésant aucun d'eux, doivent servir de base à l'élaboration des principes fondamentaux représentant l'esprit et les idées directrices de la législation. Ces principes fondamentaux doivent servir de directive à l'interprétation de toutes les dispositions de la législation, pour réaliser „le droit“ de la législation.

<sup>154</sup>) *Droit social*, p. 626.

<sup>155</sup>) Mots de L. Duguit.

<sup>156</sup>) *Droit social*, p. 627 vers la fin. Comp. A. V. Lundstedt, p. 75—78.

<sup>157</sup>) Comp. A. V. Lundstedt, p. 141 suiv., et mon projet Art. 45 (ci-dessus p. 25).

<sup>158</sup>) p. 74 suiv., p. 119 suiv., 264 suiv. Comp. ci-dessous à la note 401.

La directive de la législation actuelle se manifeste dans les dispositions de la législation qui, dans leur contenu, sont les plus rapprochées des impératifs de l'idée du droit, en ne lésant aucun d'eux<sup>159)</sup>.

Ces dispositions doivent être dégagées de la législation pour en déduire les principes fondamentaux qui seront caractéristiques pour la législation tout entière et qui manifesteront l'esprit et les idées directrices de la législation<sup>160)</sup>.

Ces principes fondamentaux doivent servir de directive à l'interprétation de toutes les dispositions de la législation, pour réaliser „le droit“ de la législation.

On a remarqué<sup>161)</sup> qu'il c'est presque impossible de dégager les dispositions de la loi qui seront aptes à servir de base pour en déduire un principe général.

D'abord il faut souligner qu'il ne s'agit pas des grands principes de bien commun et de justice — dont le respect s'impose à toute oeuvre juridique vraie, ce qui est demandé par M. J. Dabin<sup>162)</sup>, mais „des principes fondamentaux du droit d'un pays“, ce qui est, d'après mon avis, indispensable pour soutenir le strict contact avec la législation en vigueur. Par la comparaison des principes fondamentaux des différentes législations nous pouvons développer les principes fondamentaux d'une législation nationale. Pourtant il faut souligner que c'est admissible seulement dans le cas où le principe fondamental, prouvé dans une législation étrangère, trouve un appui quelconque dans la législation nationale<sup>163)</sup>. La même méthode oblige pour le développement de la jurisprudence nationale par la comparaison avec les jurisprudences des autres pays<sup>164)</sup>.

De cette manière nous pouvons nous rapprocher des „grands principes de bien commun et de justice“ dont parle M. J. Dabin<sup>165)</sup>.

---

159) V. ci-dessus, p. 20 s.

160) Comp. ci-dessous p. 10 s.

161) J. Dabin, Nos 60, 61 p. 240 — 248. Comp. ci-dessus aux notes 35 et 36.

162) No 60 p. 240 à la note 2.

163) De cette manière se développait le *ius gentium* romain. V. Lyskowski, *Naturalis*, p. 493.

164) M. G. Pacchioni, dans une excellente étude, No 13 p. 16 souligne justement l'importance des jurisprudences étrangères pour le développement de la jurisprudence nationale. Comp. ci-dessous aux notes 485 s.

165) V. ci-dessus la note 162.

Pour prouver qu'il est presque impossible de former des principes „généraux“ d'une législation on invoque souvent l'al. 1 de l'Art. 1134 du C. c. français et du C. c. polonais qui dispose: „Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites“<sup>166</sup>).

D'après mon avis l'Art. 1134 ne peut pas servir de base pour en déduire un principe fondamental puisqu'il ne protège pas contre l'injustice<sup>167</sup>); il lèse donc l'impératif de l'idée du droit susmentionné<sup>168</sup>).

On ne peut donc pas dire que l'Art. 1134 prouve que le droit (objectif) ne représente que la réalisation de la volonté des parties<sup>169</sup>).

M. J. Péritch<sup>170</sup>) pose précisément la question de savoir, où est la place du législateur, si le droit n'est que la réalisation de la volonté des parties. Il faut donc souligner que la volonté des parties est limitée par le droit, et seulement dans ces limites on peut parler de l'autonomie des parties<sup>171</sup>).

L'Art. 1134 s'explique, à mon avis, par la réaction contre le système féodal, en disposant que personne ne peut être forcé de conclure un contrat<sup>172</sup>).

De ce point de vue l'Art. 1134 protège la personnalité de l'homme, et donne satisfaction à cet impératif de l'idée du droit<sup>173</sup>). De même l'Art. 1134 protège le bien commun<sup>174</sup>),

---

<sup>166</sup>) Comp. ci-dessus la note 49.

<sup>167</sup>) V. ci-dessus aux notes 110 s.

<sup>168</sup>) V. ci-dessus p. 21 s.

<sup>169</sup>) Ce qui est souligné justement par Fr. Geny, *Science*, T. II N° 174 p. 409, 410, F. Cosentini, p. 279—356, R. Demogue, *Traité*, T. I N°s 28—31 p. 84—88, Ed. Lambert, *Introduction*, p. 24 s, H. de Page, T. II p. 191—200, L. Jossierand, *Esprit*, N°s 100—104 p. 134—140, J. Péritch, p. 7—13. Comp. Lyskowski, *Quelques*, p. 554, 555 (Extr. p. 8, 9) et ci-dessus aux notes 49, 109, 135.

<sup>170</sup>) § 1. p. 5, § 5 p. 13—15.

<sup>171</sup>) V. ci-dessus aux notes 110 s. Sur la notion de l'illicite comp. ci-dessus à la note 26.

<sup>172</sup>) Comp. R. Demogue, *Traité*, T. I N° 10 p. 19, 20, N° 27 p. 82, T. II N° 539 p. 129—132.

<sup>173</sup>) V. ci-dessus p. 24 s. Comp. J. Dabin, N° 132 p. 471, N° 134 p. 485, 486.

<sup>174</sup>) V. ci-dessous p. 23 s.



puisqu'il garantit le respect dû aux engagements<sup>175)</sup>. Mais comme l'Art. 1134 ne protège pas contre l'injustice, en lésant cet impératif de l'idée du droit<sup>176)</sup>, il ne peut pas servir de base pour en déduire un principe fondamental.

Si on veut faire l'objection qu'il est inadmissible de déduire d'une disposition unique de la loi un principe fondamental qui soit obligatoire pour la législation toute entière, il faut repliquer qu'il n'est pas possible que le législateur dans une disposition quelconque proclame un principe, et qu'il le rejette dans les autres dispositions, à moins qu'il n'y ait pas une raison spéciale qui justifie une disposition exceptionnelle. M. W. Burckhardt<sup>177)</sup> souligne justement que souvent le législateur n'embrasse pas suffisamment l'ensemble des dispositions et que c'est par cette raison qu'il indique le principe dans une disposition unique.

C'est donc le devoir de la jurisprudence et de la science du droit de „suppléer“ la volonté du législateur<sup>178)</sup>.

Il va sans dire que parfois le principe proclamé dans une disposition unique n'a qu'une valeur exceptionnelle et que pour cette raison ce principe ne peut pas être compris comme principe fondamental<sup>179)</sup>.

Pour former un principe fondamental il faut analyser la disposition de la loi et sur la base de cette analyse former un principe, en prouvant que ce principe, en accord avec la disposition de la loi, donne satisfaction aux impératifs de l'idée du droit, en ne lésant aucun d'eux<sup>180)</sup>.

---

175) V. H. de Page, T. II p. 182, 191—200.

176) V. ci-dessus p. 21. s.

177) p. 105 à la fin. Comp. G. Cornil, p. 99, 100.

178) En fait, c'est la jurisprudence qui présente le droit, le droit „vivant“. Comp. Lyskowski, *Quelques*, p. 553 (Extr. p. 7). Mais de cela ne résulte pas le „Gouvernement des Juges“. M. G. Cornil, *Autorité*, p. 111 souligne à juste titre que „le juge et le législateur disent le droit tous deux“ (comp. p. 119, 120) et que „le législateur et le juge développent parallèlement une activité juridique créatrice“. Voir aussi G. Cornil, *Juge* p. 183 s., et ci-dessous, à la note 266.

179) Déjà les juriconsultes romains soulignent qu'on ne peut pas tirer des conséquences d'une disposition exceptionnelle (D. 1, 3, 14) Comp. A. Pernice, *privatrechtliche*, p. 81 (Z. d. Sav. St. p. 160) à la note 2.

180) V. ci-dessus p. 21 s.

Cette analyse nous fournira en même temps des matériaux précieux pour la critique des dispositions de la loi, en indiquant dans quelle mesure les dispositions de la loi donnent satisfaction aux impératifs de l'idée du droit<sup>181)</sup>, et quelle réforme des dispositions est recommandable pour donner satisfaction aux impératifs mentionnés.

Il se comprend de soi-même qu'il faut effectuer l'analyse des dispositions particulières de la législation, en tenant compte de toutes les conséquences favorables et défavorables de la disposition dans la situation sociale et économique actuelle<sup>182)</sup>.

## CHAPITRE V.

### Le principe fondamental de la lésion.

Comme c'est bien connu, deux constitutions, attribuées à l'empereur Dioclétien (C. 4,44,2 de l'an 285, et C. 4,44,8 de l'an 293), disposent que le vendeur [d'immeuble] a la faculté de demander la rescission de la vente quand le prix est inférieur à la moitié de la valeur réelle de la chose, à moins que l'acheteur ne préfère payer le supplément du juste prix.

Mais ces constitutions sont, très probablement, interpolées<sup>183)</sup>.

C'est possible qu'il y avait des constitutions de Dioclétien, dont le texte est inconnu, par lesquelles l'empereur tâchait de protéger les propriétaires fonciers pendant une crise agricole<sup>184)</sup>, comme il tâchait de soulager la charté de la vie par le décret

---

<sup>181)</sup> V. ci-dessous p. 21 s. Comp. E. Huber, *Recht*, p. 172—175, p. 243, H. Piętka, p. 161 s., G. Ripert, T. I No 224 p. 97 („Le jurisconsulte, vraiment digne de ce nom, — apprécie et juge les lois”). Sur les lois injustes V. encore J. Dabin, Nos 201—204 p. 669—680.

<sup>182)</sup> Comp. R. Demogue, p. 58 s., et ci-dessous à la note 321. Déjà M. v. Kirchman, p. 11 s., en se prononçant contre la méthode de l'École historique, a souligné la nécessité de former le droit sur la base de la situation actuelle.

<sup>183)</sup> En faveur de l'interpolation on peut invoquer l'expression *humanum est* qui est une expression favorisée par Justinien. V. H. Krüeer, p. 6 s. Dans la constitution C. 4, 44, 8 à la fin, l'interpolation est évidente.

<sup>184)</sup> V. L. Landucci, p. 1189 s. Comp. Ed. Cuq, p. 457 aux notes 1—3.

de l'an 301 de *pretio rerum venalium*. Mais le texte des constitutions susmentionnées, très probablement, ne provient que de Justinien ce qui est généralement admis aujourd'hui<sup>185</sup>).

Le principe, proclamé dans les dites constitutions, est entré dans les législations modernes<sup>186</sup>).

Cependant, toutes les législations n'acceptent pas le principe sous la forme de principe fondamental ou même général<sup>187</sup>).

C'est le C. c. autrichien, de 1811, qui, le premier, dans l'Art. 934 pour tous les contrats commutatifs a admis le principe général de l'annulabilité du contrat.

La proposition, faite pendant la révision du C. c. autrichien, de donner au § 934 une forme analogue au § 138 al. 2 du C. c. allemand, a été rejetée dans la Chambre des Seigneurs<sup>188</sup>).

---

<sup>185</sup>) V. P. Bonfante, p. 101 s., E. Albertario, p. 1, S. Solazzi, p. 51 s., P. F. Girard, p. 575 aux notes 5 et 6, A. Montel, p. 7 note 3.

<sup>186</sup>) C. c. français Art. 1674 (comp. Art. 1681, 1683), C. c. belge Art. 1674, C. c. polonais Art. 1674, C. c. autrichien § 934, 935 (comp. § 879 p. 4), C. c. italien Art. 1529 (comp. Art. 1534), C. c. allemand § 138 al. 2, C. o. suisse, Art. 21 (en vigueur aussi en Turquie), C. c. soviétique Art. 33, C. c. de la Chine Art. 74. Comp. A. Montel, p. 5 note 1. Les traductions françaises des textes des C. c. autrichien, allemand, suisse et soviétique sont publiées par M. J. Dabin, N° 132 p. 470 note 1.

La rescission du contrat par cause de lésion est inconnue dans le C. c. néerlandais, le C. c. espagnol, le C. c. du Japon et le C. c. du Brésil qui permettent la rescission du contrat seulement dans les cas où le consentement de la partie a été extorqué par violence, erreur ou dol. V. C. c. néerlandais Art. 1357, 1364, 1485, C. c. espagnol Art. 1265, 1269, 1291, 1293 (comp. R. Demogu, *Traité*, T. I N° 458 p. 689, 690), C. c. du Japon Art. 95, 96, C. c. du Brésil Art. 86, 92, 98, 147.

Le droit anglo-américain n'admet non plus la rescission du contrat par cause de lésion; c'est le juge qui décide sur la question si le contrat a été conclu en accord avec l'intention des parties. V. A. K. Kuhn, N° XXII p. 247, 248, N° XXIV p. 268, 269, K. Przybyłowski, p. 82-89.

<sup>187</sup>) Sur la notion de principe „fondamental” en comparaison avec la notion de principe „général”. V. ci-dessus aux notes 27 et 28, et ci-dessous aux notes 490 s.

<sup>188</sup>) V. *Protokolle des Herrenhauses*, 1912, XXI Session, *Bericht der Kommission für Justizgegenstände*, p. 142.

Le C. c. autrichien suit dans cette matière la base objective du droit, en admettant l'annulabilité du contrat, que le consentement de la partie ait été vicié ou non. L'annulabilité n'est exclue que dans le cas des exceptions, énumérées dans le § 935.

Le C. c. autrichien admet donc la présomption de lésion dans tous les cas d'une disproportion excessive des prestations des parties, en chargeant l'autre partie de prouver qu'il y a une des exceptions, énumérées dans le § 935.

Pourtant les dispositions des §§ 934, 935 ont été supplantées par le § 879 p. 4, révision de l'an 1916, d'après lequel la nullité du contrat doit être basée sur la disproportion excessive des prestations, provoquée par l'exploitation de la légèreté, du besoin, de l'inexpérience etc. de la partie<sup>189)</sup>. Or, même en pleine connaissance de la situation (une des exceptions du § 935) la partie peut invoquer la nullité du contrat, si elle a été exploitée dans la mesure du § 879 p. 4.

Le C. c. français Art. 1674 admet le principe de la lésion seulement dans le cas de vente des immeubles<sup>190)</sup>, en statuant de plus, dans l'Art. 1684, une exception pour les ventes faites d'autorité de justice.

Le point de vue du C. c. français est adopté par le C. c. belge, Le C. c. polonais et le C. c. italien<sup>191)</sup>.

Le C. c. français applique dans cette matière également la base objective du droit, en ne demandant pas que le vendeur prouve son exploitation, ce que Pothier souligne<sup>192)</sup>.

<sup>189)</sup> La formule se base sur les lois contre l'usure du 19 mars 1877 et du 28 mai 1881. V. M. von Stubenrauch, au § 994. Comp. R. Demogue, *Traité*, T. I N° 456 ter p. 686, 687.

<sup>190)</sup> L'Art. 1674 dispose: „Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescission de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescission, et qu'il aurait déclaré donner la plus value". Comp. R. Demogue, *Traité*, T. I N° 393 p. 610, 611.

<sup>191)</sup> V. ci-dessous note 186. Comp. R. Demogue, *Traité*, T. I Nos 457, 461 p. 687, 688, 693, 694.

<sup>192)</sup> „La lésion que souffre l'un des contractants, quand même l'autre n'aurait recours à aucun artifice pour le tromper". V. A. Montel, p. 7 à la note 4.

Le C. c. français exclue même la renonciation du vendeur à la rescission<sup>193)</sup>.

On peut demander pourquoi la jurisprudence française n'a pas déduit un principe fondamental ou au moins un principe général<sup>194)</sup> de la lésion sur la base de l'Art. 1674. Car si le législateur n'a pas voulu la lésion du vendeur, on peut supposer qu'il n'a voulu non plus la lésion des autres contractants<sup>195)</sup>.

En effet la tendance à étendre le champ d'application de la rescission et à l'admettre en cas de lésion dans tous les contrats commutatifs, se trouve déjà chez Pothier<sup>196)</sup>.

Cependant le législateur a voulu que l'Art. 1674 soit une disposition exceptionnelle<sup>197)</sup>. Cela est prouvé par l'Art. 1683 qui n'accepte pas la rescission en faveur de l'acheteur, et par l'Art. 1118 qui dispose que la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats etc.<sup>198)</sup>.

En vue de cet état de choses l'ingérence législative est indispensable<sup>199)</sup> pour étendre le principe de la lésion et d'en faire un principe fondamental ou au moins général<sup>200)</sup>.

Cette ingérence législative est préparée par le projet franco-italien, notamment par l'

Art. 22 „Si les obligations de l'un des contractants sont hors de toute proportion avec l'avantage qu'il retire du contrat ou avec la prestation de l'autre, de telle sorte que, suivant les circonstances, il soit à présumer que son consentement n'a pas été suffisamment libre, le juge peut, sur la demande de la partie lésée, annuler le contrat ou réduire les obligations.

---

<sup>193)</sup> La jurisprudence admet pourtant une exception dans le cas où le vendeur a eu l'intention de faire une donation. V. Dalloz, à l'Art. 1674. Nos 118 — 121.

<sup>194)</sup> Comp. ci-dessus note 187.

<sup>195)</sup> V. ci-dessus à la note 177.

<sup>196)</sup> V. A. Colin et H. Capitant, T. II p. 290, 446, 447, A. Montel, p. 5 note 1.

<sup>197)</sup> C'est soulevé aussi par A. Colin et H. Capitant, T. II p. 289, L. Josserand, T. I N° 127, 4 p. 82, H. Capitant, T. I N° 62 p. 75, 77. Comp. J. Dabin, Nos 131 — 132 p. 466 — 472.

<sup>198)</sup> V. R. Demogue, *Traité*, T. I, Nos 416 — 437 p. 640 — 666.

<sup>199)</sup> Comp. J. Dabin, N° 186 p. 625 — 629.

<sup>200)</sup> V. ci-dessus note 187.

L'action en nullité doit être intentée dans l'année qui suit la conclusion du contrat. Elle peut être écartée par l'offre que fait l'autre partie de verser un supplément reconnu suffisant par le juge.

Le tout sans préjudice des dispositions spéciales relatives à la lésion dans certains contrats“.

En tenant compte des Art. 1674, 1683 et 1118 du C. c. français l'Art. 22 du projet franco-italien<sup>201)</sup> n'accepte pas l'annulabilité du contrat dans tous les cas de lésion<sup>202)</sup>, mais présume que dans le cas de lésion le consentement de la partie n'a pas été suffisamment libre et admet l'annulabilité du contrat sur la base du vice de consentement<sup>203)</sup>.

Par cette formule le projet franco-italien protège toutes les deux parties contre le sabotage.

Le juge constate objectivement s'il y a une disproportion excessive entre les obligations des parties, et de cette manière constate la lésion d'une partie.

Si la disproportion excessive est constatée, la partie lésée peut invoquer la disposition de la loi. Elle est donc protégée contre le sabotage le l'offenseur qui fait promettre une prestation excessive.

Mais c'est eussi la partie lésée qui peut commettre le sabotage. La protection contre ce sabotage consiste dans la possibilité de prouver que la partie, en apparence lésée, était suffisamment libre, ce que le juge apprécie „suivant les circonstances“, en tenant compte aussi du besoin, de l'inexpérience, ou de la légèreté de la partie<sup>204)</sup>.

L'Art. 22 du projet franco-italien contient donc tous les cas, prévus par les §§ 934, 935, 879 p. 4 du C. c. autrichien.

De l'autre côté le projet franco-italien protège contre le sabotage mieux que ne le font le § 138 al. 2 du

---

<sup>201)</sup> Sur le projet franco-italien V. F. Larnaude, *Rapport, et L'unification*.

<sup>202)</sup> V. Rapport de la Commission § 7 p. LXI.

<sup>203)</sup> Comp. R. Demogue, *Traité*, T. I Nos 396, 397, 399 — 415 bis p. 616, 617, 619 — 640.

<sup>204)</sup> Comp. aussi A. Montel, p. 17 s.

C. c. allemand<sup>205</sup>) et l'Art. 21 du C. o. suisse<sup>206</sup>), qui protègent le lésé seulement dans le cas où a eu lieu l'exploitation du besoin, de la légèreté ou de l'inexpérience du lésé, ce qui est souvent difficile à prouver<sup>207</sup>).

Le principe fondamental de la lésion se manifeste non seulement dans la conclusion du contrat, mais aussi dans l'exécution du contrat.

Il faut avouer que la question de la lésion, commise dans la conclusion du contrat, ne se pose, en général, qu'au moment où il s'agit de l'exécution du contrat par la partie lésée. Pourtant cette lésion vise les circonstances qui ont eu lieu au moment de la conclusion du contrat, pendant que la lésion dans l'exécution du contrat vise les circonstances qui ont lieu après la conclusion du contrat. Il est donc justifié de distinguer les deux cas<sup>208</sup>).

Or, la question se pose, si on peut parler d'une lésion dans l'exécution du contrat, vu qu'il ne s'agit que de l'exécution d'un contrat non vicié<sup>209</sup>). M. H. de Page<sup>210</sup>) remarque justement:

---

<sup>205</sup>) Le § 138 al. 2 du C. c. allemand dispose: „Est nul en particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui, obtient, pour lui ou pour un tiers, qu'en échange d'une prestation on promette ou que l'on fournisse des avantages patrimoniaux qui exèdent de telle sorte la valeur de la prestation, qu'en tenant compte des circonstances ces avantages soient, par rapport à la prestation, dans une disproportion choquante”.

<sup>206</sup>) L'art. 21 du C. o. suisse dispose: „En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience.

Le délai d'un an court des la conclusion du contrat”.

<sup>207</sup>) V. pour le C. c. allemand voir A. Achilles, à l'Art. 138 note 6, pour le C. o. suisse H. Oser, à l'Art. 21, N° III, 2. Comp. en général R. Demogue, *Traité*, T. I N°s 459, 460 p. 690 — 693.

<sup>208</sup>) V. Voirin, p. 70 § 2.

<sup>209</sup>) V. G. Del Vecchio, § VIII p. 45, 46, P. Voirin, p. 58 s., p. 141 s., G. Górnil, p. 120—126, R. Demogue, *Traité*, T. I N° 398 p. 618, G. Ripert, N° 82 p. 137—140, K. Przybylowski, p. 1—179, J. Dabin, N°s 133—136 p. 475—484, G. Renard, *Leges*, p. 667 (Extr. p. 45) note 1.

<sup>210</sup>) T. II p. 281. Comp. L. Jossierand, *Esprit*, N°s 121—123 p. 156—160.

„Sous prétexte de parer à un déséquilibre relatif, on risque de généraliser l'anarchie“.

Le C. c. français et le C. c. polonais Art. 1769 prévoient la lésion dans l'exécution du contrat seulement en faveur du preneur d'un bien rural<sup>211)</sup>, le C. o. suisse Art. 373 al. 2 seulement en faveur de l'entrepreneur dans le contrat d'entreprise de prix fixé à forfait<sup>212)</sup>.

Pour former une théorie générale on pourrait rappeler le principe que le contrat doit être exécuté de bonne foi, et conclure qu'il serait en désaccord avec la bonne foi d'exiger l'exécution d'un contrat commutatif malgré les circonstances imprévues qui ont provoqué un changement excessivement défavorable pour la situation du débiteur. C'est donc la bonne foi qui demande la présomption de la *clausula rebus sic stantibus*, en imposant le devoir au créditeur d'accorder une révision du contrat au débiteur.

C'est la jurisprudence allemande qui souvent a admis ce point de vue<sup>213)</sup>, quoique non sans hésitation<sup>214)</sup>.

Cependant il faut souligner que le débiteur ne peut invoquer la lésion que dans le cas, où le changement de la situation a été provoqué sans la propre faute du débiteur. Si le changement dans la situation du débiteur a été provoqué non seulement par les événements imprévus, mais aussi par la propre faute du débiteur lui-même, il faut tenir compte de cette faute<sup>215)</sup>. Le débiteur fautif du changement de sa situation peut invoquer la lésion seulement dans la mesure du changement de la situation, provoque exclusivement par les événements imprévus<sup>216)</sup>. Le droit ne peut protéger que le débiteur honnête; c'est un principe fondamental de toutes les législations modernes<sup>217)</sup>. Il va sans dire que le débiteur ne peut nullement invoquer la lésion, s'il est fautif lui-même des événements imprévus, par ex. d'une explosion dans sa fabrique.

---

211) V. A. Colin et H. Capitant, T. II p. 556 s.

212) V. K. Przybyłowski, p. 62—68.

213) V. K. Przybyłowski, p. 21—32 et le même, *Clausula*, p. 5 s.

214) V. K. Przybyłowski, p. 5—21.

215) V. ci-dessous à la note 227 (le projet polonais).

216) Comp. ci-dessous à la note 226.

217) Comp. ci-dessous à la notes 326.



La jurisprudence française a rejeté la suggestion de former une théorie générale de la révision des contrats sur la base de la bonne foi<sup>218)</sup>, et d'accepter la présomption de la *clausula rebus sic stantibus*, mais admet, exceptionnellement, dans quelques cas la révision<sup>219)</sup>. C'est le Conseil d'Etat qui, vers la fin du XIX siècle a préparé la base pour la théorie de l'imprévision<sup>220)</sup>. Cette théorie, enfin, a fait son entrée aussi dans la jurisprudence allemande<sup>221)</sup>, la jurisprudence autrichienne<sup>222)</sup> et la jurisprudence polonaise<sup>223)</sup>.

En attendant en Italie se développait la théorie de la *clausula rebus sic stantibus*<sup>224)</sup> sur la base l'Art. 1226 du C. c. italien<sup>225)</sup>.

En tenant compte de cette évolution du problème dans la sous-commission préparatoire de notre commission de codification nous avons accepté dans la seconde lecture (en août 1931) du projet de la Partie générale des obligations.

l'Art. 287<sup>226)</sup> „Lorsque par suite d'événements extraordinaires comme par exemple la guerre, les épidémies, la perte

---

<sup>218)</sup> V. K. Przybyłowski, p. 37—44. Comp. J. Wasilkowski, N° 13 p. 19 note 5.

<sup>219)</sup> V. K. Przybyłowski, p. 45, 46.

<sup>220)</sup> V. K. Przybyłowski, p. 46—61. Comp. H. de Page, T. II p. 198 note 1.

<sup>221)</sup> V. J. Wasilkowski, Nos 41—52 p. 55—80.

<sup>222)</sup> V. J. Wasilkowski, Nos 14—21 p. 20—29, K. Przybyłowski, p. 101—109, après une période pendant laquelle on admettait plutôt la *clausula rebus sic stantibus*. V. K. Przybyłowski, p. 89—101.

<sup>223)</sup> V. K. Przybyłowski, p. 110—129, J. Wasilkowski Nos 22—25 p. 29—32.

<sup>224)</sup> Sur l'évolution historique de cette clause V. K. Przybyłowski, *La clause*, p. 3—94.

<sup>225)</sup> Identique avec l'Art. 1148 du C. c. français: „Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit“. V. K. Przybyłowski, p. 69—82.

<sup>226)</sup> V. Projet polonais du droit des obligations, Partie générale, projet de M. E. Till Art. 195, contre-projet de M. L. Domański Art. 298. Comp. K. Przybyłowski, p. 169—179.

totale des récoltes, et d'autres cataclysmes naturels, ou par suite de crises économiques, la prestation du débiteur se heurte à de grandes difficultés, que les parties n'ont pu prévoir lors du contrat, ou lui cause une perte excessive, hors de toute proportion avec l'avantage du créateur<sup>227</sup>), le juge peut prononcer la libération totale ou partielle du débiteur.

Si la libération totale ou partielle du débiteur a été décidée, le juge peut prononcer en même temps la libération proportionnelle de l'autre partie de sa prestation commutative.

Dans les cas, indiqués au commencement de cet article, tant le créateur que le débiteur peuvent être obligés par le juge, soit d'accepter ou de faire une autre prestation, soit d'accepter ou de faire la prestation convenue dans un autre temps, lieu ou d'une autre manière qu'il ne résulte du contrat, à moins que, d'après une considération équitable, la partie n'éprouve pas un préjudice sérieux“.

Quant à la sanction de la lésion, il faut dire, en général, que la personne qui a causé la lésion est obligée de réparer la lésion<sup>228</sup>).

On peut distinguer les modes suivants de cette réparation:

1) la rescission du contrat en cas de lésion dans la conclusion du contrat (projet franco-italien, Art. 22 al. 1),

2) la réduction des obligations du débiteur en cas de lésion dans la conclusion du contrat (projet franco-italien, Art. 22, al. 1),

3) la libération totale ou partielle des parties<sup>229</sup>) en cas de lésion dans l'exécution du contrat (projet polonais, Art. 287, al. 1 et 2),

---

<sup>227</sup>) Je voudrais ajouter: „sans que le débiteur soit fautif lui-même de ces difficultés ou de la perte excessive“, le juge peut etc. V. ci-dessous à la note 215. La même restriction se trouve dans le § 1342 du projet tchécoslovaque de Code civil (révision du C. c. autrichien). V. K. Przybyłowski, p. 169 note 2, comp. p. 106 à la note 1. Le manque de faute doit être prouvé par le débiteur, qui de même est obligé de prouver les événements imprévus. Puisque c'est le débiteur qui demande la révision du contrat, c'est lui qui doit prouver toute la base de cette révision.

<sup>228</sup>) Comp. ci-dessous aux notes 302 s., sur la sanction de l'abus du droit.

<sup>229</sup>) Le résultat sera la rescission totale ou partielle du contrat.

4) la révision du contrat en cas de lésion dans la conclusion du contrat (projet franco-italien, Art. 22 al. 2), et en cas de lésion dans l'exécution du contrat (projet polonais, Art. 287, al. 3).

Cependant il faut souligner que ces modes de sanction ne représentent pas toujours une vraie réparation de la lésion.

La rescission du contrat sera souvent sans valeur pour la partie lésée, par exemple dans le contrat du travail, quand la partie lésée a exécuté le contrat. De plus, la rescission ne sera pas toujours recommandable en vue des intérêts des tiers<sup>230)</sup>.

Il faut donc profiter encore d'une sanction générale, représentée par la restitution de l'enrichissement sans cause<sup>231)</sup>. Déjà les jurisconsultes romains de l'époque classique profitaient souvent de l'adage *exceptio parit conditionem*<sup>232)</sup>. La lésion fait naître une exception<sup>233)</sup>.

Or, la partie lésée par la conclusion du contrat, qui a exécuté ce contrat, peut demander de l'offenseur la restitution de l'enrichissement<sup>234)</sup> dans la mesure de son propre appauvrissement<sup>235)</sup>.

La réparation du dommage ne pourra pas avoir lieu qu'au cas d'une lésion fautive, d'après les dispositions des Art. 1382, 1383 du C. c. français et du C. c. polonais.

---

<sup>230)</sup> Comp. ci-dessous à la note 422.

<sup>231)</sup> Comp. R. Stammer, *Ungerechtfertigte*, p. 22 s., J. Maury, T. I p. 2 s., T. II p. 204—250, A. Rouast, p. 90, R. Demogue, *Traité*, T. III Nos 80—81 p. 125—132, G. Ripert, Nos 139—147 p. 241—256. Il vaut la peine de rappeler la définition de Hugo Grotius en matière de l'enrichissement sans cause, reproduite par M. I. C. Naber, *Hugo Grotius*, p. 52: „Si tu t'es enrichi de mon patrimoine, sans mon consentement, tu sera obligé de restituer dans la mesure de ton enrichissement“, Comp. mon projet, Art. 167.

<sup>232)</sup> V. Lyskowski, *Condictio*, T. I p. 87 aux notes 1—7.

<sup>233)</sup> Comp. ci-dessous aux notes 431 s.

<sup>234)</sup> L'enrichissement acquis par la lésion sera un enrichissement sans cause, et sera soumis aux dispositions relatives à cette matière. Voir Art. 73 du projet franco-italien; Art. 131—134 du projet polonais du droit des obligations, Partie générale, (projet de M. E. Till Art. 105—108, contre-projet de M. L. Domański Art. 142—143). Comp. les observations profondes de M. J. Maury, T. II p. 204—250.

<sup>235)</sup> Comp. J. Maury, T. II p. 251—296.

Le principe fondamental de la lésion démontre que dans les contrats commutatifs la directive du droit est que l'équivalence des prestations des parties soit réalisée<sup>236)</sup>.

C'est donc très justement que M. J. Dabin<sup>237)</sup> demande une élaboration détaillée de la théorie de la lésion.

## CHAPITRE VI.

Le principe fondamental<sup>238)</sup> de l'abus du droit<sup>239)</sup>.

En s'appuyant sur les Art. 544 du C. c. français et du C. c. polonais qui reconnaissent des limitations légales de la propriété, on a admis le principe déclarant qu'il n'est pas permis de faire d'abus de la propriété<sup>240)</sup>. L'Art. 544 parle des limitations par „les lois“, dont aussi des limitations qui resultent „de l'ensemble des lois“. On a ajouté conséquemment que les limitations de la propriété, de plus en plus nombreuses<sup>241)</sup>, doivent conduire „à la transformations de la définition traditionnelle de la propriété“<sup>242)</sup>.

S'il n'est pas permis d'abuser de la propriété, il s'ensuit que, généralement, il n'est pas permis non plus d'abuser du droit

---

<sup>236)</sup> Comp. J. Maury, T. I p. 24, 25, T. II p. 448—454 (Conclusion). R. Demogue, *Traité*, T. I N° 394 p. 613 à la note 1, N° 395 p. 614—616, G. Ripert, N° 76 p. 128/129.

<sup>237)</sup> N° 132 p. 470 à la note 1.

<sup>238)</sup> Sur la distinction entre les principes „fondamentaux“ et les principes „généraux“. V. ci-dessus aux notes 27 et 28.

<sup>239)</sup> La littérature et les „tendances générales des partisans et des adversaires de l'abus des droits“ sont indiquées par H. et L. Mazeaud, B. I N° 547 p. 423 note 1, N° 533 p. 428, 429.

<sup>240)</sup> V. G. Ripert, *Abus*, N° 17 p. 23 à la note 1. Comp. L. Josserand, *Esprit*, N° 14 p. 13, 14.

En droit romain la jouissance de la propriété était limitée non moins. V. L. Piniński, Ch. Appleton, *l'abus*. Les limitations de la propriété sont indiquées, d'une manière détaillée, par M. V. Scialoja, T. I p. 303—412.

<sup>241)</sup> Comp. C. c. français et C. c. polonais Art. 640, 651, 655 s., 671, 674 s., 681 s., 1370, G. Cornil, p. 97—99, G. Ripert, *Abus*, N° 1 p. 6, N° 8 p. 12.

<sup>242)</sup> G. Cornil, *propriété*, p. 169 s. Pareillement déjà L. Piniński, dans la conclusion. Comp. G. Renard et L. Trotabas.

en général<sup>243</sup>). Car il est impossible d'admettre que le législateur interdise l'abus de la propriété, mais le permette dans les autres cas du droit<sup>244</sup>).

L'abus du droit est donc interdit.

Le problème se pose donc de savoir dans quels cas il faut dire que la partie a commis l'abus du droit<sup>245</sup>).

D'abord il faut remarquer que le problème de l'abus du droit ne se trouve pas dans le domaine du droit comme tel, mais, comme M. L. Jossierand<sup>246</sup>) le souligne très-justement, il se trouve dans le domaine du droit dans son application, dans le domaine du droit en action, notamment dans le domaine de la jouissance du droit: „ici le précepte, là l'application“<sup>247</sup>). La loi donne les dispositions, l'individu en déduit des règles de conduite, obligé de suivre non seulement la disposition particulière de la loi, mais aussi l'ensemble de la législation<sup>248</sup>). Les deux domaines, du droit et du droit dans son application, représentent des domaines distincts, quoi-qu'ils s'influent et se suppléent réciproquement.

Ce point de vue est accepté par toutes les législations et par tous les projets qui ont réglé le problème de l'abus du droit<sup>249</sup>).

On peut ajouter que déjà les juriconsultes romains de l'époque classique ont fait la distinction entre le domaine du droit et le domaine du droit dans son application<sup>250</sup>).

---

<sup>243</sup>) M. G. Ripert, *Abus*, N° 17 p. 23 avoue cela.

<sup>244</sup>) Comp. W. Burckhardt, p. 105 (ci-dessus à la note 177), G. Cornil p. 99, 100.

<sup>245</sup>) V. H. Capitant, *L'abus*, p. 369, 375, 376, G. Ripert, *Abus*, N° 7 p. 11 aux notes 3 et 4. Comp. H. et L. Mazeaud, T. I N° 560 p. 433.

<sup>246</sup>) *Esprit*, N° 39 p. 54 à la note 1. Comp. N° 232 p. 295 à la note 2 N° 236 p. 299 inf. Comp. ci-dessous aux notes 333 s.

<sup>247</sup>) Comp. les profonds mots de Portalis, cités par M. G. Cornil, *Autorité*, p. 116: „La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun; la science du magistrat est de mettre ces principes en action“.

<sup>248</sup>) Comp. ci-dessus p. 10 s.

<sup>249</sup>) V. C. c. allemand § 226 (ci-dess. note 287), C. c. suisse Art. 2 al. 2, (ci-dess. n. 306) C. c. autrichien § 1295 al. 2 révision de l'an 1916 (ci-dessous n. 289) C. c. de la Chine Art. 148 (ci-dessous n. 292, projet franco-italien Art. 74 al. 2, (ci-dessous n. 403), mo n projet Art. 18 (ci-dessous note 412).

<sup>250</sup>) V. Lyskowski, *Quid*, p. 167 s.

En se basant sur le droit des citoyens (*ius civile*) et le droit prétorien (*ius praetorium*) les juriconsultes romains formaient dans les actions, le droit dans son application<sup>251</sup>).

En profitant de l'action la partie jouit du droit. Cependant, il y a des circonstances qui écartent cette jouissance. *L'actio* peut être anéantie par *l'exceptio*<sup>252</sup>). D'autres circonstances, indiquées par le demandeur, peuvent écarter l'exception; l'exception peut être anéantie par la replication<sup>253</sup>).

L'exception représente une restriction à l'action<sup>254</sup>). L'action n'aboutit que dans le cas où il n'y a pas d'exception qui l'écarte.

M. M. Wl a s s a k<sup>255</sup>) remarque ingénieusement que l'exceptio du droit romain représente un facteur mouvant<sup>256</sup>) qui écarte dans certains cas la rigueur des actions et de cette manière contribue à la réalisation de l'équité<sup>257</sup>). L'action donne la faculté à l'individu de jouir du droit, l'exception écarte cette faculté. L'action existe, mais elle est sans valeur en face de l'exception. L'action est relative, suivant la terminologie de M. L. J o s s e r a n d<sup>258</sup>).

Il vaut la peine de remarquer que déjà les juriconsultes romains discutaient la question, s'il est admissible de parler d'une obligation dans le cas où l'action est écartée par l'exception<sup>259</sup>). Des observations pareilles sont faites par des éminents civilistes modernes<sup>260</sup>).

---

<sup>251</sup>) V. L y s k o w s k i, *Exceptionen*, p. 1 s. Comp. ci-dessus note 137.

<sup>252</sup>) G. 4, 116 „On a formé les exceptions pour défendre ceux contre qui il y a une action. Car souvent il arrive que quelqu'un est obligé d'après le droit des citoyens, mais pourtant il ne serait pas équitable qu'il soit condamné par le juge". (*Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur, saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari*).

<sup>253</sup>) G. 4, 126.

<sup>254</sup>) G. 4, 119.

<sup>255</sup>) p. 6.

<sup>256</sup>) Comp. L y s k o w s k i, *Notion*, p. 68.

<sup>257</sup>) M. W l a s s a k p. 5, 35, 49, 50.

<sup>258</sup>) V. ci-dessus note 338.

<sup>259</sup>) D 40, 12, 20, 3 *Obligatum accipere debemus, si exceptione se tueri non potest: ceterum si potest, dicendum non esse obligatum*; D 50, 16, 55. *Creditor autem is est, qui exceptione perpetua summoveri non protest*. Comp. M. W l a s s a k, p. 39/40.

<sup>260</sup>) V. ci-dessus notes 275 s.

Peut-être ce point de vue des jurisconsultes romains s'explique-t-il par la tendance des jurisconsultes à élaborer „le droit positif“ indépendamment des dispositions du droit des citoyens (*ius civile*) et du droit des préteurs (*ius praetorium*). De cette manière ils sont arrivés à la conception du droit naturel<sup>261</sup>). Nous savons que la même tendance est représentée par des éminents civilistes modernes<sup>262</sup>). Pourtant l'expérience historique ne se prononce pas en faveur de cette tendance.

L'élaboration du droit positif sous la forme d'actions a provoqué une abondance de „formules“ qui a enfin conduit à la suppression des „formulae“<sup>263</sup>). Tout récemment M. F. de Visscher<sup>264</sup>) a démontré, dans une excellente étude, que les empereurs romains, déjà dès Auguste, se rendaient compte de cet état de choses et qu'ils s'efforçaient de soutenir une coopération permanente de la législation, représentée par l'empereur, avec la jurisprudence<sup>265</sup>). L'expérience des temps modernes a prouvé la même nécessité de coopération permanente<sup>266</sup>).

Le fondement de l'ordre juridique moderne est bien différent du fondement de l'ordre juridique des anciens Romains à l'époque classique. Aujourd'hui c'est la loi qui constitue le fondement de l'ordre juridique<sup>267</sup>). Néanmoins dans les détails les jurisconsultes romains avaient à résoudre les mêmes problèmes qui se présentent aujourd'hui et nous pouvons beaucoup apprendre de l'expérience des jurisconsultes romains et des

---

<sup>261</sup>) V. Lyskowski, *Naturalis*, p. 477 s.

<sup>262</sup>) Fr. Geny, *Science*, T. I, N° 1 p. 2 (Comp. J. Bonnetcase, *Introduction*, Nos 134 — 137 p. 209 — 217), J. Dabin, N° 1 p. 2. Comp. ci-dessus aux notes 71 s. et ci-dessous n. 462 s.

<sup>263</sup>) C. 2, 57, 1 et 2 de l'an 342 et de l'an 428. Comp. M. Wlassak, *formula* p. 6, P. F. Girard, p. 1140 à la note 1.

<sup>264</sup>) p. 9 s.

<sup>265</sup>) Comp. Lyskowski, *L'élément*, N° VIII p. 7.

<sup>266</sup>) V. J. van Kan p. 124 s., p. 281 s., p. 306 s., p. 324 s., p. 330 s., p. 337 s., p. 357/358, 359/360, p. 368 s., G. Cornil, *Autorité*, p. 119, 120, et ci-dessus aux notes 178 s.

<sup>267</sup>) H. Capitaint, T. I § 2, p. 14 et G. Rippert, T. I N° 224 p. 97 note 2 à la fin le soulignent justement.

solutions des problèmes, indiquées par eux<sup>268</sup>). Et nous aussi, nous devons tâcher de réaliser l'équité dans l'application du droit<sup>269</sup>).

C'est donc à juste titre que les éminents civilistes suisses V. Rossel et F.-H. Mentha<sup>270</sup>), A. Egger<sup>271</sup>), en approfondissant le problème de l'abus du droit, reviennent à l'*exceptio doli generalis* du droit romain, que M. L. Jossierand<sup>272</sup>) voit dans la théorie de l'abus du droit une „théorie vivante et mouvante“, pareillement que M. M. Wlassak<sup>273</sup>) voit dans l'*exceptio* du droit romain „un facteur mouvant“ dans le système des actions, et enfin que M. R. Demogue<sup>274</sup>) avoue que d'après la théorie de l'abus du droit „L'abus du droit serait alors un système autonome“.

Dans la discussion sur la théorie de l'abus du droit on a soulevé une objection de principe.

On a remarqué que le droit existe ou qu'il n'existe pas. C'est la seule alternative. Si le droit existe, la partie en peut jouir. Si la partie ne peut pas jouir du droit, alors le droit n'existe pas<sup>275</sup>).

Je ne crois pas qu'il suffise de répondre<sup>276</sup>) qu'il ne s'agit pas tant de la jouissance ou de la non-jouissance du droit, mais qu'il s'agit de la jouissance excessive du droit. D'après mon avis, cette remarque n'avance pas la solution du problème. La jouissance excessive du droit et l'abus du droit, c'est la même chose. Le fond du problème reste le même, notamment de savoir dans quels cas il y a jouissance excessive du droit, dans quels cas il y a abus du droit.

---

268) Comp. A. Zocco-Rosa.

269) Comp. E. Balogh, p. 628 — 667. (Extr. p. 7 — 45).

270) T. I N° 55 p. 64.

271) à l'Art. 2 N° 25 p. 73, N° 31, p. 75.

272) *Esprit*, N° 247 p. 315/316.

273) V. ci-dessus note 255.

274) *Traité*, T. IV, N° 678 p. 364.

275) V. R. Demogue, *Traité*, T. IV N° 673 p. 358 — 360, N° 678 p. 364/365, G. Ripert, *Abus*, N° 18 p. 24. Comp. G. Cornil, p. 99 à la note 1, L. Jossierand, *Esprit*, N° 15 p. 15, 16, N° 244 p. 310 — 312. N° 245 p. 312, H. et L. Mazeaud, T. I N° 551 p. 426 — 428. Comp. ci-dessus note 260.

276) H. et L. Mazeaud, T. I N° 551 p. 426 à la note 2.



Il est donc justifié de dire que le droit existe, mais qu'il n'est pas permis d'en jouir. M. H. Capitant<sup>277)</sup> souligne avec raison qu'„on ne peut parler d'abus que quand il est bien certain que l'on est en présence d'un véritable droit reconnu par la loi à l'individu dans ses rapports avec ses semblables“. Car, le facteur qui ne permet pas de jouir du droit, est un facteur mouvant, tandis que le droit est stable, même s'il est de caractère „dynamique“, c'est-à-dire de caractère qui ouvre la possibilité d'évolution. L'abus du droit ne fait pas disparaître le droit lui-même. Dès que les circonstances qui représentent l'abus sont écartées, le droit continue de remplir sa fonction. Il n'a jamais cessé d'exister, mais il était seulement suspendu (*exceptio perpetua*, *exceptio temporalis*) dans sa fonction. Si par l'abus le droit cessait d'exister, il faudrait renouveler l'acte juridique pour renouveles le droit en question. Si dans la conclusion du contrat la partie a commis un abus du droit<sup>278)</sup>, dès que cet abus est „réparé“, le contrat reste en vigueur et ne doit pas être renouvelé.

C'est donc à juste titre que M. L. Josserrand<sup>279)</sup> remarque „il n'y a nulle contradiction à ce qu'un acte soit tout à la fois conforme à tel droit déterminé (propriété, servitude, etc.) et cependant contraire au droit envisagé dans sa généralité et dans son objectivité“.

Or, le fond du problème est de savoir dans quels cas il y a abus du droit<sup>280)</sup>.

La théorie de l'abus du droit a commencé par la théorie subjective, en suivant la maxime du droit romain *neque malitiis indulgendum est*<sup>281)</sup>.

La partie abuse du droit dans tous les cas où elle jouit du droit malicieusement, c'est à dire uniquement dans l'intention de nuire à autrui. La responsabilité de l'abus est délictuelle<sup>282)</sup>.

---

277) *L'abus*, p. 375.

278) V. L. Josserrand, *Esprit*, Nos 84 — 154 p. 116 — 198.

279) *Esprit*, No 245 p. 313.

280) V. ci-dessus note 245.

281) D. 6, 1, 38. Comp. D 39, 3, 1, 12, Ch. Appleton, p. 4 s., et *l'abus*, p. 148 s., H. et L. Mazeaud, T. I No 564 p. 434 à la note 1.

282) V. Éd. Lambert, *Préface* à G. Cornil, p. IX, X, L. Josserrand, *Esprit*, No 18 p. 19, 20, Nos 268 — 280 p. 341 — 354, G. Ripert, *Abus*, No 7 p. 11 à la note 2, No 15 p. 20, No 18 p. 26, H. et L. Mazeaud T. I, No 558 p. 431, 432, Nos 562 — 567 p. 433 — 437.

C'était le point de vue de la jurisprudence française déjà en 1883<sup>283</sup>). Dans la même catégorie on plaçait l'abus, commis dans l'exercice des voies de droit par malice ou par esprit de vexation<sup>284</sup>).

La théorie subjective est aussi acceptée dans le droit anglo-américain, qui admet que la jouissance du droit dans l'intention de nuire à autrui fait naître la responsabilité<sup>285</sup>). Pourtant il faut tenir compte du fait que le droit anglo-américain ne permet pas de faire une injustice (un tort) à autrui<sup>286</sup>).

Le C. c. du Japon n'a aucune disposition concernant l'abus du droit. Il paraît que la jurisprudence y suit la route du droit anglo-américain.

De même la théorie subjective a été reconnue dans des autres législations. Le C. c. allemand § 226 dispose: „L'exercice d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui“.

L'abus est commis dans le cas où la partie jouit du droit uniquement dans l'intention de nuire à autrui<sup>287</sup>). Si la partie a un profit de la jouissance du droit, l'abus est exclu, même s'il y a intention de nuire. Le § 826 du C. c. allemand ne donne pas de secours au § 226<sup>288</sup>).

La même route est suivie par le C. c. autrichien § 1295 al. 2 (Révision de l'an 1916)<sup>289</sup>), et par le projet (de 1928) de C. c. de la Hongrie<sup>290</sup>).

Avant sa révision le droit autrichien suivait plutôt la base objective du droit (§ 1305)<sup>291</sup>).

---

<sup>283</sup>) V. R. Demogue, *Traité*, T. IV N° 635 p. 318 — 322. N° 643 p. 327 — 330, Nos 667 — 670, p. 354 — 357. Comp. N° 675, p. 361, 362.

<sup>284</sup>) V. L. Jossierand, *Esprit*, Nos 40—62, p. 56—86, N° 281 p. 355, 356.

<sup>285</sup>) V. R. Demogue, *Traité*, T. IV, N° 695, p. 385 — 387, L. Jossierand, *Esprit*, Nos 222 — 228, p. 283 — 291. Comp. A. K. Kuhn, N° XXV p. 276, 277, 283 — 288.

<sup>286</sup>) V. ci-dessus aux notes 106 s.

<sup>287</sup>) V. A. Achilles, au § 226, note 2. Comp. R. Demogue, *Traité*, T. IV, N° 700, p. 390 — 392.

<sup>288</sup>) V. A. Achilles, au § 826, N° B sous le point c. Comp. R. Demogue, *Traité*, T. IV N° 700 p. 391/392. L. Jossierand, *Esprit*, Nos 210—212, p. 265 — 269.

<sup>289</sup>) Comp. L. Jossierand, *Esprit*, N° 213 p. 269, 270.

<sup>290</sup>) V. E. Balogh, p. 639, note 47.

<sup>291</sup>) Comp. M. von Stubenrauch, au § 1305, R. Demogue, *Traité*, T. IV N° 696 p. 387.

Une restriction se trouve dans le C. c. de la Chine, (de 1929), Art. 148: „L'exercice d'un droit ne peut avoir pour but principal de nuire à autrui“.

Même, lorsque la partie a un profit de la jouissance du droit, l'Art. 148 est applicable, si le but „principal“ était de nuire à autrui<sup>292</sup>). Le C. c. de la Chine se rapproche donc plutôt du droit anglo-américain<sup>293</sup>).

En élargissant la base de l'abus du droit, on a soutenu<sup>294</sup>) que la partie commet un abus du droit dans tous les cas où elle commet une faute dans la jouissance du droit. La personne qui jouit du droit malicieusement, imprudemment ou par négligence commet une faute et est responsable du dommage causé à autrui. La responsabilité est délictuelle ou quasi-délictuelle. „Le tribunal doit donc constater le préjudice et la faute“<sup>295</sup>).

Contre ce point de vue M. L. J o s s e r a n d<sup>296</sup>) remarque justement que cette théorie ne peut pas donner une solution du problème. Parfois la partie ne commet pas un abus du droit, même si elle en jouit „malicieusement“<sup>297</sup>). De même la partie peut commettre un abus du droit sans être fautive dans la jouissance du droit<sup>298</sup>).

De plus, on peut demander avec M. H. de P a g e<sup>299</sup>): „où finit le droit et où commence la faute? C'est tout le problème“.

Enfin, on peut dire, si la faute dans la jouissance du droit est la base de l'abus du droit, toute la théorie de l'abus du droit est superflue<sup>300</sup>). Les cas de l'abus du droit ne seront qu'une

---

<sup>292</sup>) Sur cette restriction admise dans la théorie V. L. J o s s e r a n d, *Esprit*, N° 371 p. 345, 346.

<sup>293</sup>) V. ci-dessus note 286.

<sup>294</sup>) V. R. D e m o g u e, *Traité*, T. IV N° 681 p. 368 — 370. H. et L. M a z e a u d, T. I, N° 547 p. 423, N° 559 p. 432, 433, N° 576 p. 443, 444, Nos 578 — 580 p. 444, 445 tâchent de prouver largement cette théorie, en concluant (N° 592 p. 455) que: „L'abus d'un droit est une faute commise dans l'exercice de ce droit“.

<sup>295</sup>) R. D e m o g u e, *Traité*, T. IV N° 636 p. 323 a la note 3

<sup>296</sup>) *Esprit*, Nos 283 — 286 p. 356 — 362.

<sup>297</sup>) *Esprit*, N° 19 p. 20. Comp. H. C a p i t a n t, *L'abus*, p. 367 note 1 à la fin, p. 375 note 1 à la fin.

<sup>298</sup>) *Esprit*, N° 283, p. 356, 357.

<sup>299</sup>) T. II p. 180, 181. Comp. p. 134 note 2, p. 201 — 225.

<sup>300</sup>) V. G. R i p e r t, N° 94 p. 159, 160.

application des Art. 1382, 1383 du C. c. français et du C. c. polonais sur la responsabilité du dommage causé par la faute<sup>301)</sup>.

Ce qui, à mon avis, a obscurci la solution du problème de l'abus du droit, c'est qu'on a soutenu que la sanction de l'abus du droit est la réparation du dommage causé par l'offenseur<sup>302)</sup>. Ayant adopté cette position on n'a pas pu sortir du cercle magique de la faute. Quoique la réparation du dommage soit une notion très souple<sup>303)</sup>, il sera pourtant parfois difficile de subordonner à cette notion la résiliation de l'acte juridique ou la restitution de l'enrichissement<sup>304)</sup>.

Or, si l'abus du droit n'est pas permis, la sanction doit être la réparation de l'abus du droit, comme V. Rosset et F.-H. Mentha<sup>305)</sup> le soulignent justement.

C'est donc à juste titre que le C. c. suisse, le premier a rejeté la base subjective de l'abus du droit, en acceptant la base objective<sup>306)</sup>, dans la teneur de l'

Art. 2 „Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.

---

<sup>301)</sup> H. et L. Mazeaud, T. I N° 581 p. 445, 446 remarquent que cela n'écarte pas la valeur de la théorie de l'abus du droit, puisque celle-ci approfondira les cas d'une catégorie distincte (l'abus du droit) de la responsabilité. Il faut avouer que sur la base légale actuelle la jurisprudence ne peut pas faire autrement, ce que M. H. Capitain, *L'abus*, p. 367 à la note 2 souligne justement. On pourrait mettre en accord les deux points de vue en disant: „Tout tort est une faute“. Comp. ci-dessus note 106 et ci-dessus note 309.

<sup>302)</sup> Comp. L. Jossierand, *Esprit*, N° 326 p. 404/406.

<sup>303)</sup> L. Jossierand, *Esprit*, N° 240 p. 305, 306. Elle renferme, sans doute, la réparation du dommage moral. V. L. Jossierand, *Esprit*, N° 32 p. 42, N° 247 p. 316/317, Lyskowski, *Réparation*, p. 80 s. (Extr. p. 7). Sur la sanction de l'abus du droit comp. encore L. Jossierand, *Esprit*, Nos 324—332 p. 405—415 et ci-dessus aux notes 419 s.

<sup>304)</sup> V. ci-dessus aux notes 228 s. et ci-dessus aux notes 419 s. Sur les difficultés de la sanction comp. L. Jossierand, *Esprit*, N° 37 p. 49.

<sup>305)</sup> T. I N° 56 p. 67 („la réparation du tort éprouvé“), L. Jossierand, *Esprit*, N° 230 p. 293 sous 3° („la sanction et, d'une façon plus générale, la réalisation judiciaire de l'abus“). Comp. R. Demogue, *Traité*, T. IV N° 700 p. 393, L. Jossierand, *Esprit*, N° 35 p. 47, 48, Nos 324 — 332 p. 405 — 415, A. Egger, à l'Art. 2 N° 37 p. 78, ci-dessus aux notes 419 s.

<sup>306)</sup> C'est souligné par V. Rosset et F.-H. Mentha, T. I N° 55 p. 65, 66, N° 58 p. 69, A. Egger, à l'Art. 2, Nos 23, 24, p. 73, L. Jossierand, *Esprit*, N° 214 p. 270, 271, Comp. G. Cornil, p. 111—132, Fr. Geny, *Méthode*, T. II N° 174 p. 173 — 177.

L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi<sup>307)</sup>.

L'abus „manifeste“ résulte de toutes les circonstances<sup>307)</sup>. Ce n'est donc pas seulement la faute qui peut prouver l'abus „manifeste“, comme H. et L. Mazeaud<sup>308)</sup> l'admettent.

Il faut avouer que la base subjective se rapproche de plus en plus de la base objective, ce que M. A. Egger<sup>309)</sup> souligne. Pourtant il s'agit du point de départ. Si nous prenons la base subjective pour le point de départ, il faut demander: où est le préjudice et où est la faute<sup>310)</sup>. On peut répondre que la faute est „dans les circonstances“. Alors, ce sont „les circonstances“ qui décident, c'est-à-dire la base objective. Pour cette raison je préfère la base objective sans restriction vu que celle-ci embrasse également l'abus commis par la faute<sup>311)</sup> et <sup>312)</sup> l'abus commis sans faute<sup>313)</sup>.

M. A. Egger<sup>314)</sup> observe précisément que le principe de l'abus du droit remplit „une fonction corrective“ à l'égard des dispositions de la loi. Dans le domaine „du droit en action“<sup>315)</sup> l'individu peut jouir du droit selon les dispositions de la loi. Mais, si l'individu jouit du droit en désaccord avec les principes fondamentaux de la législation actuelle, il commet un abus du droit<sup>316)</sup>.

Le principe de l'abus du droit n'est qu'un des principes fondamentaux qui régissent „le droit en action“. Il y a encore

---

<sup>307)</sup> C'est soulevé aussi par R. Demogue, *Traité*, T. IV N° 701 p. 392, p. 393 à la note 11.

<sup>308)</sup> T. I N° 592 p. 455 (ci-dessus note 294).

<sup>309)</sup> à l'Art. 2 N° 26 p. 74.

<sup>310)</sup> V. ci-dessus à la note 295.

<sup>311)</sup> V. A. Egger, à l'Art. 2 N° 30 p. 75.

<sup>312)</sup> V. V. Rossel et F.-H. Mentha, T. I N° 57 p. 68.

Dans le droit classique romain la *bona fides* renferma aussi le dol dans le sens large. Les juristes disaient (D 17, 2, 33) *fides bona contraria est dolo et fraudi*. V. Lyskowski, *Quid*, p. 157. Pourtant la *bona fides* avait une base objective, et pas une base subjective. V. Lyskowski, *Quid*, p. 151 à la note 15, W. W. Buckland, p. 229.

<sup>313)</sup> V. ci-dessus à la note 298.

<sup>314)</sup> à l'Art. 2 N° 28 p. 74. V. Rossel et F.-H. Mentha, T. I N° 55 p. 64 parlent du „recours général“, basé sur l'abus du droit. *Comp.* N° 55 p. 66/67.

<sup>315)</sup> V. ci-dessus aux notes 246 s.

<sup>316)</sup> V. ci-dessous aux notes 402 s.

d'autres principes fondamentaux, par exemple le principe de la lésion<sup>317)</sup>.

On pourrait être tenté de renfermer tous les principes fondamentaux dans la catégorie de l'abus du droit.

En effet, M. L. J o s s e r a n d<sup>318)</sup> veut subordonner le principe de la lésion au principe de l'abus du droit. Pourtant, d'après mon avis, il faut distinguer. Il y a des principes fondamentaux différents, qui ne sont pas régis par les mêmes règles.

Le principe de la lésion n'écarte qu'une lésion importante<sup>319)</sup> (*minima non curat praetor*)<sup>320)</sup>. Le principe de l'abus du droit écarte chaque abus. C'est vrai, qu'on pourrait dire que dans le premier cas l'abus n'est commis que dans le cas de lésion importante. Pourtant on voit que les exigences ne sont pas toujours les mêmes.

C'est pour cette raison que je préfère de distinguer plusieurs principes fondamentaux et de ne pas les mettre tous dans la même catégorie de l'abus du droit.

Il va sans dire que le principe de l'abus du droit, en ayant une base objective, exige l'appréciation scrupuleuse de toutes les circonstances<sup>321)</sup>.

Le principe fondamental de l'abus du droit peut servir au demandeur, en le protégeant contre l'abus de la part du défenseur (trouble de voisinage).

Mais ce principe peut servir de même au défenseur en le protégeant contre l'abus de la part du demandeur, ce qui peut arriver, par exemple, dans les contrats de travail<sup>322)</sup>.

---

<sup>317)</sup> V. ci-dessus p. 34 s.

<sup>318)</sup> *Esprit*, Nos 119 — 121 p. 155—158. Du même avis est M. R. L o n g, c h a m p s p. 270. Comp. G. C o r n i l, p. 118 — 126, K. P r z y b y l o w s k i, p. 137 à la note 3, p. 168 à la note 2, et *Clausula*, p. 10 sous c) p. 2.

<sup>319)</sup> Du même avis est M. A. E g g e r, à l'Art. 2, Nos 28—29 p. 74, 75, N° 34 p. 76—78. Comp. V. R o s s e l et F.-H. M e n t h a, T. I N° 55 p. 64 note 1, N° 242 p. 160, 161.

<sup>320)</sup> D 4, 1, 4 *Scio illud — ne propter satis minimam rem — audiatur vell.*

<sup>321)</sup> V. H. de P a g e, *Gouvernement*, p. 113, 114. Comp. ci-dessus à la note 182.

<sup>322)</sup> M. A. E g g e r, à l'Art. 2 N° 29 p. 74 soulève cela justement en rapport avec la disposition de l'Art. 323 C. o. suisse sur le contrat, collectif.

La partie ne peut recourir sans restriction au principe de de l'abus du droit dans les cas où elle commet elle-même un abus.

De même la partie ne peut recourir sans restriction au principe de l'abus du droit dans le cas où l'autre partie peut s'appuyer sur une disposition de l'ordre public<sup>323)</sup> (dispositions concernant les formes des actes juridiques, les termes des prescriptions, etc.) à moins que l'application de ces dispositions n'ait pas été provoquée par l'autre partie<sup>324)</sup>.

M. A. Egger<sup>325)</sup> énumère parmi les cas d'abus „manifeste“: la jouissance d'une disposition de la loi en désaccord avec le but social ou économique de la disposition, en désaccord avec l'équivalence des intérêts des parties<sup>326)</sup>, en désaccord avec la propre conduite<sup>327)</sup> (*venire contra factum proprium*), en désaccord avec l'esprit de la loi (*fraus legi*)<sup>328)</sup>.

En tout cas c'est le droit objectif qui décide s'il y a „un exercice contraire à la destination économique ou sociale du droit subjectif<sup>329)</sup>. C'est souligné expressément par M. A. Egger<sup>330)</sup>, qui dit de l'interdiction de l'abus du droit: „Dans l'al. 2 Art. 2 du C. c. suisse une pratique judiciaire, observée depuis longtemps, trouve son expression légale”<sup>331)</sup>.

---

<sup>323)</sup> Sur la notion de l'Ordre public V. Fr. Geny, *Méthode*, T. II N° 175 p. 177—188, H. Capitant, T. I N° 9 p. 9, N° 9 bis p. 10—13. Comp. Lyskowski, *Conventiones*, p. 20 s. (Extr. p. 6 s.). Comp. ci-dessus note 26.

<sup>324)</sup> V. V. Rossel et F.-H. Mentha, T. I N° 673 bis p. 468, 469, A. Egger, à l'Art. 2 N° 30 p. 75. Comp. V. Rossel et F.-H. Mentha, T. I N° 55 p. 66 à la fin, N° 269 p. 178 (transformation d'une fondation), T. II N° 1194 p. 292, T. III N° 1366 p. 12 (inscription hypothécaire).

<sup>325)</sup> à l'Art. 2 Nos 32—36 p. 75—78. Comp. V. Rossel et F.-H. Mentha, T. II N° 1272 p. 353 (renouvellement d'une maison par le propriétaire).

<sup>326)</sup> C'est un principe fondamental de toutes les législations modernes (V. ci-dessus aux notes 58, 115 et ci-dessous à la note 396), de même que, par exemple, l'honnêteté (V. L. Jossierand, *Esprit*, N° 34 p. 46 aux notes 1 et 2). Comp. mon projet Art. 166 p. 1).

<sup>327)</sup> Comp. mon projet Art. 17 al. 1.

<sup>328)</sup> A. Egger, à l'Art. 2 Nos 38—41 p. 78—80. Comp. L. Jossierand, *Esprit*, N° 274 p. 347, 348.

<sup>329)</sup> A. Egger, à l'Art. 2 N° 32 p. 76.

<sup>330)</sup> à l'Art. 2 N° 23 p. 72.

<sup>331)</sup> Sur la conception divergente de M. L. Jossierand comp. ci-dessous aux notes 349 s.

M. L. Josserand présente l'état actuel de la théorie de l'abus du droit et en tire les conclusions, en approfondissant le problème<sup>332</sup>).

L'éminent auteur souligne d'abord que le problème de l'abus du droit se trouve dans le domaine de la jouissance du droit, dans le domaine du „droit en action”<sup>333</sup>).

L'individu peut profiter du droit en ayant à sa disposition „les voies légales<sup>334</sup>), mais s'il y a une circonstance qui s'oppose à la jouissance, celle-ci est suspendue, pour toujours ou pour un certain temps<sup>335</sup>). Si l'individu néanmoins profite du droit, il commet un abus du droit.

M. L. Josserand tâche de démontrer que l'individu commet un abus du droit s'il en profite en désaccord avec „le but”, „la destination” du droit subjectif particulier<sup>336</sup>).

De cela résulte, d'après M. L. Josserand, que le fond des droits subjectifs est leur „finalité”<sup>337</sup>).

Il résulte de cela, toujours d'après M. L. Josserand, que les droits subjectifs sont „relatifs”<sup>338</sup>), vu qu'on peut les exercer seulement dans le cas où il n'y a pas une circonstance qui empêche l'exercice, c'est-à-dire où la jouissance du droit présenterait un abus du droit.

L'abus du droit est, d'après M. L. Josserand, „le détournement du droit, dans sa fonction sociale, de son esprit<sup>339</sup>).

---

<sup>332</sup>) V. *Esprit*, N° 1 p. 1 — 3, N° 229 p. 292, 293, N° 236 p. 299, N° 266 p. 340, N° 292 p. 369. Sur les tâches antérieures V Josserand, *Esprit*, N° 1 p. 1 note 1, H. et L. Mazeaud, T. I N° 572 p. 440.

<sup>333</sup>) *Esprit*, N° p. 3, 4, N° 232 p. 294—296, comp. ci-dessus aux notes 246 s.

<sup>334</sup>) Comp. L. Josserand, *Esprit*, N° 39 p. 54.

<sup>335</sup>) Comp. ci-dessus à la note 278.

<sup>336</sup>) L. Josserand, *Esprit*, N° 7 p. 8, N° 229 p. 292, N° 292 p. 369.

<sup>337</sup>) L. Josserand, *Esprit*, N° 32 p. 41, N° 38 p. 52 à la fin, N° 64 p. 88, N° 266 p. 340, N° 285 p. 361.

<sup>338</sup>) L. Josserand, *Esprit*, N° 1 p. 2 („les droits ne se réalisent pas abstraitement et dans le vide; ils fonctionnent dans le milieu social et pour lui”), N° 291 p. 369. Comp. L. Josserand, T. I N°s 161—165 p. 161—164.

<sup>339</sup>) L. Josserand, *Esprit*, N° 236 p. 299, N° 241 p. 307, N° 247 p. 315, N° 285 p. 360, N° 291 p. 368, N° 292 p. 370 („l'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité”), N° 294 p. 372—375, Comp. L. Josserand, T. I N° 162 p. 102, 103.



L'individu commet ce détournement du droit quand il exerce son droit sans un motif légitime, sans un intérêt légitime<sup>340)</sup>.

M. L. Jossierand souligne que la théorie „de l'abus des droits constitue une théorie vivante et mouvante, — un instrument de progrès, un procédé d'adaptation du droit aux besoins sociaux”<sup>341)</sup> :

L'éminent auteur donne une analyse de la jurisprudence française et tâche de prouver, que même dans les cas où le juge admet un abus du droit, en s'appuyant sur le fait que la partie a eu l'intention de nuire à autrui ou a commis une faute soit lourde, soit simple, en jouissant de son droit, — que dans tous ces cas le fond de la décision du juge était le fait que la partie a joui de son droit en désaccord avec „le but”, „la destination”, „l'esprit” de son droit<sup>342)</sup>.

M. L. Jossierand prend pour base de sa théorie les droits subjectifs des individus et observe<sup>343)</sup> : „de même qu'il existe un esprit des lois et, plus généralement, un esprit du droit entendu objectivement et dans son ensemble, ainsi doit-on admettre l'existence d'un esprit des droits, inhérent à toute prérogative subjective, isolément envisagée, et que, pas plus que la loi ne saurait être appliquée au rebours de son esprit, pas plus qu'un fleuve ne saurait modifier le cours naturel de ses eaux, nos droits ne peuvent se réaliser à l'encontre et au mépris de leur mission sociale, à tort et à travers : on conçoit que la fin puisse justifier les moyens, du moins lorsque ceux-ci sont légitimes en eux mêmes ; mais il serait intolérable que des moyens, même intrinséquement irréprochables, puissent justifier toute fin, fût-elle odieuse et inconcevable. C'est précisément contre une telle éventualité que se dresse la thèse de l'abus des droits qui a pour ambition et pour raison d'être d'assurer le triomphe de l'esprit des droits, et, par là, de faire régner la justice, non point seulement dans

---

<sup>340)</sup> L. Jossierand, *Esprit*, N° 22 p. 24, N° 26 p. 33, N° 27 p. 34, 36, N° 29 p. 37, N° 32 p. 40, N° 34 p. 46 note 4, N° 35 p. 48 note 1, N° 36 p. 48 note 2, N° 37 p. 50, N° 148 p. 191, N° 229 p. 292, Nos 296—301 p. 375—384.

<sup>341)</sup> L. Jossierand, *Esprit* N° 247 p. 316. Comp. ci-dessus aux notes 255 s.

<sup>342)</sup> *Esprit*, N° 27 p. 34, N° 30 p. 38, N° 36 p. 48 note 2, N° 38 p. 52, 53, Nos 268 — 285 p. 341 — 360.

<sup>343)</sup> *Esprit*, N° 10 p. 10. Comp. H. Capitaint, *L'abus*, p. 365; 366.

les textes des lois et dans les formules abstraites, mais, ce qui est un idéal plus substantiel, dans leur application même et jusque dans la réalité vivante”<sup>344</sup>).

Contre la théorie de M. L. Jossierand on a objecté<sup>345</sup>) que cette théorie suppose un régime juridique altruiste qui n'est pas réalisable dans la vie humaine. Cette objection n'est pas justifiée, à mon avis. Il ne s'agit pas de la suppression de l'égoïsme de l'individu mais, il s'agit de déterminer que l'individu poursuive ses buts égoïstes en conformité avec le „droit“, et non seulement en conformité avec les dispositions particulières de la loi<sup>346</sup>). L'harmonie du droit exige que l'individu dans son activité soit soumis au droit<sup>347</sup>). Dans ce fait se manifeste „le caractère social“ du droit. Pourtant je dois ajouter que probablement cette objection n'aurait pas été faite, si M. L. Jossierand avait parlé du droit objectif, et non des droits subjectifs<sup>348</sup>).

Plus graves sont, à mon avis, les objections suivantes contre la théorie de M. L. Jossierand.

D'après ces objections

„le juge est invité à décider si le titulaire d'un droit a ou non des motifs légitimes de l'exercer“<sup>349</sup>).

„Si les tribunaux ont le droit souverain de limiter l'exercice des droits individuels, la règle de droit s'efface“<sup>350</sup>).

”si — on invite le juge à contrôler dans chaque cas les motifs de l'exercice du droit, il devient nécessaire de lui donner une règle précise de conduite sous peine de lui remettre la censure sans contrôle de tous les droits de l'homme“<sup>351</sup>).

---

344) Comp. L. Jossierand, *Esprit*, N° 305 p. 388.

345) G. Ripert, *Abus* N° 13 — 14, p. 17 — 19.

346) V. ci-dessus p. 6 s.

347) V. ci-dessus aux notes 2 et 56 s.

348) V. ci-dessous aux notes 397 s.

349) G. Ripert, *Abus*, N° 9 p. 13.

350) G. Ripert, *Abus*, N° 9 p. 13 fin.

351) G. Ripert, *Abus*, N° 9 p. 14. Pareillement H. et L. Mazeaud, T. I, N° 573 p. 442 observent „De déterminer la fonction sociale d'un droit, de dire dans quel but le législateur reconnaît l'existence du droit de propriété, du droit de puissance paternelle, etc. Une pareille question ne comporte plus de solution sur le terrain juridique, parce qu'elle est immense. Le juge, contraint d'y répondre, devra sortir du domaine du droit; il tombera dans celui de la politique“.

„En tout cas si on ne se laisse pas arrêter par cette crainte de l'arbitraire du juge il est nécessaire de déterminer quelle est l'action idéale à laquelle il doit confronter l'acte accompli pour apprécier la régularité de cet acte. Il ne suffit pas de déclarer qu'un droit ne peut être exercé sans motifs légitimes, il faut donner au juge le critérium de la légitimité des motifs”<sup>352</sup>).

La réponse de M. L. Jossierand est que „La théorie est d'ordre social comme le critère même qui en constitue le point central<sup>353</sup>). C'est donc le bien social qui décide de la légitimité des motifs<sup>354</sup>). M. L. Jossierand ajoute: „Le même droit peut changer de cause et d'esprit tandis qu'évoluent les idées et les moeurs, et tel motif, jadis justificatif, peut devenir par la suite constitutif, révélateur d'un abus. Grâce à cette flexibilité, la notion du motif légitime et avec elle, celle de l'abus constituent des instruments précieux et puissants d'adaptation du droit au milieu dans lequel et pour lequel il se réalise<sup>355</sup>).

De ce point de vue M. L. Jossierand distingue trois catégories de droits subjectifs<sup>356</sup>): les droits non causés, les droits à esprit égoïste, les droits à esprit altruïste.

M. L. Jossierand<sup>357</sup>) remarque que sa théorie est réalisée dans le C. c. soviétique à l':

Art. 1: „Les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans les cas où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale”.

Le juge doit donc décider si la partie a exercé, dans le cas particulier, son droit subjectif en accord avec „la destination économique et sociale“ de ce droit subjectif<sup>358</sup>).

Mais, d'après quelle mesure le juge doit-il apprécier si la partie a exercé son droit conformément à la destination écono-

---

<sup>352</sup>) G. Ripert, *Abus*, N° 10 p. 14.

<sup>353</sup>) *Esprit*, N° 303 p. 386 en tête.

<sup>354</sup>) *Comp. G. Ripert, Abus*, N° 16 p. 22 à la note 2.

<sup>355</sup>) *Esprit*, N° 299 p. 379. *Comp. G. Ripert, Abus*, N° 11 p. 16 note 1.

<sup>356</sup>) *Esprit*, Nos 306—311 p. 389—395. *Comp. H. Capitant, L'abus*, p. 368, 370, 373, *G. Ripert, Abus*, N° 12 p. 16, 17, Nos 14—16 p. 19—22.

<sup>357</sup>) *Esprit*, N° 216 p. 273—276, N° 293 p. 370—373.

<sup>358</sup>) *Comp. B. Eliachevitch, T. I, N° 18 p. 63 s.*

mique et sociale de ce droit subjectif<sup>359</sup>). Les objections, soulevées contre la théorie de M. L. Jossierand<sup>360</sup>), sont aussi justifiées en ce qui concerne l'Art. 1 du C. c. soviétique<sup>361</sup>).

Tout différemment<sup>362</sup>), malgré quelques ressemblances dans la terminologie<sup>363</sup>), est formulé mon projet<sup>364</sup>) dans l'

Art. 1 „Les dispositions de la loi sont la source des règles de conduite afin que soient réalisés les buts sociaux et économiques déterminés par l'ensemble de la législation actuelle“.

D'après mon projet „les buts sociaux et économiques“ ont une base légale; ils sont „déterminés par l'ensemble de la législation actuelle“ (comp. ci-dessus p. 10, 31 s.).

Le juge déduira de l'ensemble de la législation actuelle les „principes fondamentaux“<sup>365</sup>), applicables à l'interprétation de toutes les dispositions particulières de la loi<sup>366</sup>). L'activité des hommes doit être conforme à ces principes fondamentaux, basés sur l'ensemble de la législation<sup>367</sup>). Le juge constatera quel était le but social ou économique des parties au moment de la conclusion de l'acte juridique et décidera si ce but social ou économique est conforme non seulement aux dispositions particulières de la loi, mais aussi aux principes fondamentaux

---

<sup>359</sup>) M. Éd. Lambert, *Introduction*, p. 10 remarque avec raison quant à l'effort du C. c. soviétique: „L'expérience russe fournira par là d'utiles contributions à l'étude du problème de la conciliation entre le besoin croissant de démocratisation du droit et la nécessité — aussi impérieuse — de maintenir aux règles juridiques leur précision et leur certitude“.

<sup>360</sup>) V. ci-dessus aux notes 349 s.

<sup>361</sup>) Comp. F. Schöndorf, p. 70 — 82, L. Le Fur, p. 302 note 1, p. 310 à la note 1 et ci-dessus note 60.

<sup>362</sup>) C'est soulevé aussi par M. G. Ripert, *Abus*, p. 32 note 2. Comp. Lyskowski, *Quelques*, N° 6 p. 564 (Extr. p. 18), et ci-dessus note 60.

<sup>363</sup>) V. Lyskowski, *Quelques*, N° 6 p. 563 (Extr. p. 17).

<sup>364</sup>) Comp. E. Swoboda, p. 354 (Extr. p. 24) note 4, J. Bonneau, *Introduction*, Nos 124—126 p. 195 — 200. Pour ne pas provoquer un malentendu je propose maintenant la rédaction susmentionnée.

<sup>365</sup>) Sur la distinction entre les „principes fondamentaux“ et les „principes généraux“. V. ci-dessus, aux notes 29—30.

<sup>366</sup>) Comp. ci-dessus p. 10 et 31 s., et ci-dessus aux notes 443 s. Aussi M. Éd. Lambert, *Introduction*, p. 12 s., souligne-t-il l'importance des principes fondamentaux. V. ci-dessus note 499.

<sup>367</sup>) Comp. A. Egger, à l'Art. 2 Nos 19, 20 p. 71, E. Swoboda, p. 354 (Extr. p. 24) note 4, L. Le Fur, p. 319 note 1.

de la législation tout entière<sup>368</sup>). De cette manière le juge ne sortira jamais de la base légale.

A mon avis les objections susmentionnées<sup>369</sup>, soulevées contre la théorie de M. L. Josserand sont donc justifiées. Si le juge doit décider quand l'individu exerce son droit subjectif par un „motif légitime“ et si le juge doit „adapter“ ce droit subjectif „au milieu dans lequel et pour lequel (le droit) se réalise“, le juge perd la base strictement légale pour sa décision<sup>370</sup>). Ce n'est donc pas la loi, mais le milieu qui décide s'il y a, ou non abus du droit. De plus, comme on l'a déjà remarqué<sup>371</sup>), il sera presque impossible pour le juge de démontrer le but du droit subjectif dont l'individu jouit dans l'ordre juridique.

Et pourtant, j'accepte la théorie de M. L. Josserand, mais sur une autre base, notamment sur la base du droit objectif<sup>372</sup>).

En effet la base des droits subjectifs n'est nullement nécessaire pour prouver la théorie de M. L. Josserand.

M. L. Josserand dit souvent<sup>373</sup>) que la partie commet un abus du droit quand elle exerce ses droits subjectifs „contrairement à l'esprit de l'institution“. Mais, c'est le législateur, donc le droit objectif, qui décide de „l'esprit de l'institution“<sup>374</sup>), et l'individu doit jouir du droit objectif en accord avec l'esprit du droit, fixé par le législateur, c'est-à-dire en accord avec l'ensemble de la législation<sup>375</sup>).

Sans doute, l'homme a non seulement des devoirs, mais aussi des droits<sup>376</sup>). Cela veut dire que dans l'ordre juridique l'homme peut jouir du droit; le juge qui ne donnerait pas satis-

---

<sup>368</sup>) Comp. E. Huber, *Recht*, p. 281 (ci-dessus note 37), Lyskowski, *Quelques*, p. 554—557 (Extr. p. 8—11), p. 578 (Extr. p. 32), V. Ganef, p. 284, (Extr. p. 13).

<sup>369</sup>) ci-dessus aux notes 349 s.

<sup>370</sup>) C'est soulevé justement par M. G. Ripert, N° 103 p. 174.

<sup>371</sup>) V. ci-dessus note 351.

<sup>372</sup>) Comp. A. Egger, à l'Art. 2 N° 23 p. 72 (ci-dessus note 330).

<sup>373</sup>) *Esprit*, N° 26 p. 33 fin, N° 38 p. 51, N° 229 p. 292/293, N° 224, p. 300, N° 246 p. 314/315, N° 285 p. 360 fin, N° 292 p. 370, N° 295 p. 374.

<sup>374</sup>) V. ci-dessus note 331.

<sup>375</sup>) Si le législateur dispose contrairement aux impératifs de l'idée du droit, c'est une disposition exceptionnelle. V. ci-dessus aux notes 179 s.

<sup>376</sup>) L. Josserand, *Esprit*, N° 242 p. 308.

faction à cette demande, est coupable de déni de justice<sup>377</sup>). Mais, de cela ne résulte nullement que l'ordre juridique ne soit que la somme des droits subjectifs des hommes<sup>378</sup>). L'homme est même le centre de l'ordre juridique<sup>379</sup>). Mais l'activité de l'homme est soumise au contrôle du droit<sup>380</sup>), constitué par lui-même pour son propre salut.

Le droit objectif, lui-aussi, a son but, sa finalité<sup>381</sup>).

Cependant il faut souligner que la finalité du droit doit être basée sur la loi et sur l'ensemble de la législation et que les buts ne peuvent nullement se baser sur des aspirations en dehors de la loi. Ce serait plutôt de la politique et nullement du droit. La politique est dans les mains du législateur, et non dans les mains du juge. Des „buts à atteindre“ décide la politique, le juge décide des buts déjà réalisés par le droit.

Le droit objectif, lui aussi, est relatif<sup>382</sup>). L'individu peut jouir du droit<sup>383</sup>). Mais la jouissance du droit est un domaine distinct<sup>384</sup>). Le droit n'est pas une notion abstraite, mais une notion vivante, ayant une base légale. Par conséquent la jouissance du droit dépend des dispositions de la législation et des principes fondamentaux déduits d'elle<sup>385</sup>).

Il n'y a rien à changer dans les justes mots de M. L. J o s s e r a n d<sup>386</sup>) „Ces prérogatives (juridiques des individus) nous apparaissent ainsi, non point comme des droits souverains, mais bien comme des facultés à intérêts limités qui ne sauraient être réalisées correctement, impunément, que dans le cadre et conformément à l'esprit de l'institution“.

Au lieu de parler du „triomphe de l'esprit des droits“<sup>387</sup>) il nous faut plutôt parler du triomphe de l'esprit de la législation actuelle et des principes fondamentaux, déduits d'elle.

---

377) V. ci-dessus note 138, mon projet Art. 45 p. 1 (ci-dessus p. 25).

378) V. ci-dessus note 137 s.

379) V. A. E g g e r, à l'Art. 28 N° 47 p. 253. Comp. ci-dessus note 134.

380) Comp. ci-dessus note 16.

381) V. ci-dessus aux notes 37, 38 (comp. note 337).

382) Comp. ci-dessus note 258 (comp. note 338)

383) V. ci-dessus note 377.

384) V. ci-dessus note 333.

385) J o s s e r a n d, *Esprit*, N° 1 p. 2 (ci-dessus note 338).

386) *Esprit*, N° 229 p. 292/293. Comp. L. J o s s e r a n d, T. I N° 162, p. 102.

387) L. J o s s e r a n d, *Esprit*, N° 10 fin.

Mais, M. L. J o s s e r a n d<sup>388)</sup> se défend expressément d'être compris d'une telle manière, et remarque, contre la conception<sup>389)</sup> rejetée par lui: „Substituons au législateur l'idéal collectif du moment, les principes du commerce juridique de l'heure présente, et la définition de M. P o r c h e r o t sera d'une parfaite exactitude“.

M. L. J o s s e r a n d<sup>390)</sup> remarque que la conception qui base la théorie de l'abus du droit sur le droit objectif, ne représente rien de nouveau. Il faut pourtant repliquer qu'il s'agit de formuler précisément la conception. Le résultat est, à mon avis, que les limites de la jouissance du droit se trouvent dans les principes fondamentaux de la législation actuelle<sup>391)</sup>. Ce sont donc les principes fondamentaux du droit objectif, qui règlent la jouissance du droit et qui représentent le facteur vivant et mouvant dont parle si justement M. L. J o s s e r a n d<sup>392)</sup>. Le résultat définitif sera le même<sup>393)</sup>. L'activité de l'individu doit être toujours conforme aux principes fondamentaux, même aux plus nouveaux, de la législation actuelle<sup>394)</sup>.

M. L. J o s s e r a n d<sup>395)</sup> souligne justement que les droits subjectifs „ne sauraient être mis, en aucun cas, au service de la malice, de la mauvaise foi, de la volonté de nuire à autrui;

---

<sup>388)</sup> *Esprit*, N° 294 p. 373.

<sup>389)</sup> M. P o r c h e r o t, cité chez J o s s e r a n d, *Esprit*, N° 294 p. 373 à la note 2, l'avait formulé: „on abuse son droit quand, restant dans ses limites, on vise un but différent de celui qu'a eu en vue le législateur“. M. G. R i p e r t, N° 103 p. 173 à la note 1 formule: „Celui qui détournera le droit du but pour lequel le législateur le lui a donné engagera sa responsabilité“.

<sup>390)</sup> *Esprit*, N° 294 p. 373.

<sup>391)</sup> V. ci-dessus note 22 et ci-dessous aux notes 446 s.

<sup>392)</sup> V. ci-dessus note 272.

<sup>393)</sup> Comp. L. J o s s e r a n d, *Esprit*, N° 313 p. 395/396.

<sup>394)</sup> Comp. L. J o s s e r a n d, *Esprit*, N° 256 p. 327. Mais, M. L. J o s s e r a n d, à tort, fait appel au droit pénal. Dans le mouvement criminaliste moderne on tâche de prendre pour base „l'individu délinquant“; c'est aussi le point de vue du Code pénal polonais de 1932 (Collection des Codes pénaux étrangers, publiée dans la Revue Internationale de droit pénal, Paris, Librairie des Juris-Classeurs, 1933, N° 1, Supplément). Comp. R. L e m k i n. En droit civil, au contraire, la réaction contre l'individualisme du droit tâche de réaliser la base objective du droit, représentée par les principes fondamentaux de la législation actuelle qui manifeste „l'esprit“ de la législation.

<sup>395)</sup> T. I N° 162 p. 102.

ils ne peuvent pas servir à réaliser l'injustice". Cela est un principe fondamental du droit objectif dans toutes les législations modernes<sup>396</sup>).

D'après mon avis M. L. Jossierand a été mal inspiré par la conception que le droit „objectif“ est la somme des droits subjectifs des individus<sup>397</sup>). En suivant cette conception l'éminent auteur a tâché de faire une analyse des „droits subjectifs“ pour en démontrer l'étendue et les limites. C'est pour cette raison qu'il parle de „l'esprit des droits subjectifs“<sup>398</sup>).

Mais, il ne faut pas identifier la protection de la personnalité de l'individu qui, sans doute, dans l'évolution du droit, s'élargira de plus en plus<sup>399</sup>), avec les facultés particulières de l'individu qui découlent du droit objectif<sup>400</sup>).

On se rappelle des justes mots de feu M. L. Duguit<sup>401</sup>): „Qu'on écarte le mot et l'idée de droit subjectif on écarte du même coup toutes les controverses et subtilités qu'on a comme à plaisir accumulées sans raison et sans profit“.

Du point de vue de droit objectif<sup>402</sup>) il faut, à mon avis, comprendre aussi le projet franco-italien<sup>403</sup>), certainement influencé par la théorie de M. L. Jossierand<sup>404</sup>):

Art. 74 al. 2: „Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré“.

Les limites indiquées par le projet sont les suivantes.

1) „les limites fixées par la bonne foi“. La partie ne peut pas jouir du droit contrairement à la bonne foi vis-à-vis de l'autre partie qui pouvait supposer que la partie ne profitera

---

<sup>396</sup>) V. ci-dessus note 326.

<sup>397</sup>) V. ci-dessus p. 27 s., et note 8.

<sup>398</sup>) L. Jossierand, *Esprit*, N° 10 p. 10 (ci-dessus à la note 343).

<sup>399</sup>) T. ci-dessus note 137.

<sup>400</sup>) V. ci-dessus la note 149.

<sup>401</sup>) T. I § 24 p. 270/271.

<sup>402</sup>) Comp. ci-dessus aux notes 330, 331, 389.

<sup>403</sup>) Sur le projet franco-italien. V. ci-dessus note 201.

<sup>404</sup>) C'est souligné par H. et L. Mazeaud, T. I N° 547 p. 424 note 2, N° 574 p. 442, N° 592 p. 455 aux notes 1—3. M. G. Ripert, *Abus*, N° 16 p. 22 note 1 signale justement la différence. Comp. Ch. Cardahi, p. 629 — 631.



pas de son droit, ou n'en profitera pas d'une telle manière. Ce sera surtout le cas si la partie a donné une promesse, quoique non obligatoire, de ne pas vouloir profiter du droit<sup>405</sup>). Le C. c. suisse exprime le même principe dans l'Art. 2 al. 1 : „Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi“<sup>406</sup>).

2) „les limites fixées par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré“.

Le but du droit est réglé par la loi et par l'ensemble de la législation<sup>407</sup>). C'est donc le droit objectif qui „fixe le but“. L'individu est obligé de jouir du droit dans les limites du „but en vue duquel ce droit lui a été conféré“<sup>408</sup>). C'est donc dans le droit objectif qu'il faut chercher les limites de la jouissance du droit<sup>409</sup>). Mais, même si le projet avait en vue „les droits subjectifs“ de la partie, il faut souligner que, d'après le projet, c'est le droit objectif (l'ensemble de la législation) qui „fixe le but en vue duquel ce droit a été conféré“ à la partie<sup>410</sup>).

De même, du point de vue du droit objectif sont formulées les dispositions sur l'abus du droit dans mon projet<sup>411</sup>) qui dispose comme suit :

Art. 18. „Quiconque jouit du droit contrairement aux principes fondamentaux de la législation actuelle<sup>412</sup>), commet un abus du droit et ne jouit pas de la protection de la loi.

Dans le cas où il s'est enrichi au détriment d'une autre personne, il est obligé de restituer l'enrichissement<sup>413</sup>) à la personne au détriment de laquelle il s'est enrichi.

<sup>405</sup>) En droit classique romain l'offensé avait l'*exceptio pacti conventi* (G. 4, 116). Comp. ci-dessus note 252.

<sup>406</sup>) Comp. V. Rosset et F.-H. Mentha, T. I N° 54, p. 63, E. Egger à l'Art. 2 N°s 1—22 p. 65—72, K. Wieland, T. II § 110 p. 203—211.

<sup>407</sup>) V. ci-dessus p. 10 s. et note 402.

<sup>408</sup>) Comp. ci-dessus note 331.

<sup>409</sup>) Comp. ci-dessus note 402.

<sup>410</sup>) Comp. ci-dessus note 149.

<sup>411</sup>) M. C. Valverde, p. 141 soulève l'utilité de cette disposition.

<sup>412</sup>) Pour ne pas provoquer un malentendu je prose pour la rédaction définitive cette expression au lieu de l'expression „de l'ordre juridique“, que j'avais choisie sous l'influence de la terminologie des juristes romains, parlants de la *ratio iuris*. V. A. Pernice, *privatrechliche*, p. 81 (Z. d. Sav. St. p. 160 à la note 2). Comp. ci-dessus note 43.

<sup>413</sup>) L'enrichissement est „sans cause“, vu qu'il est acquis contrairement aux principes fondamentaux de la législation actuelle. Sur cette sanction V. ci-dessus aux notes 231, 232 et ci-dessous aux notes 431, 432.

La personne qui était atteinte par l'abus du droit peut demander constatation de l'état de choses, ainsi que garantie contre réitération de l'abus du droit, et, au surplus, une réparation morale<sup>414)</sup> à titre du tort subi“.

Art. 19. „L'abus du droit, commis consciemment ou par négligence<sup>415)</sup> portant dommage à autrui, oblige à réparer le dommage causé“.

Art. 20. „Les actions à titre de l'abus du droit se prescrivent par cinq ans, en comptant du moment où l'abus fut commis pour la dernière fois“<sup>416)</sup>.

Il va sans dire que l'abus du droit peut être commis d'un côté et de l'autre. En conséquent le juge doit tenir compte de toutes les circonstances<sup>417)</sup>, et tâcher de réaliser l'équilibre des intérêts des parties<sup>418)</sup>.

La sanction de l'abus du droit est la réparation de l'abus<sup>419)</sup>.

Cette réparation peut être réalisée :

1) par le défaut de protection légale.

L'offenseur n'est pas protégé dans la réalisation de sa demande. Dès que l'offenseur a réparé l'abus, par exemple, en changeant les conditions du contrat, il est protégé<sup>420)</sup>. M. A. Egger<sup>421)</sup> souligne justement que la nullité de l'acte juridique ne représentera pas toujours une réparation<sup>422)</sup>. M. L. Josserrand<sup>423)</sup> observe que parfois sera recommandable „une sanction en nature“.

---

<sup>414)</sup> Comp. mon projet, Art. 49 (ci-dessus à la note 131).

<sup>415)</sup> Comme l'abus du droit est un délit spécial, pareillement que l'atteinte à la personnalité (V. mon projet Art. 46, ci-dessus note 128), il faut distinguer si l'abus a été commis sans faute ou par faute. Comp. mon projet Art. 48 (ci-dessus à la note 130).

<sup>416)</sup> Comp. mon projet Art. 50 al. 2 (ci-dessus p. 26).

<sup>417)</sup> Comp. ci-dessus note 204.

<sup>418)</sup> Comp. ci-dessus note 115.

<sup>419)</sup> V. ci-dessus note 305.

<sup>420)</sup> Comp. ci-dessus note 278.

<sup>421)</sup> à l'Art. 2 N° 37 p. 78.

<sup>422)</sup> Il faut tenir compte des intérêts des tiers, ce que M. L. Josserrand, *Esprit*, N° 247 p. 318, 319, N° 330 p. 411—413 souligne précisément. Comp. ci-dessus note 230.

<sup>423)</sup> *Esprit*, N° 36 p. 48, N° 325 p. 405, N° 327 p. 408, N° 328 p. 410, N° 331 p. 413—415. Comp. R. Demogue, *Traité*, T. IV N° 664 p. 351, 352.

Le défaut de protection légale est prononcé expressément par le § 226 du C. c. allemand<sup>424</sup>), par l'Art. 2 al. 2 du C. c. suisse<sup>425</sup>), par l'Art. 1 du C. c. soviétique<sup>426</sup>), par l'Art. 148 du C. c. de la Chine<sup>427</sup>), par l'Art. 18 al. 1 de mon projet<sup>428</sup>).

2) par la garantie contre réitération de l'abus, constatation faite de l'abus (mon projet, Art. 18 al. 3<sup>429</sup>). M. L. Jossierand<sup>430</sup>) souligne la nécessité d'une telle sanction.

3) par la restitution de l'enrichissement (mon projet Art. 18 al. 2<sup>431</sup>). Le droit anglo-américain admet cette sanction<sup>432</sup>).

4) par la réparation du dommage (C. c. allemand § 226<sup>433</sup>), C. c. autrichien § 4295 al. 2<sup>434</sup>), C. c. de la Chine Art. 148<sup>435</sup>), projet franco-italien Art. 74 al. 2<sup>436</sup>), mon projet Art. 19<sup>437</sup>).

Le projet franco-italien ne fait pas de distinction entre l'abus fautif et l'abus commis sans faute; mais, d'autre part, la disposition se trouve immédiatement après la disposition sur l'obligation de réparation du dommage causé par „toute faute”. En résultat le projet exige que l'abus soit fautif<sup>438</sup>), c'est-à-dire que, d'après le projet, l'abus n'existe que dans le cas où la partie, par sa faute, a excédé, dans l'exercice de son droit, „les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré”. La sanction sera donc la réparation du dommage.

---

424) V. ci-dessus à la note 287.

425) V. ci-dessus à la note 306.

426) V. ci-dessus à la note 357.

427) V. ci-dessus à la note 292.

428) V. ci-dessus à la note 412.

429) V. ci-dessus à la note 412.

430) *Esprit*, N° 327 p. 407. Comp. R. Demogue, *Traité*, T. IV, N° 666 p. 353.

431) V. ci-dessus à la note 413.

432) V. A. K u h n, N° XXVI p. 293 — 294.

433) V. ci-dessus à la note 424.

434) V. ci-dessus à la note 289.

435) V. ci-dessus à la note 292.

436) V. ci-dessus à la note 403.

437) V. ci-dessus à la note 415.

438) Du même avis est M. G. Ripert, *Abus*, N° 16 p. 22 note 1.

Naturellement le juge peut régler cela<sup>439</sup>), en disant que le dommage est représenté par l'appauvrissement de l'autre partie, et en condamnant la partie à la restitution de l'enrichissement<sup>440</sup>) dans la mesure de l'appauvrissement de la victime. Pourtant j'ai préféré d'énumérer la restitution de l'enrichissement séparément comme mesure de la réparation de l'abus du droit, vu que dans ce cas l'enrichissement ne se base pas sur la faute<sup>441</sup>).

5) par la réparation morale (mon projet Art. 18 al. 3<sup>442</sup>).

## CHAPITRE VII.

### Conclusion.

La disposition de la loi doit être interprétée sur la base de toutes les dispositions de la législation actuelle, vu que toutes les dispositions sont en vigueur<sup>443</sup>). L'ensemble de la législation actuelle démontre l'esprit dont s'est inspiré le législateur, et c'est cet esprit qui doit servir de directive à l'interprétation de toutes les dispositions de la législation.

Cet esprit de la législation se manifeste dans celles des dispositions de la législation qui sont les plus rapprochées des impératifs résultant de l'idée du droit<sup>444</sup>).

Il faut donc dégager de la législation actuelle celles des dispositions qui sont les plus rapprochées des impératifs résultants de l'idée du droit, c'est-à-dire les dispositions qui 1. protègent contre l'injustice, 2. protègent le bien commun, 3. protègent la personnalité de l'homme, en ne lésant aucun de ces impératifs<sup>445</sup>).

<sup>439</sup>) V. L. J o s s e r a n d, *Esprit*, Nos 324 — 332 p. 405—415.

<sup>440</sup>) Comp. ci-dessus aux notes 302 s.

<sup>441</sup>) Comp. J. M a u r y, T. II p. 251—296, p. 447—453 (les juristes romains, eux-aussi, admettaient que la restitution de l'enrichissement est une question de l'équité. Voir A. P e r n i c e, T. III p. 218: „En effet, nous avons plusieurs décisions de Labéon, dans lesquelles la *condictio* se base simplement sur l'injustice de la détention — du même avis est Celsus — Il paraît que c'est surtout Celsus qui soulignait l'ancien principe (D 12, 5, 6) pour gagner une large extension à la *condictio*”. Comp. ci-dessus note 231.

<sup>442</sup>) V. ci-dessus à la note 414.

<sup>443</sup>) V. ci-dessus p. 10 s.

<sup>444</sup>) V. ci-dessus p. 20 s.

<sup>445</sup>) V. ci-dessus p. 20 s.

De ces dispositions, dégagées de la législation actuelle, il faut déduire les principes fondamentaux<sup>446)</sup> qui démontrent l'esprit dont s'est inspiré le législateur et qui doivent servir de directive à l'interprétation de toutes les dispositions de la législation<sup>447)</sup>.

M. E. Huber<sup>448)</sup> souligne justement que „le raisonnement juridique n'est pas simplement un raisonnement s'appuyant sur des concepts, mais une argumentation, dominée par la conscience juridique“. C'est dans les principes fondamentaux de la législation actuelle que la conscience juridique se manifeste.

Il faut encore ajouter ceci. Si le législateur donne une nouvelle disposition de la loi, de cette disposition peut résulter un nouveau principe fondamental<sup>449)</sup> qui doit être pris pour directive à l'interprétation de toutes les dispositions de la législation<sup>450)</sup>, donc aussi des dispositions antérieures<sup>451)</sup>. Si le législateur proclame un nouveau principe fondamental, il est impossible d'admettre que ce nouveau principe ne soit pas respecté comme directive à l'interprétation de toute la législation, donc aussi à l'interprétation de la législation antérieure<sup>452)</sup>.

La règle que la loi postérieure déroge à la loi antérieure régit aussi l'interprétation. La disposition postérieure déroge non seulement à la disposition antérieure respective, mais aussi à son esprit, c'est-à-dire au principe fondamental qui résulte de la disposition antérieure.

La disposition postérieure déroge donc aussi à l'esprit de toutes les dispositions antérieures puisqu'on ne peut pas admettre

---

446) Sur la distinction des principes fondamentaux et des principes généraux V. ci-dessus aux notes 27—28. Sur l'élaboration des principes fondamentaux comp. ci-dessus p. 11 s. p. 20 s.

447) V. ci-dessus p. 8 s. Sur la règle de la non-rétroactivité de la loi voir ci-dessus aux notes 451 s.

448) *Recht*, p. 377.

449) C'est souligné justement par M. J. Dabin, N° 60 p. 241 à la note 6, qui pourtant admet que les principes fondamentaux sont „immuables“. Comp. ci-dessus aux notes 74 s.

450) V. ci-dessus note 32.

451) V. Rossel et F.-H. Menha, T. I N°s 48—50 p. 56—59. Comp. ci-dessus note 472.

452) Comp. les justes remarques de M. H. Capitant, T. I N° 45 p. 58 al. 2.

que par une disposition postérieure le législateur laisse intact l'esprit des autres dispositions antérieures, à moins qu'il ne s'agit d'une disposition exceptionnelle.

On ne peut pas diviser la disposition postérieure en tenant compte seulement de la disposition elle-même, et en négligeant l'esprit de cette disposition; ce serait une contradiction.

La règle de la non-rétroactivité de la loi n'a qu'une valeur relative<sup>453</sup>). Il faut distinguer. L'acte juridique effectué dans le passé est soumis à la loi en vigueur au moment de la formation de l'acte. Si d'une nouvelle loi résulte un nouveau principe fondamental, ce principe ne peut pas influencer l'interprétation de la loi précédente dans le cas où la loi précédente est précise et ne laisse aucun doute sur son sens; la loi précédente, contraire au nouveau principe fondamental reste en vigueur, en devenant une disposition exceptionnelle<sup>454</sup>) par rapport au nouveau principe fondamental. Au contraire, si la loi précédente peut être comprise dans le sens du nouveau principe fondamental, elle doit être interprétée sous la directive de ce principe. Il va sans dire que dans aucun cas le nouveau principe fondamental ne peut pas altérer ce qui provient de l'exécution de l'acte juridique. Tout cela sous la réserve que la nouvelle loi ne décide pas expressément du sens de la loi précédente<sup>455</sup>) (loi interprétative, interprétation authentique), ou ne vise pas les effets futurs de la loi précédente<sup>456</sup>).

Il va sans dire que, si le texte de la loi est clair et ne provoque aucun doute, ce texte est obligatoire<sup>457</sup>).

Si le texte de la loi est contraire aux principes fondamentaux de la législation, il représente une disposition exceptionnelle<sup>458</sup>). En interprétant ce texte exceptionnel sur la base des principes fondamentaux de la législation, le juge ne peut qu'adoucir parfois la rigueur de la disposition exceptionnelle.

---

<sup>453</sup>) Comp. ci-dessus note 382. Pour le droit romain comp. les justes remarques de M. St. Wróblewski, T. I N° 77 p. 221 s.

<sup>454</sup>) V. ci-dessus note 26.

<sup>455</sup>) Voir H. Capitant, T. I, N° 44 p. 55.

<sup>456</sup>) Voir H. Capitant, T. I, N° 45 p. 56/57.

<sup>457</sup>) V. G. Ripert, T. I N° 216 p. 94, 95.

<sup>458</sup>) V. ci-dessus netes 23, 179.

Parfois une disposition exceptionnelle est même justifiée, pour réparer un tort antérieur, par ex. au point de vue social ou économique. Si l'équilibre a été ébranlé, on ne peut quelque fois le rétablir que par une disposition exceptionnelle.

Il faut encore souligner que les „principes fondamentaux“, déduits de la législation actuelle, ne représentent pas des dispositions immédiates de la loi, mais seulement une directive à l'interprétation, une méthode de „raisonnement juridique“<sup>459</sup>). Or, s'il n'y a pas de disposition légale on ne peut non plus parler de l'interprétation fondée sur la base des principes fondamentaux de la législation actuelle. Dans ce cas il s'agit plutôt de l'activité créatrice du juge<sup>460</sup>).

On pourrait objecter qu'il est inutile de déduire de la législation actuelle des principes fondamentaux, servant de directive à l'interprétation de toutes les dispositions de la législation, puisqu'on peut suivre une méthode plus brève, en interprétant immédiatement toutes les dispositions de la législation en se guidant par l'idée du droit.

Vers cette dernière méthode s'incline M. G. Renard<sup>461</sup>)

M. J. Dabin<sup>462</sup>), en laissant de côté les règles d'interprétation, tâche de démontrer la méthode d'élaboration du „droit positif“, immédiatement en harmonie avec le „droit naturel“, dans le sens classique de cette notion<sup>463</sup>), et sans l'intermédiaire des „principes fondamentaux“ ou des „principes généraux“ de la législation actuelle<sup>464</sup>). Sans doute M. J. Dabin se rapproche, en résultat, de la méthode, recommandée ici dans mes

---

<sup>459</sup>) Comp. R. Stammer, p. 202, E. Huber, *Recht*, p. 377 (ci-dessus note 448), ci-dessus aux notes 29 et 30.

<sup>460</sup>) V. ci-dessous aux notes 476 s.

<sup>461</sup>) *La valeur*, p. 138 s., *Leges*, p. 662, (Extrait p. 40), en réclamant une „interprétation idéaliste“ (*Leges*, p. 663, Extrait p. 41) sous la directive de l'idée du droit qui se trouve dans chaque disposition légale. Mais, il faut remarquer que la disposition peut être „exceptionnelle“. V. ci-dessus note 454.

<sup>462</sup>) N° 2 p. 10, 11, N° 26 p. 96 — 100.

<sup>463</sup>) V. Nos 65 — 67 p. 259 — 270, et ci-dessus note 71. Pareillement G. Del Vecchio, *Lezioni*, p. 357 s.

<sup>464</sup>) N° 26 p. 99. Comp. ci-dessus note 461. Aussi M. E. Swojda, p. 374 (Extr. p. 17) à la note 1 parle-t-il des „principes fondamentaux“ du droit naturel.

observations; pourtant, à mon avis, la méthode de l'éminent auteur ne garantit pas suffisamment le contact permanent avec la législation actuelle<sup>465)</sup> 466).

Pour cette raison, à mon avis, l'intermédiaire des principes fondamentaux de la législation actuelle est indispensable pour maintenir le contact permanent avec la législation évolutive.

La conception disant que les principes fondamentaux de la législation actuelle doivent servir de directive à l'interprétation de toutes les dispositions particulières de la législation a trouvé son expression dans mon projet<sup>467)</sup>.

Art. 9<sup>468)</sup>: „La loi doit être interprétée sous la directive des principes fondamentaux de la législation actuelle, selon le sens contemporain de ses termes et conformément à son but<sup>469)</sup> dans les rapports sociaux et économiques actuels“.

On peut retrouver la dite conception dans le § 6 du C. c. autrichien et dans l'Art. 3 al. 1 des dispositions préliminaires du C. c. italien<sup>470)</sup> qui disposent que:

„On ne peut, en appliquant la loi, lui attribuer un autre sens que celui qui résulte de la signification propre des termes, d'après la connexion existant entre eux, et l'intention du législateur“.

Les lois parlent de la „connexion“ („Zusammenhang“, „connessione“) entre les termes de la loi. Si par les „termes“ de la loi on comprend non seulement les termes d'une loi particulière, mais aussi les termes de la législation toute entière, on

---

<sup>465)</sup> M. G. Cornil, *Autorité*, p. 111 souligne avec raison: „le juge et le législateur disent le droit tous deux“.

<sup>466)</sup> V. ci-dessus aux notes 351, 360. Sur le „but à atteindre“, comp. ci-dessus aux notes 381 s.

<sup>467)</sup> Pour ne pas provoquer un malentendu je propose la rédaction susmentionnée. Comp. ci-dessus note 412.

<sup>468)</sup> Comp. V. Rossel et F.-H. Mentha, T. I Nos 48—49 p. 56—57, C. Valverde, p. 137.

<sup>469)</sup> J'accepte la motion de M. G. Renard, *Leges*, p. 667 (Extr. p. 45) note 4, de ne distinguer pas „la mission“ de la loi — le „but“ de l'acte juridique, mais de parler de „but“ sans distinction entre „le but“ de la loi et „le but“ de l'acte juridique.

<sup>470)</sup> Le nouveau Projet italien de Code civil, Livre I, n'a rien changé dans cette disposition. V. A. Azara, p. 3 aux notes 1—2, p. 4. Comp. C. Valverde, p. 137 s.



peut dire que les législateurs visent la connexion entre les dispositions particulières de la législation, et font donc appel aux principes fondamentaux, déduits de la législation actuelle<sup>471</sup>).

Pareillement le C. c. suisse dispose dans l'

Art. 1 al. 1: „La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions“<sup>472</sup>).

Le C. c. allemand<sup>473</sup>), le C. c. du Japon, le C. c. soviétique ne donnent aucune disposition sur l'interprétation de la loi, en chargeant la jurisprudence et la science de cette tâche. Il s'ensuit que la jurisprudence est régie plutôt par le facteur social que par le facteur de droit<sup>474</sup>).

Pourtant il me paraît recommandable de donner une disposition sur l'interprétation de la loi. L'expérience nous apprend que, dans le cas contraire, c'est le facteur social qui prend le dessus sur le facteur de droit, même en matière d'interprétation de la loi<sup>475</sup>).

Les principes fondamentaux de la législation actuelle ne représentant pas seulement la directive à l'interprétation de toutes les dispositions particulières de la législation, mais, en plus, ils comblent les lacunes dans les dispositions de la loi<sup>476</sup>). Il est généralement admis<sup>477</sup>), que la loi a des lacunes, tandis que le droit ne peut pas avoir de lacunes, vu que „le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice“. (Art. 4 du C. c. français et du C. c. polonais).

---

<sup>471</sup>) Comp. M. Rotondi, *Il diritto*, p. 10 à la note 2, E. Swoboda, p. 373 (Extr. p. 42) à la note 2, A. Azara, p. 3 note 1, *Rapport de la Commission du projet de C. c. italien* p. 9 — 12.

<sup>472</sup>) Comp. V. Rossel et F.-H. Mentha, T. I N° 48—50, p. 56—59, A. Egger, à l'Art. 1 N° 5 p. 45, N°s 10—19 p. 47—52, et ci-dessus note 451.

<sup>473</sup>) V. A. Achilles, p. 1.

<sup>474</sup>) Comp. ci-dessus aux notes 17 s.

<sup>475</sup>) V. Lyskowski, *Quelques*, p. 555, 554 (Extr. p. 8, 9), ci-dessus à la note 16.

<sup>476</sup>) V. G. Ripert, T. I N° 221 p. 96.

<sup>477</sup>) R. Stammler, p. 271, Fr. Geny, *Méthode*, T. I N°s 54—59 p. 112—123, T. II N° 166 p. 129, 130, *Science*, T. I N° 11 p. 37—39, E. Huber, *Recht*, p. 352, 353, G. Pacchioni, N° 12 p. 15, 16, W. Burckhardt, p. 107, A. Egger, N° 8 p. 8 et à l'Art. 1 N°s 20—21 p. 52—53, F. Zoll, N° 36 p. 68—70.

Le juge doit donc trancher la question, en formant une règle dans les limites de la législation en vigueur, sous la directive des principes fondamentaux de la législation actuelle. Car les principes fondamentaux déduits de la législation actuelle ne représentent pas une disposition légale immédiate, mais ne sont que la directive à l'interprétation des dispositions qui doivent être formées par le juge<sup>478</sup>). Le juge doit déterminer le rapport entre la législation actuelle et les principes fondamentaux de celle-ci pour combler la lacune en la „suppléant” sous la directive des principes fondamentaux<sup>479</sup>).

Cette conception a trouvé son expression dans mon projet

Art. 10:<sup>480</sup>) „Dans le cas où il serait impossible de préciser la signification de la loi, ainsi que dans celui du manque de loi, la question doit être tranchée, dans les limites de la législation actuelle, sous la directive des principes fondamentaux de celle-ci, en observant que personne ne subisse un tort”.

La fin de l'Art. 10: „en observant que personne ne subisse un tort”<sup>481</sup>) indique une directive pour le juge qui doit trancher la question, en formulant lui-même le principe. Le juge ne doit pas formuler un principe quelconque, mais il doit se tenir dans les limites de la législation, en comblant la lacune sous la directive des principes fondamentaux de la législation actuelle<sup>482</sup>).

De cette manière doit être aussi compris, à mon avis, dans le C. c. suisse l'

Art. 1 al. 2 et 3: „A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.

---

<sup>478</sup>) C'est souligné justement par M. E. Huber, *Recht*, p. 353—358. Comp. Fr. Geny, *Méthode*, T. II N° 102 p. 104 à la note 3, N° 169 p. 146 aux notes 2 et 3, A. Egger, à l'Art. 1 N° 39 p. 60. W. Burckhardt, *L'État*, p. 202a et suiv. Comp. ci-dessus à la note 460.

<sup>479</sup>) Comp. E. Huber, *Recht*, p. 419 à la note 2, Rapport de la commission du projet de C. c. italien, p. 10/11.

<sup>480</sup>) Pour ne pas provoquer un malentendu je propose la rédaction susmentionnée. V. ci-dessus note 412.

<sup>481</sup>) Sur ce concept dans le droit anglo-américain comp. ci-dessus aux notes 106 — 108.

<sup>482</sup>) C'est soulevé justement dans l'excellente étude de M. C. Valverde, p. 139/140.

Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence”.

D'abord il faut souligner que la disposition donne au juge la faculté de formuler la règle en législateur<sup>483</sup>), mais, il va sans dire en législateur suisse. De cela résulte que le juge doit se fonder sur la base de la législation suisse, or, dans les limites de la législation suisse.

En disant que le juge doit s'inspirer „des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence“ la disposition vise en premier lieu la doctrine et la jurisprudence suisse, ou reconnue en Suisse<sup>484</sup>).

En ce qui concerne la jurisprudence étrangère, elle peut, et en faveur du progrès elle doit, avoir une influence<sup>485</sup>) sur la jurisprudence du pays, mais elle ne peut pas être obligatoire. Le juge peut se servir des principes de la jurisprudence étrangère seulement dans le cas où il trouve un appui dans la législation du pays<sup>486</sup>), ou, au moins, un appui dans les principes fondamentaux de la législation du pays<sup>487</sup>). La même chose doit être observée vis-à-vis de la législation étrangère<sup>488</sup>).

En s'inspirant „des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence“ suisses, le juge se basera donc sur les principes fondamentaux de la législation suisse<sup>489</sup>).

---

<sup>483</sup>) M. F. Zoll, N° 36 inf. p. 73 remarque justement que cette disposition ne donne pas le pouvoir législatif au juge, mais qu'elle autorise le juge à formuler la règle comme s'il était législateur, pour combler la lacune, en harmonie avec les autres dispositions de la loi.

<sup>484</sup>) Comp. E. Huber, *Recht*, p. 396 — 449, V. Rosel et F.-H. Mentha, T. I N° 53 p. 61, 62.

<sup>485</sup>) C'est reconnu généralement. V. F. Zoll, N° 36 p. 71, 72.

<sup>486</sup>) M. A. Egger, à l'Art. 1 N° 45 p. 63 souligne justement que la littérature juridique étrangère doit être prise en considération en tant „qu'elle a trouvé un retentissement dans la législation du pays”.

<sup>487</sup>) Sur ce point il faut faire une restriction à l'égard de l'excellente étude de M. G. Pacchioni, N° 6 p. 9, N° 7 p. 10, N° 8 p. 11, N° 13 p. 16. Comp. J. Bonneau, *Introduction*, N° 96 p. 164 s., E. Swoboda, *Il diritto straniero*, p. 62 et ci-dessus à la note 164.

<sup>488</sup>) Comp. M. Rotondi, T. I N° 17 p. 43 à la note 2.

<sup>489</sup>) Comp. A. Egger, à l'Art. 1 N° 36 p. 58, N° 39 p. 60.

De la même manière doit être compris, à mon avis, le C. c. italien dans les dispositions préliminaires dont dispose l'.

Art. 3 al. 2<sup>490</sup>): „Lorsqu'un litige ne peut être tranché au moyen d'une disposition précise de la loi, on doit recourir aux dispositions qui régissent des cas semblables ou des matières analogues: lorsque le doute subsiste toujours, on se prononcera d'après les principes généraux du droit“.

L'analogie ne comble pas toutes les lacunes de la législation<sup>491</sup>). Pour cette raison, à mon avis, la place de la disposition sur le rôle de l'analogie devrait se trouver ailleurs<sup>492</sup>).

On pourrait supposer que le C. c. italien, en renvoyant le juge aux „principes généraux du droit“ vise le droit naturel<sup>493</sup>), puisque le législateur italien dans l'Art. 3 al. 1 des dispositions préliminaires accepte la formule du § 6 du C. c. autrichien qui, dans le § 7 renvoie le juge expressément aux „principes naturels du droit“<sup>494</sup>). Mais, à mon avis, il faut faire la conclusion contraire. Comme le § 7 du C. c. autrichien parle expressément des „principes naturels du droit“, et l'Art. 3 al. 2 du C. c. italien ne le fait pas, en parlant plutôt des „principes généraux du droit“, il en résulte par *argumentum a contrario* que le législateur italien dans l'Art. 3 al. 2 n'a pas voulu renvoyer le juge aux principes naturels du droit.

Aussi la littérature juridique italienne admet-elle, généralement, que les „principes généraux du droit“ selon l'Art. 3 al. 2 des

---

<sup>490</sup>) Le nouveau Projet italien de Code civil, Livre 1, n'a rien changé dans cette disposition. V. A. Azara, p. 3 aux notes 1—2, p. 4, le Rapport de la Commission, p. 11, 12.

<sup>491</sup>) Comp. A. Egger, à l'Art. 1 N° 37 p. 58, 59, G. Pacchioni, N° 6 p. 9 note 1, H. de Page, T. II p. 246 à la note 2, C. Valverde, p. 139 et ci-dessous p. à la note 516.

<sup>492</sup>) Dans mon projet l'Art. 12 dispose: „Le caractère d'un rapport juridique peut provoquer l'application par analogie d'une loi, obligatoire en matière de rapports similaires“.

<sup>493</sup>) C'est l'avis de M. G. Del Vecchio, § I p. 11. Comp. G. Pacchioni, N° 6 p. 8, N° 8 p. 11, N° 14 p. 17, 18.

<sup>494</sup>) C'est l'avis de M. E. Swoboda, N° VI p. 357 (Extr. p. 27).

dispositions préliminaires du C. c. italien visent les „principes généraux de la législation italienne actuelle<sup>495)</sup>.

Des autres Codes civils<sup>496)</sup> qui renvoient le juge aux principes généraux du droit, disposent

le C. c. du Brésil, Introduction, Art. 7: „Aux cas non prévus s'appliquent les dispositions concernant les cas analogues, et, s'il n'y en a pas, les principes généraux du droit“.

Le C. c. Pan-Américain, Art. 20 distingue deux cas. Si la loi „n'est pas applicable exactement“, en présence de controverses, il faut appliquer la coutume, l'analogie, les principes généraux du droit, la doctrine et la jurisprudence de la plus grande autorité<sup>497)</sup>. Dans les cas, non prévus par la loi, il faut décider selon la coutume, et, à défaut d'une coutume, selon la règle que le juge établirait en étant législateur<sup>498)</sup>,

le C. c. de la Chine Art. 1: „En matière civile, à défaut de disposition légale applicable, on suit la coutume, et, à défaut de coutume, les principes généraux du droit“<sup>497)</sup>.

Nous voyons donc la grande importance des principes fondamentaux de la législation actuelle. Déjà M. Ed. Lambert<sup>499)</sup> souligne cela, et M. L. Jossierand<sup>500)</sup> déclare que les principes fondamentaux représentent „l'armature de toutes les législations à toute époque et dans tout pays“. M. A. A. Al-Sanhoury<sup>501)</sup>, dans un excellent ouvrage, a attiré l'attention

---

<sup>495)</sup> Voir G. Del Vecchio, § I p. 11 à la note 1, G. Pacchioni, N° 1 p. 3 note 1, comp. p. 4 note 1, M. Rotondi, *Il diritto*, p. 12.

Le rapport de la commission en matière des dispositions préliminaires du projet de Code civil italien, Livre I, souligne justement p. 5 que les Dispositions préliminaires ne visent pas seulement les règles d'interprétation du Code civil italien, mais de la législation italienne tout entière. Aussi souligne-t-il, p. 11/12, que les „principes généraux du droit“ représentent les „principes généraux du droit actuel“ („*del diritto vigente*“).

<sup>496)</sup> Comp. le rapport de la commission du projet de Code civil italien, p. 11.

<sup>497)</sup> On remarque l'influence du C. c. italien. (V. ci-dessus à la note 490.

<sup>498)</sup> C'est la formule du C. c. suisse. (ci-dessus à la note 483).

<sup>499)</sup> Introduction, p. 12 s. Comp. Éd. Lambert, *Préface* à A. A. Al-Sanhoury, p. XIX s.

<sup>500)</sup> Esprit, N° 1 p. 1. Comp. J. Bonnetcase, *Introduction*, N° 160 p. 252—254, A. Gropali, p. 331, E. S woboda, N° II p. 336 s. (Extr. p. 7 s.).

<sup>501)</sup> p. 139 s., p. 232 s., p. 326 s.

sur le rôle des standards dans le droit anglais, en distinguant quelques catégories de standards<sup>502</sup>). Il faut remarquer que les standards ne sont pas tous des principes fondamentaux<sup>503</sup>) et ressemblent plutôt aux *regulae iuris* du droit romain que Justinien a collectionné dans un titre de ses Digestes (D 50, 17), sans distinction<sup>504</sup>). C'est plutôt pour le tribunal d'équité (*bonae fidei iudicium*) que les juristes romains ont formulé des principes fondamentaux qui régissent ce tribunal<sup>505</sup>).

En tenant compte des principes fondamentaux de la législation actuelle, en ne négligeant pas les plus nouveaux, nous pourrons suivre l'évolution sociale et économique et satisfaire non seulement aux exigences de la vie, mais aussi aux exigences des impératifs de l'idée du droit, réalisés dans la législation actuelle<sup>506</sup>).

C'est donc le devoir de la science et de la législation, de former les principes fondamentaux<sup>507</sup>).

Les principes fondamentaux peuvent servir, de plus, au rapprochement des droits de différents pays<sup>508</sup>).

Une unification internationale des principes fondamentaux déduits des législations nationales des différents pays, attribuera sans doute au rapprochement des droits de ces pays<sup>509</sup>), comme la ratification du type de Code civil Pan-Américain<sup>510</sup>) rapprochera sans doute les droits des pays ratifiants<sup>511</sup>).

Le premier pas vers cette unification internationale sera fait par la réalisation du projet de M. H. Lévy-Ullmann<sup>512</sup>),

---

502) Comp. J. Dabin, N° 7 p. 26 — 30, G. Ripert, T. I N° 215 p. 94.

503) Sur la distinction des principes fondamentaux et des principes généraux. V. ci-dessus aux notes 27 et 28.

504) Comp. B. Brugi, p. 38 s.

505) V. Lyskowski, *Quid*, p. 157 s.

506) Comp. ci-dessus p. 17 s., H. Capitant, T. I N° 25 p. 37.

507) Comp. G. Cornil, *Autorité*, p. 120 et ci-dessous note 513.

508) Comp. M. Rotondi, *Il diritto*, p. 15—22, E. Swoboda, p. 337—340 (Extr. p. 7—10).

509) Comp. Ed. Lambert, p. 126—149, Ed. Lambert, *droit comparé*, M. Rotondi *Il diritto*, p. 17 s.

510) En août 1932 effectuée déjà de la part de 14 Etats.

511) Comp. F. Cosentini, *Codigo*, p. 3 s., p. 53 (Art. 4) et le même auteur, *La science* p. 373.

512) *Projet*, p. 38 s.

présenté en 1926 à l'Académie Internationale de droit comparé à la Haye, qui recommande „la confection d'une collection des principes fondamentaux du droit civil et du droit commercial dans les différents pays“<sup>513</sup>).

Les principes fondamentaux unifiés serviront de directive à l'interprétation des différentes législations et au comblement des lacunes de ces législations. Il formeront donc une base commune à ces législations<sup>514</sup>).

Il ne faut pas objecter que c'est une vaine tentative que d'améliorer l'état de choses à l'aide des principes fondamentaux de la législation actuelle et que la meilleure manière consiste à donner des dispositions casuistiques pour les cas qui sont les plus nombreux dans la pratique<sup>515</sup>). Les autres cas seront décidés par l'analogie<sup>516</sup>). C'est de cette manière qu'on croit garantir la sécurité des rapports et l'uniformité de la jurispru-

---

<sup>513</sup>) En accord avec ce projet la Section I (Générale) du Congrès International de droit comparé à la Haye, a adopté, en août 1932, „le voeu que tout corps de droit pose des principes généraux aussi précis que possible, tout en leur laissant la souplesse nécessaire pour permettre aux juges de les adapter aux complexités et aux transformations de la vie sociale“.

<sup>514</sup>) M. A. S. de Bustamante, *Introduction*, p. VI souligne justement que la situation commune des peuples contemporains produit nécessairement des idées juridiques communes.

<sup>515</sup>) En droit romain cette méthode paraît être suivie par Julien qui prononça les mots connus: „Ni les lois, ni les sénatus-consultes ne peuvent pas embrasser tous les cas qui se passent quelque part, mais il suffit qu'ils embrassent ce qui se passent pour la plupart“. (D 1, 3, 10 *Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri*).

Et pourtant Celse, le célèbre antagoniste de Julien proclama la devise que „le droit est „le système“ (comp. B. Biondi, p. 29 à la note 1) du bien et du juste (D 1, 1, 1, pr. *ius est ars boni et aequi*). C'est une preuve de la décadence progressive de la science du droit romain qu'on a abandonné ce point de vue. V. ci-dessus aux notes 10 et 11. Au lieu de tâcher de réaliser la justice dans chaque cas particulier on a commencé de „faire le jeu“ avec les dispositions particulières. Le remède de Justinien, effectué par l'incorporation des matériaux juridiques de l'époque classique ne pouvait pas suffire, vu que la situation sociale et économique n'a pas été la même. Comp. Lyskowski, *Les facteurs intérieurs*.

<sup>516</sup>) Comp. ci-dessus à la note 491.

dence, vu que pour chaque cas le juge aura une base légale. Il ne faut donc pas revenir sur un point de vue réfuté par l'expérience.

D'abord il faut repliquer qu'il ne s'agit pas du tout de revenir sur un point de vue „surannée“, mais d'une méthode qui permet de mieux tenir compte de l'esprit et des idées directrices de la législation actuelle.

Ensuite, la base légale des jugements ne sera pas du tout abandonnée, vu que les principes fondamentaux sont basés, eux-aussi, sur la loi, en tenant compte de l'ensemble de la législation actuelle<sup>517</sup>).

Il s'agit donc d'un progrès dans l'interprétation des dispositions légales<sup>518</sup>).

---

---

<sup>517</sup>) Comp. ci-dessus aux notes 365 s.

<sup>518</sup>) C'est exprimé aussi par la résolution adoptée par la Section I (générale) du Congrès international de droit comparé à la Haye en août 1932. Voir ci-dessus note 513.



## OUVRAGES CITÉS.

(Les chiffres indiquent les notes).

- A. Achilles — Bürgerl. Gesetzbuch, Leipzig, W. de Gruyter et Co: 26, 207, 287, 288, 473.
- E. Albertario — *Iustum pretium*, Bullett. dell'Istit. di dir. rom., T. 31, 1921: 185.
- Ch. Appleton — Les rapports traditionnels de la morale et du droit, Extr. de la Revue générale du droit Paris, Boccard, 1931, avril-juin: 97, 281.
- , l'abus — Exercices pratiques dans l'enseignement du droit romain et plan d'un cours sur l'abus du droit, Extr. de la Revue internationale de l'enseignement, 1924, 15 mai — 15 juin, p. 148 s.: 240, 281.
- C. Arnò — Di una „magna varietas“ tra Muciani e Serviani in tema di „damnum iniuria datum“, Studi in memoria di Aldo Albertoni, Vol. I, Pavia, Cedam, 1932: 99.
- A. Azara — Delle disposizioni preliminari nel progetto di C. civile, Estr. della Rivista di dir. pubbl. e la Giust. Amm. fasc. V, Tivoli, Mantero, 1931: 470, 471, 490.
- E. Balogh — Urheber und Alter der Fiktion des Cornelischen Gesetzes, Studi in onore di P. Bonfante, Vol. IV, Pavia, 1930, p. 626—691: 290.
- E. Bautro — L'idée de holopluralisme chez Spinoza, en polonais, Lwow, 1932: 33, 269.
- E. I. Bekker — Grundbegriffe des Rechts, 1910: 48.
- , Recht — Recht muss Recht bleiben, 1896: 2.
- N. Berdiaeff — Un nouveau moyen âge. Traduit du russe. Paris, Plon, 1930: 52.
- H. Bergson — Les deux sources de la morale et de la religion, Paris, Alcan, 1932: 119.
- H. Berthélemy — Traité de droit administratif, 12 éd., Paris, A. Rousseau. 1930: 124.
- B. Biondi — Prospettive romanistiche, Milano, „Vita e Pensiero“, 1933: 515.

- W. Bitner — Les axiomes du droit, en polonais, Varsovie, 1931: 89.
- P. Bonfante — La data della lesione enorme, *Rivista del dir comm. e del dir. gen. delle obblig.* T. 19, Milano, 1921: 185.
- , Europa — Europa, *Estr. della Riv. Intern. di filos. del diritto*, XIII, Roma 1933, fast. 1 et 2: 120.
- J. Bonnet, Introduction — Introduction à l'étude du droit, 2 éd., Paris, Sirey, 1931: 53, 56, 57, 88, 262, 364, 487, 500.
- , Science du droit — Science du droit et romantisme, Paris, Sirey, 1928: 4, 53, 132, 139.
- , Science juridique — Science juridique française, *Extr. de la Revue générale du droit*, Paris, Boccard, 1929: 2.
- G. Brini — Schema per un Codice civile nella Repubblica di Sammarino, Bologna, Garaguani, 1898: 128 (Art. XVIII).
- B. Brugi — Le „regulae iuris“ dei giuriconsulti romani, *Studi filos. - giurid. dedicati a G. Del Vecchio*, T. I, Modena, 1930: 504.
- W. W. Buckland — Culpa and bona fides in the actio ex empto, *Law Quarterly Review*, April, 1932, p. 217 s.: 114, 312.
- W. Burckhardt — Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel, 1927: 1, 2, 177, 244, 477, 478.
- , L'État — L'État et le droit, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, T. 50, Basel, 1931, p. 137a—218a: 82.
- A. S. de Bustamante — (comp. C. c. Pan-Américain): 514.
- H. Capitant, T. I. — A. Colin et H. Capitant, *Cours de droit civil français*, I, 7-ième éd., Paris, Dalloz, 1931: 21, 32, 34, 72, 76, 77, 118, 197, 267, 323, 452, 455, 456, 506.
- , L'abus — Sur l'abus des droits, *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, Sirey, 1928 N° 2, p. 365 s.: 140, 245, 277, 297, 301, 343, 356.
- , Les effets — Les effets des obligations, *Revue trim. de droit civil*, 1932 N° 3, p. 721 s. (compte rendu de l'ouvrage R. Demogue, *Traité*, T. VI): 18.
- , Introduction — Introduction à l'étude du droit civil, 4-ième éd., Paris, Pédone, 1925: 118.
- , Préface — Préface à l'ouvrage de H. et L. Mazeaud: 12.
- R. Capitant — L'illicite, T. I. L'impératif juridique, Paris, Dalloz, 1928: 26, 63, 125, 145, 171.
- Ch. Cardahi — Le projet de Code des obligations du Liban, *Bulletin de la Soc. de légis. comp.*, Paris, 1931 N°s 10—12, p. 611—684: 404.
- R. Carré de Malberg — La loi, expression de la volonté générale, Paris, Sirey, 1931: 39.

- J. Chipman Gray — : 20.
- C. c. allemand (de 1896) — traduction française, Paris, Librairie générale de droit, 1929: 186, 205, 213, 214, (§ 138, 2); 249, 287 (§ 226); 288 (§ 826); 424 s. (§ 226); 474.
- C. c. autrichien (de 1811) — trad. française, Paris, Joubert, 1837: 101 (§ 1306); 125 (§ 16); 186, 188 s. (§ 934); 204 s. (§ 879); 249, 289, 291, 434 (§§ 1295, 1305); 470, 471, 493—495 (§§ 6, 7).
- C. c. belge (de 1807) — voir C. c. français.
- C. c. du Brésil (de 1916) — trad. française, Paris, Imprimerie Nationale, 1928: 186, (Art. 86); 496 (Art. 7).
- C. c. de la Chine (de 1929) — trad. française, Paris, Sirey, 1930: 13 (Art. 36); 186 (Art. 74); 249, 292, 427 s. (Art. 148); 496 s. (Art. 1).
- C. c. espagnol (de 1889) — trad. française, Paris, Pédone, 1904: 186 (Art. 1265).
- C. c. français (de 1804) — 49 (Art. 1134); 138 (Art. 4); 166 s., 172 s. (Art. 1134); 186, 190 s. (Art. 1674); 198 Art. 1118), 211 (Art. 1769); 225 (Art. 1148); 240 s. (Art. 544); 301 (Art. 1382); 477 (Art. 4).
- C. c. italien (de 1865) — 186, 191 (Art. 1529); 225 (Art. 1226); 470, 471, 490—495 (Disp. prélim. Art. 3).
- C. c. du Japon (de 1896 et 1898) — trad. allemande, Berlin, Heymann, 1927; 186, (Art. 95), 285 s., 474.
- C. c. néerlandais (de 1837) — trad. française, Paris, Librairie générale de droit, 1921: 186 (Art. 1357).
- C. c. Pan-Américain — voir Cosentini, Codice.
- C. c. Polonais (de 1808) — édition du texte polonais et du texte français en vigueur, par J. J. Litauer, avocat, membre de la commission de codification, Varsovie, Hoesick, 1929: voir C. c. français.
- e. soviétique (de 1922) — Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, T. 9, Paris, M. Giard, 1925, avec Préface et Introduction par Ed. Lambert et J. Patouillet: 60 (Art. 1); 186 (Art. 33); 357 s., 426 (Art. 1); 474.
- C. c. suisse (de 1907) — : 126 (Art. 27—30); 249, 306, 331, 406, 425, (Art. 2); 472, 483, 484 (Art. 1).
- C. o. suisse (de 1911) — 186, 206, (Art. 21); 212 (Art. 373, 2); 322 (Art. 323).
- C. c. de la Turquie — depuis 1927 le C. c. et le C. o. suisses.
- A. Colin et H. Capitant — Cours de droit civil français, T. I—III, 2 éd., Paris, Dalloz, 1920: 196, 197, 211.
- P. Collinet — : 47.
- Congrès intern. de droit comparé à la Haye, en 1932 —: 513, 518.
- G. Cornil — Le droit privé. Essai de sociologie juridique. Préface de M. Ed. Lambert, Paris, M. Giard, 1924: 15, 58, 69, 123, 132, 177, 209, 241, 244, 275, 306, 318.
- , Ancien — Ancien droit romain, Paris, Sirey, 1930: 137.

- , Autorité — Autorité de la loi et autonomie de la jurisprudence, *Mémoires de l'Académie Internationale de droit comparé* T. I, Paris, Rivière, 1928, p. 110—125: 178, 247, 266.
- , Juge — Le Juge et l'Équité, *Revue de l'Université de Bruxelles*, Nr. 2, Décembre 1931 — Janvier 1932, p. 183 s.: 178.
- , propriété — Le problème juridique de la propriété. Extr. des *Bulletins de la Classe des Lettres de l'Académie Royale de Belgique*, Séance du 6 mai 1931, Bruxelles, 1931: 242.
- F. Cosentini — La réforme de la législation civile, Paris, Librairie générale de droit, 1913: 13, 71, 128, 169.
- , Código — Código civil Pan-Americano. Título Preliminar, publié par Prof. F. Cosentini, avec Introduction del Prof. A. Sanchez de Bustamante, Habana, „Vox populorum“, Prado 64, 1929: 493 (Art. 20), 510, 511 (Art. 4).
- , La science — La science du droit comparé et l'American Common Law, *Bullet. de la Société de législation comparé*, 1932, Nos 7—12, p. 368 s.: 128, 511.
- Cujas — : 47.
- E. Cuq — Manuel des institutions juridiques des Romains, 2 éd., Paris, Plon, 1928: 184.
- J. Dabin — La philosophie de l'ordre juridique positif, Paris, Sirey, 1929: 36, 38, 50, 51, 53, 54, 68, 71, 74, 78, 80, 92, 94, 109, 111, 112, 116, 118, 161, 162, 165, 173, 181, 186, 197, 199, 201, 237, 262, 449, 462—466, 502.
- Dalloz — Nouveau Code civil annoté, Bureau de la Jurisprudence générale: 193.
- Déclantion des droits de l'homme — : 5, 123, 137.
- R. Demogue — Notions fondamentales du droit privé, Paris, A. Rousseau, 1911: 2, 116, 117, 139, 182.
- , Traité — Traité des obligations en général. T. I—VI, Paris, A. Rousseau, 1923—1932: 9, 26, 169, 172, 186, 189—191, 198, 203, 207, 209, 231, 236, 274, 275, 283 s.
- Disposition exceptionnelle — : 23, 26, 42, 53, 177, 179, 181, 197, 375, 454, 461.
- Droit anglo-américain — voir A. Kuhn.
- Droit naturel — : 51, (68), 71 s., (81), (84), 93, 463, 465, 493—495.
- Droit romain — : 6, 11, 25, 26, 32, 40, 41, 43, 68, 74, 94, 99—103, 105, 114, 122, 123, 137, 144, 163, 179, 183 s., 240, 250—259, 261, 268, 271, 273, 278, 312, 320, 405, 412, 441, 453, 515.
- L. Duguit — Traité de droit constitutionnel, T. I. II, 2 éd., Paris, Bocard, 1927: 48, 53, 87, 139, 153, 155, 401.

- A. Egger — Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, T. I. 2-ème éd., Zürich, Schulthess & Co, 1928: 1, 2, 26, 111, 118, 126, 128, 129, 134, 135, 271, 305, 306, 309 s., 421, 472, 477, 478. 486, 489, 491.
- B. Eliachevitch — Traité de droit civil et commercial des Soviets, par B. Eliachevitch, P. Tager, Baron, B. Nolde. Préface de H. Capitant, T. I.—III, Paris, Librairie générale de droit, 1930: 358.
- K. Fees — Die Krisis im Recht, Karlsruhe, 1931: 59.
- H. Fehr — Recht und Wirklichkeit, Zürich, 1927: 87, 119.
- G. Ferrero — Grandeur et Décadence de Rome. Vol. I—VI, Paris, Plon, 1921—1924: 11.
- R. Fubini — Vers le nouveau Code civil italien, Revue trimestrielle de droit civil, T. 27 N° 1, 1928, p. 75—98: 201.
- L. Le Fur — Essai d'une définition synthétique du droit, Bulletin de la Soc. de législ. comp. T. 59, 1930: 2, 3, 38, 52, 57, 71, 77, 90, 361, 367.
- , Droit individuel — Droit individuel et droit social, Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1931, Nos 3—4, p. 279 s.: 48.
- V. Ganeff — Les notions juridiques. Studi filos-giurid. dedicati a G. del Vecchio, T. I, 1930: 368.
- Fr. Geny, Conflit — Le conflit du droit naturel et de la loi positive, Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F. T. 49, Zürich, 1930: 23, 132.
- , Méthode — Méthode d'interprétation, 2-ème éd. T. I, II, Paris, Librairie générale de droit, 1919: 1, 2, 58, 118, 306, 323, 477, 478.
- , Science — Science et technique en droit privé positif, T. I—IV, Paris, Sirey, 1921—1927: 1, 2, 53, 58, 71, 74, 83, 92, 118, 139, 145, 149, 150, 153, 169, 262, 477.
- O. Gierke — Deutsches Privatrecht, T. I, 1895: 44—46, 48, 52, 53.
- P. F. Girard — Manuel de droit romain, 8-ième éd. par F. Senn. Paris, Rousseau, 1928: 185, 263.
- A. Groppali — La interpretazione delle legge e le nuovi correnti del pensiero filosofico, Studi filos. giurid. ded. a G. del Vecchio T. I, 1930: 500.
- G. Grosso: — : 74.
- H. Grotius — : 231.
- G. Gurvitch — Une philosophie intuitioniste du droit. Leon Petrażycki (pron. Pétrasizky), Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1931, Nos 3—4, p. 403 s.: 119.

- , Droit social — L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII<sup>e</sup> siècle jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Paris, Sirey, 1932: 154 s.
- A. Hägerström — : 53.
- L. Halban — Postulats juridiques de la chrétienté, Revue Générale, Cracovie, T. 194, 1932, avril, p. 20—47 (en polonais): 84.
- J. W. Hedemann — Einführung in die Rechtswissenschaft, 2-ième éd., 1927: 53.
- Henning Holm-Nielsen — Haftung für unerlaubte Handlungen (Rapport présenté au Congrès international de droit comparé à la Haye, en août 1932, paraîtra dans les Actes de l'Académie Internationale de droit comparé, Paris, Sirey): 105.
- E. Huber, Das Absolute — Das Absolute im Recht, Bern, 1922: 64, 66, 86.
- , Recht — Recht und Rechtsverwirklichung, 2-ème éd., Basel, 1925: 2, 16, 37, 53, 55, 61, 63, 65, 66, 69, 94, 96, 97, 181, 368, 448, 459, 477—479, 484.
- E. Jarra — Théorie générale du droit, 2-ième éd., en polonais, Varsovie, 1922: 53, 87.
- , L'idea — L'idea dell' assoluto nella filosofia giuridica polacca, Studi filos.-giurid. ded. a G. del Vecchio, T. 1, 1930: 86.
- G. Jellinek — Allgemeine Staatslehre, 1900: 2.
- O. Jonescu — La notion de droit subjectif dans le droit privé. Préfacé de G. Ripert, Paris, Sirey, 1931: 137, 142, 146, 153.
- J. Josserand — Cours de droit civil positif français, T. 1, Paris, Sirey, 1930: 26, 197, 386.
- , Esprit — Essais de téléologie juridique, I. De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits. Paris, Dalloz, 1927: 7, 9, 35, 38, 61, 97, 111, 123, 124, 137, 169, 210, 240 s., 500.
- , Mobiles — Essais de téléologie juridique, II. Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Paris, Dalloz, 1928: 78.
- I. van Kan — Les efforts de codification en France, Paris, A. Rousseau, 1929: 5, 6, 123, 266.
- v. Kirchmann — Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Berlin, J. Springer, 1848: 182.
- F. Klein — Die treibenden Kräfte der modernen Rechtswissenschaft, Wien, Manz, 1910: 1.
- J. Kohler — Menschenhülfe im Privatrecht, Jherings Jahrb., T. 25, 1886: 80.

- H. Krüger — Die humanitas und die pietas nach den Quellen des römischen Rechtes, Zeitschr. d. Sav. St., Rom. Abt., T. 19, 1898: 183.
- J. Krzywicki — La faute et le risque comme bases de la responsabilité civile, en polonais, Varsovie, 1931: 105.
- B. Kübler — Geschichte des römischen Rechts, 1925: 47.
- A. K. Kuhn — Principes de droit anglo-américain, Paris, Librairie Générale de droit, 1924: 107, 186, 285, 432, (481), (502).
- Éd. Lambert — Le droit commun de la S. d. N. Ses organes à venir, Mémoires de l'Académie Internationale de droit comparé, T. I, Paris, M. Rivière, 1928: 509.
- , droit comparé — Le droit comparé et la formation d'une conscience juridique internationale, Extr. de la Revue de l'Université de Lyon (Secrétariat: Quai Claude-Bernard 18), 1929, décembre: 509.
- , Introduction — Introduction au C. c. soviétique (Voir C. c. soviétique): 107, 113, 169, 359, 366, 499.
- , Préface à G. Cornil — (voir G. Cornil): 2, 282.
- , Préface à A. A. Al-Sanhoury — (comp. A. A. Al-Sanhoury):
- L. Landucci — La lesione enorme nella compra e vendita, Atti del R. Istituto Veneta di Scienze, T. 75, Venise, 1916: 184.
- F. Larnaude, L'unification — L'unification législative entre la France et l'Italie (Obligations et Contrats), Bulletin de la Soc. de législ. comp., T. 59, Nos 1—3, 1930, p. 81—156: 201, 403.
- , Rapport — Rapport à M. le Garde des Sceaux sur l'unification législative, Paris, Les Editions internationales, 1928: 201, 403.
- G. Leibholz — Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, Paris, Sirey, 1931, Nos 1—2, p. 207 s.: 2.
- R. Lemkin — Les principes essentiels du Code pénal polonais de 1932, Revue Polonaise de Législation civile et criminelle, Section: Législation criminelle, vol. III/IV, 1932, Varsovie, Bibliothèque Juridique, p. 13 s.: 394.
- O. Lenel — Das Edictum perpetuum, 3-ème éd., 1927: 103.
- H. Lévy-Bruhl — La formule vindicatoire, Revue hist. de droit fr. et étr., 1932, p. 605 s.: 137.
- H. Lévy-Ullmann — Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques I. La définition du droit, Paris, Sirey, 1917: 38.

- , *Projet* — *Projet de confection d'une Collection d'exposés généraux fondamentaux du droit civil et du droit commercial dans les différents pays. Mémoires de l'Académie Internationale de droit comparé Paris, M. Rivière, T. I, 1928, p. 38 s.: 512.*
- R. Loening — *Wesen und Wurzel des Rechts, 1907: 2.*
- R. Longchamps (de Berier) — *Introduction à l'étude du droit civil, en polonais, Lublin, 1922: 318. (comp. Projet polonais du droit des obligations).*
- A. V. Lundstedt — *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Erster Band, Die falschen Vorstellungen von objectivem Recht und subjectiven Rechten, Berlin — Grunewald, W. Rothschild, 1932: 53, 63, 153, 156—158.*
- Lyskowski (I. de Koschembahr-Lyskowski) — *Die condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht, T. I, II. 1903, 1907: 232.*
- , *Conventiones* — *Conventiones contra bonos mores dans le droit romain, Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil, Paris, Sirey, 1926: 26, 323.*
- , *L'élément* — *L'élément social et l'élément étatique dans le droit romain privé. Les origines de la negotiorum gestio, en polonais, Résumé français dans la Themis polonaise, Série III, Vol. I, Supplément français, Varsovie, Palais Staszic, 1923: 80, 265.*
- , *Exceptionen* — *Theorie der Exceptionen nach klass. röm. Recht. 1893: 251.*
- , *facteurs intérieurs* — *Les facteurs intérieurs de l'évolution du droit romain. Rapport au VII-e Congrès intern. des sciences hist. 1933. „La Pologne au VII-e Congr. int. des sc. hist., vol. I p. 243—250, Varsovie, Société polonaise d'histoire, Université, 1933: 47, 515.*
- , *Naturalis* — *Naturalis ratio en droit classique romain, Studi in onore di P. Bonfante, T. III, Pavia, 1929: 43, 68, 74, 163, 261.*
- , *Notion* — *Notion du droit, en polonais, Lwów, 1911: 69.*
- , *projet* — *Projet de Code civil de la République de Pologne, Livre I, Dispositions générales, (Art. 1—169), Revue polonaise de législation civile et criminelle, Section civile, Vol. I fasc. 1, 1928, Annexe 1; Vol. III, 1930, Annexe 2; Vol. IV, 1931, Annexe 1, Varsovie, Mokotowska 14 et Paris, Sirey: 13 (Art. 150); 26 (Art. 46); (60) (Art. 1); 98 (Art. 10, 18); 127 s. (Art. 45—50); 231 (Art. 167); 249 (Art. 18); 362 s. (Art. 1); 372 (Art. 45); 414 (Art. 49); 411 s. (Art. 18—20); 467 (Art. 9);*



- 480—482 (Art. 10); 492 (Art. 12). Trad. allemande des Art. 1—161 dans la *Review of Polish law and Economics-Zeitschrift für polnisches Recht u. Wirtschaftswesen*, Varsovie, Hoza 37, Dr. L. Langrod, avocat, Vol. I N° 2, 1928, Anlage, et Vol. III, 1931, p. 75 s. (L'édition de la „Zeitschrift” est suspendue). Trad. italienne dans la *Rivista di diritto privato*, Padova, Cedam, Anno I, 1931, N° 1 p. 43 s.; N° 2 p. 125 s., Anno II, 1932, N° 4 p. 308 s.
- , Quelques — Quelques dispositions générales d'un projet de Code civil polonais, *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, 1928 N° 3: 20, 140, 143, 148, 169, 178, 362, 363, 368, 475.
- , Quid — Quid veniat in bonae fidei iudicium en droit classique romain, *Studi in onore di S. Riccobono*, Vol. II, Palermo, 1932 p. 149 s.: 104, 114, 137, 250, 312, 505.
- , Réparation — La réparation morale dans la législation polonaise la plus récente, Rapport présenté au Congrès international de droit comparé à la Haye en août 1932, publié dans la *Themis Polonaise* (Varsovie, Palais Staszic), Série III, Vol. VII 1932: 131, 303, (442).
- W. Makowski — De la conception du droit social, en polonais, dans la revue „Mouvement juridique, économique et sociologique”, Poznań, T. XIII (1933), fasc. I, p. 14 s.: 61.
- B. S. Markowitch — Essai sur les rapports entre la notion de justice et l'élaboration du droit privé positif (Collection d'Études théoriques et pratiques de droit étranger, de droit comparé et de droit international, sous la direction de M. Henry Lévy-Ullmann, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris), Paris, A. Rousseau, 1930: 34, 65.
- J. Maury — Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, T. I, II, Paris, Jouve, 1920: 231, 234—236, 441.
- H. et L. Mazeaud — Traité de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle. Préface de M. Henri Capitant. T. I, II, Paris, Sirey, 1931: 128, 239, 245, 275, 276, 281, 282, 294, 301, 308, 332, 351, 404.
- L. Mitteis — Römisches Privatrecht, T. I, 1908: 137.
- A. Mogilnicki — Les limites de l'interprétation de la loi, en polonais, *Journal des tribunaux*, Varsovie, 1930 N° 23: 1.

- , Droit — Est-ce que le Droit a une raison d'être?, en polonais. *Journal des tribunaux*, Varsovie, 1932 N° 2 p. 31 s.: 113.
- A. Montel — Considerazioni sull' art. 22 del Progetto Italo-Francese di codice delle obbligazioni e dei contratti, *Estr. della Rivista „Il Foro Subalpino”* Alessandria F-lli Grasso, 1930, fasc 12: 185, 186, 192, 196, 204.
- G. Morin — Vers la révision de la technique juridique. *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Paris, Sirey, 1931, Nos 1—2, p. 73 s.: 17.
- I. C. Naber — De iure et consuetudine, *Oratio*, Utrecht, I. van Druten, 1923: 3.
- , Hugo Grotius — Hugo Grotius, *Iuris romani et iurisprudentiae comparatricis cultor*, Mémoires de l'Académie Internationale de droit comparé, Paris, Rivière, T. I. 1928, p. 51 s.: 231.
- H. Oser — Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, T. V. Das Obligationenrecht, Zürich, Schulthess & Co, 1915: 26, 207.
- G. Pacchioni — I principii generali di diritto, *Estr. dall'Archivio Giuridico*, T. 91, fasc. 2, Modena, 1924 2, 81, 164, 477, 487, 491, 493, 495.
- H. de Page — De l'interprétation des lois. T. I, II, Paris, Sirey, 1925: 2, 39, 169, 175, 210, 220, 299, 491.
- , Gouvernement — A propos du Gouvernement des juges, Paris, Sirey, 1931: 321.
- E. W. Patterson — La philosophie du droit en Amérique, *Revue trim. de droit civil*, Paris, Sirey, 1930, N° 4, p. 973 s.: 20, 94.
- J. Pérftech — La volonté des particuliers comme créatrice des droits privés, *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, Sirey, 1929, N° 1, p. 5 s.: 169, 170,
- A. Pernice — Labeo, *Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, T. I—III 1873—1900 (T. II en 2 parties, 2-ème éd., 1895, 1900): 102, 123, 441.
- , privatrechtliche — Der privatrechtliche Standpunkt in der Lehre der römischen Juristen, *Parerga IX (Zeitschr. d. Sav. St. Rom. Abt., T. 19, 1898)*: 43, 179, 412.
- , Res communes — Die sog. res communes omnium, *Extr. de la Festgabe für H. Dernburg*, 1900: 91.
- M. Perrin — Le dol dans la formation des actes juridiques, Paris, Dalloz, 1931: 9.
- E. Picard — Le droit pur. Paris, Flammarion, 1919: 8, 10, 13, 38, 52, 65, 85, 89, 137.
- H. Piętko — L'équité en théorie et en pratique, en polonais, Varsovie, 1929: 181.

- L. Piniński — La notion et les limites du droit de propriété, en polonais, Lwow, 1900, en allemand, Wien, 1902: 240, 242.
- M. Planiol et G. Ripert — Traité de droit civil français, T. I—XII, Paris, Librairie générale de droit, 1925—1930: 110.
- Porcherot — : 389.
- Portalis — : 247.
- Pothier — : 192, 196.
- R. Pound — : 94.
- Projet franco-italien — Projet de Code des obligations et des contrats. Texte définitif approuvé à Paris en octobre 1927, avec Rapport de la Commission, en italien et en français, Roma, Provveditorato Generale dello Stato, Libreria, 1928: 201 s. (Art. 22), 234 Art. 73), 249, 403 s. 438 (Art. 74,2).
- Projet de C. c. de la Hongrie: 290.
- Projet de Code des obligations du Liban — voir Ch. Cardahi.
- Projet italien de Code civil, Livre I — Commissione Reale per la riforma dei codici, Codice civile, Primo Libro, Progetto, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, Libreria, 1930: 127 (Art. 6—12); 470, 471, 490—495 (Disp. prélim. Art. 3); Rapport de la Commission (Relazione sul Progetto) 1931: 471, 479, 490, 496 (Disp. prélim. Art. 3).
- Projet polonais du Droit des obligations, Partie générale — Code des obligations de la République de Pologne. Partie générale, Projet, élaboré par E. Till, avec le concours de M. Allerhand, A. Dolinski, R. Longchamps de Berier, K. Stefko, Revue polonaise (voir ci-dessus Lyskowski), Vol. I fasc. 1, 1928, Annexe 2 et Contre-projet, élaboré par L. Domański, avocat, membre de la commission de codification, Revue Polonaise (ci-dessus), Vol. III, 1930, Annexe 1: 128 (Art. 93; 180), 226 s. (Art. 195; 298); 234 (Art. 105—108: 142—143).
- Partie spéciale. Projet élaboré par E. Till et R. Longchamps de Berier, Revue polonaise (ci-dessus), Vol. I, fasc. 2, 1928, Annexe.
- Projet tchécoslovaque de Code civil — Das bürgerliche Gesetzbuch für die Cechoslovakische Republik. Übersetzung des Entwurfs der Kommission für die Revision des ABGB. Herausggb. vom Justizministerium der Cechoslovakischen Republik, Reichenberg i. B., Stiepel, 1929: 222 (§ 1342).

- K. Przybylowski — L'influence du changement de la situation sur les obligations, en polonais, *Revue du droit et de l'administration*, T. 51, Lwow 1926: 186, 209, 212, 213, 218—220, 222—225, 227, 318.
- , Clausula — Clausula rebus sic stantibus, en polonais: Extr. de l'Encyclopédie de droit civili, Varsovie, 1932, 213, 214, 318.
- , La clause, — La clause Rebus sic stantibus dans l'évolution historique, en polonais, dans les périodiques *Mémoires d'histoire du droit*, sous la rédaction de M. P. Dąbkowski, T. III, fasc. 1, Lwow, 1926: 224.
- G. Renard, Le Droit — *Le Droit, la Justice et la Volonté*. Paris, Sirey, 1924: 2, 53.
- , Institution — *La Théorie de l'Institution*. Paris, Sirey, 1930: 2, 75.
- , La valeur — *La valeur de la loi*. Paris, Sirey, 1928: 1, 75, 461.
- , Leges — *La théorie des leges mere poenales*. Mélanges Maurice Hauriou. Paris, Sirey, 1929: 38, 64, 209, 469.
- G. Renard et L. Trotabas — *La fonction sociale de la propriété privée*. Paris, Sirey, 1930: 242.
- F. Rensing — *Die Widerrechtlichkeit als Schadensersatzgrund*. Fribourg (Suisse), 1892: 26.
- S. Riccobono — *Il domma della volontà nel diritto*. Prefazione alla nuova edizione dei „Negozii Giuridici” di V. Sciajola. Roma („Foro Italiano”), 1933: 49.
- G. Ripert — *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris, Librairie générale de droit, 1925: 13, 78, 95, 97, 209, 231, 236, 275, 300, 370, 389.
- Abus — *Abus ou relativité des droits*. Extr. de la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Paris, Librairie Générale de droit, 1929: 240, 241, 243, 245, 275, 282, 345, 349 s., 437 s.
- , Préface — (comp. O. Jonescu): 145.
- , T. I — *Traité de droit civil par M. Planiol*, 12-ème éd., avec la collaboration de G. Ripert, T. I. Paris, Librairie Générale de droit, 1932: 98, 73, 113, 181, 267, 457, 476, 502.
- V. Rossel et F.-H. Mentha — *Manuel du droit civil suisse*, T. I—III, 2 éd. Lausanne, Payot, 1922: 1, 2, 38, 126, 270, 305, 306 s., 451, 468, 472, 484.
- G. Rotondi — *Ancora sulla genesi della teoria della fraus legi*. Scritti giuridici, Vol. III, Milano, Hoepli, 1922: 26, 323.
- M. Rotondi — *Trattato di diritto dell' industria*, T. I. II, Padova, Cedam, 1930, 1931: 28.

- , Il diritto — Il diritto come oggetto di conoscenza dogmatica e diritto comparato. Estr. degli Studi nelle Sc. giurid. e sociali dell'Univ. di Pavia, Vol. XI, Tipogr. Cooperat., 1927: 2, 56, 81, 471, 488, 495, 508, 509.
- A. Rouast — L'enrichissement sans cause. Revue trimestrielle de droit civil, Paris, T. 21, 1922: 231.
- T. Rundstein — Principes de la théorie du droit, en polonais, Varsovie, 1924: 69, 87.
- , L'interprétation — L'interpretation de la loi et la jurisprudence, en polonais, Varsovie, 1911: 1, 2.
- R. Rybarski — L'avenir économique du monde, en polonais, Varsovie, 1932: 14.
- A. A. Al-Sanhoury — Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise. Contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique, avec préface de M. Ed. Lambert. Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, T. 10, Paris, M. Giard, 1925: 501 s.
- R. Schindler — Recht und Staat. Zeitschrift f. schweiz. Recht, T. 50, Basel, 1931, p. 219a—273a: 45, 94.
- F. Schöndorf — Neuerungen des Zivilgesetzbuchs Sowjet-Russlands und ihre Anwendung in der Rechtsprechung. Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, T. II fasc. 1/2, 1928, p. 69—107: 361.
- V. Scialoja — Teoria della proprietà nel diritto romano. Lezioni curate edite da Pietro Bonfante, T. I. II. Roma, Sampaolesi, 1928, 1931: 240.
- F. Senn — De la justice et du droit. Paris, Sirey, 1927: 122.
- Simonius — Wissenschaftliche Weltanschauung und Rechtswissenschaft. Zeitschrift f. Schweizerisches Recht, T. 49, Heft 2, Zürich, 1930: 53.
- S. Solazzi — L'origine storica della rescissione per lesione enorme. Bullet. dell' Istituto di dir. romano, T. 31, Roma, Università, 1921: 185.
- R. Stammler — Die Lehre vom richtigen Rechte. 2 éd., 1926: 119, 459, 477.
- , ungerechtfertigte — Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Extr. de la Festgabe der Jurist. Fakultät Halle-Wittenberg für H. Fitting. Halle, 1903: 231.
- St. Starzyński — Pour la défense des droits subjectifs, en polonais, Lwów, 1925: 124, 141.

- Stephen — Commentaires de Stephen sur le droit de l'Angleterre. T. III. Le droit des contrats et des torts. Par G. C. Cheshire, M. A. Carlton Kemp Allen, et C. H. S. Fifoot. Traduit par L. Mitchell. Paris, M. Giard, 1931: 106, 108.
- M. von Stubenrauch — Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, T. I. II. Wien, Manz: 189, 291.
- E. Swoboda — Il diritto civile dell'avvenire. Rivista internazionale di filosofia del diritto, T. X. fasc. III, Roma, 1930: 37, 53, 56, 76, 125, 137, 364, 367, 464, 471, 494, 500, 508, (en allemand dans l'Archiv für Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie, Bd. XXV, 1932, Heft. 4).
- , Il diritto straniero — Il diritto straniero come elemento di interpretazione della volontà dei contraenti. Rivista di Diritto Privato, T. II, Padova, Cedam, 1932, Nr. 1, p. 57 s.: 487.
- , deliktische Haftung — Die allgemeinen Grundsätze über die deliktische Haftung im österreichischen Recht, Oesterreichische Anwaltszeitung, T. X, Wien, 1933, Nr. 7, p. 121 s.: 101.
- , Zeiller — Franz von Zeiller, der grosse Pfadfinder der Kultur auf dem Gebiete des Rechts. Graz, Leuschner u. Lubensky, 1931: 34, 52, 57, 125.
- K. Takei — Das Rechtsverhältnis zwischen Mutter — und Tochtergesellschaft. The Journal of the Keijic Imperial University Social Sciences Association, Nr. 5 (Octob. 1932). Legal Essays, Summary, Tokyo, Toko Shoin, 1932: 13.
- C. Valverde — Note critiche al Progetto di riforma del primo libro del codice civile italiano. Annuario di diritto comparato e di studi legislativi (Roma, Palazzo di Giustizia), Vol. VII, fasc. II, 1932 p. 137 s.: 411, 468, 470, 482, 491.
- G. Del Vecchio — Sui principi generali del diritto. Estr. dell' Archivio Giuridico, Vol. 85 fasc. 1, Modena, 1921: 1, 32, 209, 493, 495.
- , La Giustizia — La Giustizia. Discorso per l'inaugurazione dell' anno acad. 1922/23 della R. Università di Roma: 65.
- , Lezioni — Lezioni di filosofia del diritto. 2-ième éd., Città di Castello („Leonardo da Vinci"), 1932: 3, 53, 61, 63, 65, 67, 463.
- F. de Visscher — Le Digeste. Couronnement de la politique des Empereurs vis-à-vis des prudents. Extr. des „Conferenze per il XIV centenario delle Pandette", Pubblicazioni dell' Università Cattolica

- Sacro-Cuore, Sc. Giurid., Vol. 33, Milano, Soc. editr. „Vita e Pensiero”, 1931: 264.
- P. Voirin — De l'imprévision dans les rapports de droit privé. Nancy, Wagner, 1922: 208, 209.
- J. Wasilkowski — Contribution à l'étude du problème de valorisation dans le domaine du droit privé. Préface de M. Fr. Geny, Varsovie, 1929: 218, 221—223.
- E. Waškowski — Faculté, action, demande, plainte en justice, en polonais, Revue du droit et de l'administration. Lwów, T. 50, 1925, fasc. 10—12, p. 420 s.: 150.
- C. W. Westrup — La notion du droit et sur le mode primitif de formation du droit positif. Revue d'histoire du droit (Haarlem), Paris, Sirey, 1931 fasc. 1: 152.
- K. Wieland — Handelsrecht, T. I, II, 1921, 1931: 406.
- M. Wlassak — Der Ursprung der römischen Einrede, Extr. de la Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit. Festgabe für Leop. Pfaff, Wien, Gerold et Co, 1910: 255—257, 259, 273.
- , formula — Extr. de Pauly-Wissowa, Realencyklopädie, formula: 263.
- , Klassische Prozessformel — Die klassische Prozessformel. I. Wien, Hölder-Pichler-Tempsky, 1924): 99.
- B. Wróblewski — Etudes du domaine du droit et de l'éthique, en polonais, Wilno, 1933 p. 77 s.: 58.
- St. Wróblewski — Cours de droit romain, en polonais, T. I, Cracovie 1916: 453.
- Th. Zieliński — Histoire de la civilisation antique. Paris, Payot, 1931: 53, 67.
- A. Zocco-Rosa — Il diritto romano di fronte alle odierne idealità giuridico -- sociali. Istituto di storia del diritto romano nell'Università di Catania. Catania, 1911: 268.
- F. Zoll — Droit civil, en polonais, 5-ème éd., T. I. Poznań, 1931: 1, 2, 34, 124, 136, 150, 477, 483, 485.
- , Droit moral — Le soi-disant droit moral en droit d'auteur, en polonais Cracovie, 1929: 128.
- F. de Zulueta — : 47.
-





## TABLE DES MATIÈRES.

	pages
Introduction. La distinction entre les dispositions particulières de la loi et le droit est indispensable afin que la partie ne suive pas une conduite, à vrai dire conforme aux dispositions particulières de la loi, mais „en marge de la loi”, ce qui conduit à la „dégénération” du droit. Les dispositions particulières de la loi doivent être interprétées sur la base des principes fondamentaux qui résultent de l'ensemble de la législation actuelle. Licite est la conduite conforme à ces principes fondamentaux; illicite est la conduite contraire à eux, à moins qu'il n'y ait pas des dispositions exceptionnelles. Il faut distinguer entre les principes fondamentaux de la législation tout entière, et les principes généraux qui sont observés dans les parties de la législation. Le sujet de l'étude est de trouver les voies et moyens par lesquels nous devons former, sur la base de l'ensemble de la législation, les principes fondamentaux dont la mission est de servir de directive à l'interprétation de toutes les dispositions particulières de la législation, en réalisent de cette manière „le droit” de la législation . . . . .	1—10
Chapitre I. La disposition de la loi doit être interprétée sous la directive de l'ensemble de la législation actuelle, qui reflète l'esprit et les idées directrices de la législation. Comment faut-il de l'ensemble de la législation déduire la directive de la législation, puisque ce ne sont pas toutes les dispositions de la loi qui la révèlent? Il faut donc dégager de l'ensemble de la législation celles des dispositions qui révèlent la directive de la législation. Le critérium d'après lequel il faut dégager ces dispositions est le but que le droit remplit dans la vie sociale humaine .	10—12
Chapitre II. Le but du droit est établi par la raison humaine, non par la volonté, et réalisé par les impératifs résultant de l'idée du droit qui est reconnue partout où le droit existe. L'idée du droit n'est pas la même chose que le droit naturel. Droit pur, l'Absolu dans le droit, norme juridique, notion du droit, axiomes du droit . . . . .	12—20

	pages
Chapitre III. La directive de la législation actuelle se manifeste dans les dispositions de la législation qui, dans leur contenu sont les plus rapprochées des impératifs résultant de l'idée du droit: 1. la protection contre l'injustice (tort, lésion), 2. la protection du bien commun, 3. la protection de la personnalité de l'homme. Du dernier impératif ne résulte nullement que le droit (objectif) soit „le système des droits subjectifs”.	20—30
Chapitre IV. Les dispositions de la législation, dans leur contenu les plus rapprochées des impératifs de l'idée du droit, en ne lésant aucun d'eux, doivent servir de base pour l'élaboration des principes fondamentaux, représentant l'esprit et les idées directrices de la législation. Ces principes fondamentaux doivent servir de directive à l'interprétation de toutes les dispositions de la législation, pour réaliser „le droit“ de la législation . . . . .	30—34
Chapitre V. Le principe fondamental de la lésion. Les constitutions de Dioclétien. Le C. c. autrichien. Le C. c. français. Le projet franco-italien. La lésion dans l'exécution du contrat. La révision du contrat. La sanction de la lésion . . . . .	34—44
Chapitre VI. Le principe fondamental de l'abus du droit. Le C. c. français. Le problème se trouve dans le domaine de l'application du droit. L'abus du droit représente un domaine autonome. La théorie subjective. La théorie objective du C. c. suisse. La théorie de M. L. Josserand. Le C. c. soviétique. Le projet polonais. La justification de la base de la théorie de M. L. Josserand. La finalité et la relativité du droit. Le projet franco-italien. Le projet polonais. La sanction de l'abus du droit . . . . .	44—68
Chapitre VII. Conclusion. Les principes fondamentaux de la législation actuelle servissent de directive à l'interprétation de toutes les dispositions de la législation. Les théories de M. G. Renard et de M. J. Dabin. Le projet polonais. Les principes fondamentaux comblent les lacunes de la législation. Le C. c. suisse. Le C. c. italien. L'importance des principes fondamentaux des législations des différentes législations. Le C. c. type pan-américain. Le projet de M. H. Lévy-Ullmann. La résolution de la Section I du Congrès International de droit comparé à la Haye, en août 1932.	68—80
Table des ouvrages cités . . . . .	81—95
Table des matières . . . . .	96—97



