



UNIVERSITY OF NIŠ

The scientific journal FACTA UNIVERSITATIS
Series Law and Politics Vol. 1, N°1, 1997, pp. 41-55
Editor of Series: Milan Petrović

Address: Univerzitetski Trg 2 YU - 18000 Niš, Tel: (018) 547-095, Fax: (018) 24-448

LE DOMAINE DE L'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'INTERDICTION DE L'ABUS DE DROIT

UDK 347.124: (347.121.2+35.76)

Radmila Kovačević-Kuštrimović

Professeur titulaire la Faculté de Droit à Niš

Résumé. *Les premiers cas de l'abus de droit ont apparu en liaison avec l'exercice du droit de propriété foncière. Les décisions les plus anciennes interdisaient au propriétaire d'utiliser son terrain uniquement avec l'intention de porter dommage à autrui. On interdit l'abus de droit aussi à l'occasion de l'exercice des autres droits réels, comme les droits de famille. Alors le domaine originaire de l'interdiction de l'abus de droit est le champs des droits absolus pour lesquels on considérait qu'il offraient à leurs porteurs le pouvoir juridique illimité. La limitation des droits subjectifs absolus avait comme conséquence la répression de l'abus de droit.*

Cependant l'abus de droit a envahi le domaine des pouvoirs publics. Le rôle accentué de l'État dans des États contemporains exigeait la garantie des attributions larges à ses organes, ce qui a rendu possible l'apparition de leurs abus. C'est pour cette raison qu'aujourd'hui les attributions publiques sont le domaine fréquent de l'abus de droit. Le droit doit s'efforcer d'interdire l'abus des attributions publiques, car cet abus limite, rend même impossible la réalisation des droits subjectifs civils.

Mots clefs: *L'abus de droit, le droit subjectif, les attributions publiques, le droit romain.*

INTRODUCTION

1. Autour de la notion de l'abus de droit, dans le sans le plus général, on est arrivé à un accord parmi les théoriciens juridiques. Bien que la dispute sur diverses aspects de cette notion fut, de temps en temps, très fielleuse, cette notion s'est bien installée et a trouvé sa place parmi les autres nations juridiques. La défense de l'abus de droit présente un principe général (commun) ou un principe de tout ordre juridique, indépendamment de la philosophie sur laquelle se base le droit de chaque pays. Son abus est sanctionné par les lois civiles et autres lois.

2. Généralement parlé, sous le terme "l'abus de droit" on comprend l'exercice de son droit contrairement au but à cause duquel celui-ci est reconnu et protégé ou contrairement à la moralité de cette société ou bien un exercice anormale, (inhabituelle, inutile) ayant comme conséquence le dommage fait à un autre ou la menace du droit d'un autre, ou un autre inconvénient. Une personne qui abuse de son droit ne dépasse pas son

Received December, 1995

droit, mais reste dans les limites de son droit, et c'est par cette qualité que se fait la différence entre l'abus de droit et d'autres violations de droit.

3. Toutes les questions au sujet de l'abus de droit ne sont pas closes. Bien au contraire, certaines de celles-ci sont restées indéfinies, alors que le développement de la société moderne en a créé d'autres. Les racines de la défense de l'abus de droit résident encore dans le droit romain, mais la naissance d'une théorie complète sur la défense de l'abus de droit, ainsi que les premières formulations législatives. Cependant, la société moderne a causé de profonds changements de presque toutes les notions juridiques et "a détruit de nombreuses vérités". Quoi qu'il en soit, depuis toujours, le droit s'efforce de lier entre elles toutes les notions juridiques, comme par le fil d'Ariane, leur contenu et fonction changeaient avec le temps.

4. Malheureusement, le temps moderne n'a pas fait superflus la défense de l'abus de droit. Il est vrai aussi que la science juridique moderne n'a pas réussi à déplacer en avant rien d'essentiel sur le plan législatif et théorique au sujet de ce principe. Cependant, ce qu'on peut affirmer sans aucun doute c'est que l'abus élargissait son domaine, en rongant le système juridique tout entier. Là où une loi apparaissait sur la "scène" avec ses interdictions explicites d'un comportement, l'abus du droit disparaissait comme une rivière qui se perd dans l'abîme, pour subitement surgir à un autre endroit. De la sphère du droit privé ou les nombreux droits subjectifs sont limités, avec l'écoulement du temps, l'abus s'est élargi sur le domaine du droit public. Voilà pourquoi la question s'est posée: est-il valable le même principe de défense de l'abus du droit privé, où il est impossible dans le domaine du droit public?

1. LE DOMAINE ORIGINAIRE DE L'ABUS DE DROIT

5. Un des dilemmes originaires dans l'acceptation du principe de la défense de l'abus de droit est lié avec sa validité dans le droit romain. Ceux qui prenaient part pour l'interdiction de l'abus de droit avaient besoin, outre autres arguments, d'y ajouter son origine romaine. La dispute allait autour de la signification de nombreuses sentences des juristes romains, ainsi qu'autour des exemples de la pratique judiciaire.

Les premières discussions sur l'abus de droit sont apparues en liaison avec la responsabilité pour le dommage à l'occasion de l'exercice de son droit personnel. Les pensées des juristes modernes étaient tournées vers la sentence: "Nulum videtur dolo facere, qui suo iure utitur" (Gaius, 55, D.50, 19). L'exercice du droit personnel ne peut pas amener à la responsabilité pour le dommage qui en provient.[1] C'est le principe juridique commun qui a été accepté dans les codes civils du XIX^{ème} siècle.[2]

6. Quelques autres sentences montrent que les Romains avaient renoncé à cette règle et qu'eux-mêmes ne permettaient pas l'exercice volontariste du droit personnel. Ainsi, par exemple, on considérait d'interdire l'exercice malicieux d'un droit: "Malitiis non est indulgendum".[3] On souligne que cette sentence est née en liaison avec le droit de l'acheteur de gratter la couleur et les peintures des murs de la maison qu'il doit rendre à son propriétaire. L'exécution de ce droit aurait seulement porté le dommage au propriétaire, sans être utile à l'acheteur. De même, Marcellus a donné "actio de dolo" aux adversaires de la personne qui creusait son propre sol pour couper de l'eau à ses voisins, c'est à dire exerçait son droit "animo vicino nocendi".

7. À part de ça, on peut aussi indirectement parler de l'interdiction de l'abus de droit. En effet, de l'esprit du droit romain parlent les expressions comme: "aequitas" (égale, juste), "bona fides" (bonne foi), "ius est ars boni et aequi" (le droit est l'art du bien et du juste), ou cette célèbre d'Ulpianus: "Turis prescripta haec sunt: honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere". Les prêteurs romains, en se rendant compte que l'application stricte des normes juridiques peut, dans un cas concret, amener à une grande injustice (summum ius, summa iniuria), intervenaient par une suite d'actions dans les cas quand du droit qui n'est pas en soi illicite, a comme conséquence le dommage fait à autrui. L'essence du droit n'est pas dans les normes juridiques, mais dans la morale. Le droit est une valeur, avec la nature éthique en accord avec les rapports sociaux et politiques.

8. Les premiers cas de l'abus de droit ont apparu en liaison avec l'exercice du droit de propriété, particulièrement de propriété foncière.[4] C'est la conséquence de la compréhension que le propriétaire est le maître absolu de la chose - un souverain, qui a le pouvoir absolu sur la chose d'où il peut exclure chaque autre personne (troisième personne). Un propriétaire de la chose considérait, par conséquent, de permis de mettre sur son enclos les pointes métalliques, bien que le dirigeable de son voisin fut toujours endommagé à l'occasion de son atterrissage dans le hangar.[5] Et le propriétaire de la maison à Colmar considérait que le droit de propriété peut être exercé s'il construisait une fausse cheminée seulement pour fermer la vue à son voisin.[6]

9. D'autres droits réels ont été aussi exposés à l'abus, par exemple les servitudes, ainsi que les autres droits dont la séduction, la nécessité et l'universalité est basée sur l'instinct le plus vivant de la possessivité.[7] C'est le cas avec les droits des obligations, de succession, de famille, ainsi qu'avec les attributions pour la protection des droits subjectifs - par des attributions procédurales.

Encore dans le droit romain le prêteur reconnaissait "actio de dolo" et plus tard aussi "exceptio doli" à la partie trompée pendant la conclusion d'un contrat. Le droit moderne offre beaucoup d'exemples pour l'abus dans des rapports contractuels. Ainsi, par exemple, partie contractante qui ne permet pas la conclusion d'un contrat dans la forme nécessaire fait l'abus de droit surtout si plus tard elle fait appel à la nullité du contrat seulement à cause des manques de la forme.[8] Ou quand une partie contractante poursuit l'autre à cause de la non-réalisation d'une partie de la dette laquelle, en comparaison avec la totalité de la dette, est insignifiante, ce qui amène à la conclusion qu'il s'agit de l'intention de chicane et non d'une violation sérieuse ou justifiable de l'exécution du droit.[9] Comme cas de l'abus de droit, dans le droit d'obligation on cite aussi ceux-là quand le créancier exige le paiement de la dette de la part du garant, en empêchant auparavant le débiteur principal de réaliser sa dette, ou quand le loueur, sans aucune forfaiture de son intérêts ou n'importe quelle gêne de ses besoins, ne permet pas au locateur d'installer sur la maison louée une antenne de télévision ou d'installer la ligne téléphonique.[10] Pour les rapports des obligations, surtout pour les obligations contractuelles, il est valable le principe de la bonne foi par lequel on empêche l'abus de droit, car on impose aux deux parties contractantes de nombreuses obligations dans différentes phases de négociation.

10. Dans le droit romain encore on trouve des exemples de l'abus de droit, surtout, dans le droit de succession et de famille. Ainsi par exemple, dans le "Digeste" on cite le

cas du refus injuste d'un père de donner son accord pour la conclusion du mariage des enfants.[11] De même, le maître avait le pouvoir absolu sur ses esclaves. Cependant, à cause de l'abus de ce pouvoir on a abouti à sa limitation. Dans les Institutions de Justinien on rencontre la défense de punition des esclaves sans raison légale.

Le pouvoir de mari (d'époux) était aussi sujet à l'abus, surtout le droit d'expulser sa femme, à cause de quoi a suivi le contrôle de ce droit à l'aide de la "nota censoria".

Dans le droit d'hérédité, la liberté de tester était souvent abusée, surtout à l'égard de la veuve (condition de veuvage). Étant donné que ce droit était exercé dans le sens bien contraire de celui qui était du législateur, on a prévu les conditions sous lesquelles ce droit peut être exercé. Les conditions immorales et injustes étaient considérées d'inexistantes.

11. Tout ce qui vient d'être cité montre que le berceau de l'abus de droit et de la défense de l'abus se trouve dans le droit privé. Ceci est compréhensible parce que les droits personnels civils offrent à leurs titulaires de larges attributions et possibilités du choix dans leur exercice. Voilà pourquoi les premières défenses de l'abus de droit se rencontrent dans les codes civils. Dans le Landrecht prussien de 1794, on dit: "Celui qui exerce son droit conformément aux lois n'est pas obligé de dédommager le préjudice qu'il cause à l'autre" (art. 94). Mais, le titulaire peut être obligé de dédommager le préjudice si entre plusieurs façons de l'exercice de son droit il choisit celle qui est dommageable pour l'autre ou s'il a l'intention de porter dommage (art. 35 - 39). Cela veut dire que le droit doit s'exercer humainement -"civiliter".[12]

12. La pratique judiciaire française contient de nombreux exemples de l'abus de droit; certains sont devenus des exemples scolaires, comme celui de la fausse cheminée. Cependant, dans le Code civil français n'est entre même pas une défense explicite de l'abus de droit. Quand on pense que le grand représentant de l'école du droit naturel Domat écrivait, un siècle avant l'adoption du Code civil français, qu'il est contraire à la justice l'exercice du droit uniquement avec l'intention de porter dommage à l'autrui sans utilité pour soi.[13] Au lieu d'une règle juridique, dans la théorie française s'entamaient des polémiques farouches autour de la conception subjective et objective de l'abus de droit, de même que de ses critères. Des controverses orageuses autour de la notion de l'abus de droit étaient accentuées par le principe de l'individualisme, amené au temps de la Révolution française.

13. Le commencement de la discussion elle-même de l'abus de droit a annoncé deux accès. D'après le premier, plus restreint, l'abus de droit existe seulement dans les cas quand le droit s'exerce uniquement dans le but de porter dommage à l'autrui (animus nocendi, animus turbandi). C'est la théorie subjective de l'abus de droit par laquelle on interdit l'exercice méchant du droit.

La conception subjective de l'abus de droit est née plus tôt et elle avait beaucoup de partisans parmi lesquels le plus important est Ripert [14], car il s'agit d'un "exercice tapageusement inadmissible de droit" qui "choque le plus la conscience juridique et le sentiment du moral".[15] Elle est considérée aussi de la première phase dans la formulation théorique de la notion de l'abus de droit qui coïncide avec la responsabilité subjective comme forme de responsabilité.

14. En même temps, avec la conception subjective de l'abus de droit, apparaît aussi la compréhension de l'abus de droit dans les cas où le droit s'exerce contrairement au but à

cause duquel ce droit est reconnu, indépendamment de l'intention de nuire. Suivant cette conception, l'abus de droit a lieu toujours quand le droit se fait contrairement au but à cause duquel il est reconnu. Les représentants de cette école [16] considérant que les droits subjectifs sont reconnus aux sujets pour satisfaire leur intérêts et que ceci est leur but et leur sens. Tous les droits subjectifs ont leur rôle social déterminé et ceci doit être respecté. C'est la limite intérieure de chaque droit qui ne doit pas être passée, écrivait à l'époque Porcherot, l'exercice des droits subjectifs est contraire à son but s'il se réalise sans intérêt, s'il présente un exercice anormale (inhabituel), s'il offense le principe de la justice, etc. La conception qui pour le critère de l'abus de droit prend le but du droit comme notion commune pour toute une suite de critères qui, chacun pour soi, présentent l'antipode du but à cause duquel ce droit est reconnu, est considéré de conception objective ou plus large, de l'abus de droit.

15. La conception subjective (plus restreinte) de l'abus de droit est acceptée dans le Code civil allemand (§226) [17] et dans le Code général des biens pour la Principauté de Monténégro (art. 1000).[18] La conception objective (plus large) de l'abus de droit est acceptée dans tous les codes modernes contemporains.[19] Dans notre droit, cette conception est acceptée dans le Code des obligations (art. 13) et dans le Code des rapports juridiques fondamentaux de propriété (art.4, al. 2 et art.6, al.2).

16. En dépit du fait que la notion de l'abus de droit est largement acceptée, la question des critères de son application reste très actuelle. La diversité des droits subjectifs de leur contenu, ne permet pas l'instauration d'un critère unique pour l'abus. Même si c'était possible, son exactitude et invariabilité seraient contraires au but à servir. Car, en effet, la défense de l'abus de droit présente un instrument juridique élastique par lequel on fait l'accommodation des normes juridiques aux circonstances concrètes de chaque cas de la réalité.

Dans la pratique judiciaire comme critères de l'abus de droit on cite: l'exercice chicaneux (malin, malicieux) du droit, l'exercice anormal du droit, l'exercice amoral du droit, le manque d'intérêt dans l'exercice du droit, le trouble de l'équivalence des intérêts dans l'exercice du droit, le renversement de la fonction sociale du droit, le manque du motif justifiable dans l'exercice du droit, etc. Ils présentent la concrétisation des formules générales par lesquelles on interdit l'abus et elles ont pour le but d'empêcher l'arbitraire de la part du tribunal. L'instauration des critères pour l'abus des droits permet la sauvegarde d'un principe suprême du droit - la sécurité juridique.

2. LA PROLIFERATION DU PRINCIPE DE LA DEFENSE DE L'ABUS DE DROIT

17. Aujourd'hui la défense de l'abus de droit est le principe juridique incontestable dans l'exercice des droits civils subjectifs. Il est valable non seulement dans le droit européen, mais aussi hors de l'Europe. La défense de l'abus de droit s'applique aussi dans le droit musulman.[20] C'est la conséquence du but du droit qui consiste dans la réalisation des rapports de justice entre les gens d'un côté et du progrès social de l'autre côté.

Cependant, ce qui nous intéresse c'est la question si tous les droits sont susceptibles à l'abus, ou s'il existe des droits dont on ne peut pas abuser, ainsi que la question de l'abus

des attributions juridiques publiques (du pouvoir) de la part de l'État, de ses organes administratifs.

18. Il s'en va de soi que parmi les théoriciens juridiques une attitude commune n'existe pas. Même quand il s'agit des droits civils personnels, il y a des auteurs qui font la différence des droits: accordés dans l'esprit égoïste, dans l'esprit altruiste et les droits privés du but ("non-causés").[21] L'auteur de cette division, Josserand, part de la supposition que tous les droits personnels sont reconnus dans un certain sens qui justifie leur exercice. Ils sont reconnus par la société et ceci comme dans intérêt des sujets eux-mêmes, de même dans intérêt de la communauté à laquelle ils appartiennent. Cependant, quelques-uns d'entre eux ne peuvent pas être abusés, ils sont tout à fait résistants à l'abus de droit et jouissent de la protection, même quand ils sont mis au service de la malice.

19. Pour Ripert, les droit qu'on reconnaît aux sujets pour être exercée sans limites ne peuvent pas être abusés. Pour déterminer l'existence de l'abus de ces droits il faut entrer dans l'analyse des motifs du titulaire du droit ce qui est impossible, car ils sont de la nature personnelle. C'est pourquoi leurs titulaires peuvent les exercer sans limites et uniquement en accord avec leur volonté. On a remarqué avec raison que Ripert s'engageait pour l'existence de la catégorie des droits absolus dont le caractère ne doit pas être mis en question. Sa réaction était la réponse à l'exagération de Josserand, dont la conception des droits personnels, comme produit de la société (qui par la société reçoivent leur sens final) "détruit le fondement des droits personnels eux-mêmes." [22] Il est vrai, Ripert estimait de morale la pensée de déclarer coupable non seulement la personne qui commet involontairement le mal, mais même alors quand elle le fait inconsciemment, par faiblesse ou futilité.

20. Rodière déjà au début constate que le terme "droit" n'a pas une unique signification même dans le domaine du droit privé, mais qu'il apparaît dans ses plusieurs formes auxquelles correspond une telle ou telle forme d'abus.[23] Dans une catégorie sont les "*droits-pouvoirs*" (souligné par l'auteur) qui permettent un certain pouvoir à leur titulaire et la liberté dans leur exercice indépendamment de l'utilité sociale. Ce sont des droits qui correspondent aux droits "non-causés" et présentent les droits absolus typiques. Cependant, depuis toujours les tribunaux ne permettent pas l'exercice de ces droits exclusivement avec l'intention de porter dommage à l'autrui, et aujourd'hui même indépendamment d'elle. Il n'y a pas de droits absolus "à priori" et leur porteur est toujours responsable quand il exerce un droit par la mauvaise foi ou sans motifs justifiable.

Dans l'autre catégorie de droit sont les droits-fonctions (fonctions sociales). Ce sont les droits qui s'exercent dans intérêt d'autrui, certains droits de famille, comme par exemple le souci pour les enfants mineurs, mais ceci peuvent être aussi les droits du patron que celui-ci doit exercer dans intérêt de l'entreprise.[24] Dans ce cas, l'abus a lieu quand l'attribution se fait dans le but contraire de celui qu'avait en vue le législateur.

Enfin, l'objet de l'abus peuvent être aussi les droits de liberté des citoyens, égales à tous les citoyens, comme sont la liberté à la protection judiciaire, la liberté de contracter, la liberté de penser, etc. Quoi que l'exercice de ses libertés ne doit pas toujours menacer la liberté d'autrui, leur abus est toujours possible et le législateur s'efforce de le prévenir de façons différentes. Il est vrai, certains droits-libertés peuvent être abusés, mais un tel

abus ne peut pas sanctionné; l'abus de droit sous-entend l'existence du droit d'exercice des droits.

21. Roubier estime que la théorie de l'abus de droit peut s'appliquer seulement sur les droits qui sont advenus et qui produisent leurs effets, car l'application de la défense de l'abus suppose l'existence des droits dont l'exercice est réglé par l'abus. Les libertés et les pouvoirs juridiques ne peuvent pas être abusés parce que par eux on permet la naissance des droits personnels.[25]

22. Dabin considère qu'il y a deux sortes de droits: Les uns qui sont donnés pour la réalisation des intérêts du titulaire lui-même - dans le but égoïste, et les autres, par lesquels se réalise intérêt d'une autre personne ou du groupe - les droits-fonctions.[26] C'est à eux que conviennent différentes formes d'abus.

Dans le premier groupe de droits, qui présente la majorité des droits subjectifs, sont les droits reconnus aux titulaires pour la réalisation de leurs intérêts personnels (spirituels) et matériels [27] (le droit à la vie, à l'intégrité physique et morale, ainsi que les droits à propos des choses - les droits réels et les autres droits de propriété). Leur fonction est de servir à la réalisation des intérêts de leur titulaire. Cependant, conclut Dabin, l'exercice des droits personnels dans intérêt du titulaire est en même temps intérêt de la société, pas primordialement mais par ses conséquences.

23. L'autre groupe de droits subjectifs est composée de droits-fonctions ou les droits avec des buts altruistes reconnus aux sujets - aux personnes physiques, exceptionnellement juridiques aussi, - dans l'intérêt d'autrui. Tels sont les droits des parents par rapport à leurs enfants ou du père de famille, c'est à dire les droits de l'organe du sujet juridique par rapport aux buts du sujet juridique. Ils sont limités par des buts déterminés ainsi qu'ils prennent l'allure de compétence (le droit de propriété du sujet juridique doit s'exercer en accord avec le but à cause duquel il est fondé). Le but ou les fonctions de ces droits présentent le critère suprême à l'occasion de leurs exercices. Le contrôle de la réalisation de ce but est possible seulement si les droits s'exercent. Il est possible que le titulaire de ces droits à l'occasion de leur exercice reste dans les limites des droits, mais il réalise un autre but.

24. Quand il en est question des droits reconnus aux titulaires pour la réalisation de leurs intérêts; ils permettent la liberté de leur exercice. Chez certain explicitement, en forme juridique, par exemple dans le droit de propriété (... "la liberté de disposition et d'utilisations choses"...). Vu l'aspect des normes juridiques, l'abus de ces droits n'est pas possible. Cependant, celui-ci se passe après le législateur, lors de l'utilisation des droits. Comme principe général, la défense de l'abus de droit se rapporte à l'interprétation du sens de la norme juridique générale dans le cas de l'existence des circonstances les plus diverses du cas concret.

25. Le principe de la défense de l'abus des droits réside sur le principe de la relativité des droits subjectifs. Il est la réaction contre l'absolutisme exagéré des droits personnels. Les droits personnels sont reconnus aux sujets pour leur permettre une certaine "liberté d'action", c'est à dire la sphère de la liberté dans leurs activités. Dans le droit privé, par ceux-ci, on assure le réalisation des intérêts des possesseurs eux-mêmes. Les essais de la division des droits subjectifs civils selon le genre du but auquel ils servent, ou qui se réalisent par eux, ne sont rien d'autre que les formes possibles dans lesquelles un droit se réalise.

Les divers genres des droits subjectifs, ayant en vue le but ou l'intérêt de leur reconnaissance, nous envoient à diverses formes de l'abus, mais aussi au degrés différents de contrôle dans leur exercice.

Les droits personnels absolus permettent à leur titulaire la liberté dans réalisation de ses intérêts, mais sans porter dommage à autrui surtout si ce dommage est le résultat de la façon malicieuse de l'exercice du droit, ou inutile, ou amoral, ou un tout à fait inhabituel exercice d'un droit. Les attributions de ce genre, même dans les soi-disant droits égoïstes ne sont pas contenues dans la norme juridique générale, sans égard à quel point celles-ci incitent leur titulaires à la liberté et à l'exclusivité. Dans les autres droits, les soi-disant droits-fonctions, le but est déterminé plus précisément par des normes juridiques, c'est pourquoi son abus est dans n'importe quel sens est plus évident et son contrôle de la part de la justice légitime.

26. Le législateur, en élaborant les normes juridiques, règle les droits subjectifs d'une façon élastique; elles ne présentent que "l'intérêt typique" des sujets de droit. C'est pourquoi les normes juridiques dans lesquelles sont instaurés les droits civils subjectifs sont "relativement ouvertes par leur contenu et orientables." [28] Ceci permet aux sujets de droit une certaine liberté dans l'exercice de leur droits; ils décident eux-mêmes et indépendamment de quelle manière et pour quelles utilités ils utiliseront leur droit. En ceci ils ne sont pas obligés de s'abstenir d'utiliser leur droit, ni d'exercer leur droit à la façon égoïste, de faire attention aux intérêts des autres sujets même pas de la société. L'État ne doit pas devenir la troisième partie qui apparaîtra toujours à l'occasion de l'exercice de leur droits.

Cependant, la liberté dans l'exercice du droit et le pouvoir de suivre son intérêt ne peuvent pas être justifiés si par là on porte dommage à l'autrui par malice, soit sans raisons justifiables, s'il est sans utilité, s'il est en disproportion sérieuse avec les utilités, etc. Un tel exercice de droit ne peut pas être justifié par le caractère absolu du droit. C'est seulement au moment quand le droit s'exerce, quand la norme touche la réalité, qui est imprévisible étant toujours changeante, qu'on voit que le titulaire utilise son droit contrairement au but à cause duquel ce droit est instauré. De ce point de vue chaque droit peut être abusé. Si auparavant on pouvait parler des droits absolus, aujourd'hui ce n'est pas possible. Dans les années soixante Rodière nous renvoi à la rareté extraordinaire, presque disparition, des soi-disant droits absolus et à un nombre toujours croissant dans la législation, et même dans la pratique judiciaire des droits subjectifs du groupe des pouvoirs privés, dont l'exercice est permis seulement s'il est gouverné par des motifs justes. [29] Faut-il remarquer que certains droits, traditionnellement considéré de droits qui fuient de l'abus, comme sont le droit d'accord à l'occasion de l'adoption ou le droit d'exclusion ou de l'héritage, sont mis sous le contrôle de la loi - par une suite de limitations. De même, le droit du propriétaire de planter sur sa terre les arbres est limité par la condition du respect de certaine distance par rapport au voisin.

27. À priori, la théorie de l'abus de droit peut être appliquée à tous les droits subjectifs. [30] Cette conclusion s'impose du fait que le plus souvent, le contenu des droits personnels n'est pas précisément déterminé, mais seulement d'une façon générale (en projetant un intérêt typique pour le genre donné des droits subjectifs). Même si le contenu est tout à fait déterminé, il est possible que dans le temps, après l'adoption de la loi, les conditions dans lesquelles se réalise un droit changent. C'est pourquoi il existera

toujours un certain espace entre le contenu de la norme et l'exercice du droit dans un cas qui offre la "chance" pour détourner le sens du droit et, de cette façon, porter dommage ou d'offenser le droit d'autrui.

Cependant, certains droits fuiront toujours le contrôle car, en dépit de tout, l'essence de certains droits subjectifs, "per se", lui contredira, tant qu'il y aura d'individus comme réalité. Ce sont par exemple les droits personnels comme: le droit à la vie, à l'intégrité corporelle, à la dignité, etc. et qui s'exercent, étant liés à la personnalité, "statiquement". Pour leur utilisation aucune action du titulaire n'est nécessaire. Selon certains auteurs, les éléments du statut juridique de la personne fuient à l'abus de droit (la capacité juridique et celles des affaires et autres), différentes libertés, les statuts familiales (être fils, par ex.).[31] On mentionne aussi les droits de service négatif, ainsi que les obligations de non-exercice.[32]

28. De l'autre côté, la large application de la théorie de l'abus de droit dans le droit privé ouvre la question de sa collision avec le principe de légalité. Peut-on permettre aux tribunaux de déterminer les limites des droits subjectifs? En situation de la division du pouvoir au pouvoir législatif, judiciaire et exécutif, les attributions des tribunaux de déterminer les limites des droits subjectifs (d'instaurer les droits subjectifs) signifierait l'inadmissible empiètement. Le législateur a toujours la possibilité de limiter ou de déterminer le contenu des droits subjectifs, donc, il est inutile de reconnaître de telles attributions aux tribunaux. On estime qu'une telle attribution des tribunaux offenserait le principe de la sécurité juridique et que ceci est aussi un facteur limitant dans l'application de la théorie de l'abus de droit.

29. Cependant, il ne faut pas oublier que l'abus de droit est seulement une correction dans l'exercice des droits et qu'il présente un instrument qui sert à ce que les droits se remplissent en accord avec le but que le législateur a d'ailleurs eu en vue. Par l'interdiction de l'abus de droit on n'instaura pas un nouveau droit, ni un nouveau contenu du droit, mais on accorde les limites "extérieures" et "intérieures" du droit. Dans ce sens, par l'interdiction de l'abus de droit, on ne peut pas réaliser les buts différents de ceux que le législateur (ayant en vue certaines valeurs morales, sociales, politiques, idéologiques et autres) avait supposé. Ce dont les tribunaux sont autorisés est d'exercer le contrôle de la réalisation des droits subjectifs dans le but de rendre possible l'exercice des droits aux autres membres de la société. La défense de l'abus de droit est une "nécessité générale" par laquelle on réalise la paix et la sécurité au sein de chaque communauté sociale.[33] Le contrôle de l'exercice des droits se ramène à l'interprétation du droit, [34] et cela c'est l'activité des tribunaux: [35]

3. L'ABUS DES ATTRIBUTIONS ADMINISTRATIVES DU POUVOIR

30. On a longtemps considéré, que l'objet des abus peuvent être seulement le droit de propriété et les autres droits personnels (privés). Ce sont les droits qui à leur porteur offrent la possibilité de l'évaluation ou du choix dans leur exercice, car par eux ils réalisent leurs propres intérêts et éventuellement les intérêts des autres.

Cependant, presque en même temps avec les débats sérieux sur l'abus de droit dans le droit privé est ouverte aussi la question de l'abus des attributions par l'État et ses organes (détournement de pouvoir), car dans la pratique ont apparu les premiers cas de l'abus.

Depuis ce temps, la question des attributions juridiques administratives des autorités devient actuelle dans la même mesure que l'abus dans le droit privé.

31. Des changements importants se sont passés au cours de quelques décennies dans le développement de la société. Sous l'influence du développement de la technique et des machines, les rapports sociaux sont devenus très complexes. Certaines activités se sont développées ainsi qu'il était difficile d'imaginer auparavant, quelques unes d'entre celles-ci ont dépassé le cadre des possibilités partielles, alors que certaines ne pouvaient s'exercer qu'à l'aide de l'État et son activité. L'État a depuis longtemps abandonné le rôle du "gardien de nuit" et il est devenu le facteur inévitable dans le domaine de la réglementation des activités humaines.

32. L'État est une personnalité juridique qui exerce ses fonctions par l'intermédiaire de ses organes. Il présente une organisation qui existe pour la réalisation des intérêts communs de tous les membres de la communauté. En effet, les individus et les personnalités juridiques réalisent (de plus en plus) leurs droits (dans le plus grand nombre de cas) par l'intermédiaire de l'État, ainsi que l'État exerce ses attributions dans leur intérêt.

Outre l'État, on instaure des services publics et des entreprises publiques, aussi pour la réalisation des intérêts communs (sans leurs activités la vie serait presque inimaginable).

En tout cas, leurs attributions du point de vue de la théorie des droits subjectifs, peuvent être considérées comme "droits-fonctions". Cependant, ce sont des attributions juridiques-publiques et le but pour lequel elles s'instaurent est en effet leur caractéristique essentielle et on les nomme "attributions", [36] pour la différence des droits subjectifs. Les organes d'État peuvent exercer leurs attributions hors de leurs compétences (hors des conditions réglées) et alors il s'agit du vice de la procédure. Lorsque les organes de police imposent les mesures de limitations des libertés des citoyens sans existence de danger réel pour la sécurité et l'ordre public, c'est alors l'excès des attributions "excès de pouvoir". Cependant, les organes d'État peuvent exercer leurs attributions en restant dans les limites formelles, mais contrairement au but pour lequel elles leur étaient reconnues. Un tel exercice des attributions juridiques-publiques ou du pouvoir (détournement de pouvoir) n'est pas permis, car il présente leur abus.[37] Alors on parle de l'abus des attributions juridiques-publiques ou du pouvoir (détournement de pouvoir). Dans ce cas, les organes du pouvoir se comportent comme protecteur par rapport au protégé qui n'exerce pas ses attributions en accord avec leur but ou même comme le propriétaire ou titulaire d'un autre droit subjectif qui exerce son droit dans les limites de la norme juridique, mais uniquement avec l'intention de porter dommage à autrui, ou il l'exerce de la façon immorale, sans aucune utilité, etc. L'abus des attributions juridiques-publiques peut aussi être la conséquence de l'intention d'empêcher la réalisation du droit au sujet dans intérêt duquel se fait cette attribution. C'est pourquoi l'abus des attributions du pouvoir présente la raison pour l'annulation de tels actes administratifs.

33. La jurisprudence du Conseil d'État en France a livré les premiers cas de l'abus des attributions du pouvoir. Il est connu le cas quand le Conseil d'État a annulé l'ordre du président de la mairie selon lequel a été interdit l'accès à la plage aux baigneurs s'ils ne payaient pas une taxe de baigner, même s'ils ne se servaient pas des services.[38] Le

Conseil d'État a pris position que rien ne justifie cette mesure, ce qui montre que, sauf les droits subjectifs, les attributions publiques peuvent aussi être abusées.[39]

34. Sur l'abus des attributions administratives, comme les droits subjectifs, on peut parler dans le sens subjectif (plus restreint) et objectif (plus large). Selon la compréhension subjective, l'abus des attributions administratives existe quand celles-ci s'exercent uniquement avec l'intention de léser ou menacer les droits d'autrui. Dans le sens objectif, l'abus existe quand les organes administratifs et les services public exercent leurs attributions contrairement au but pour lequel celles-ci sont données - "injustice du but".[40]

Dans le droit comparé c'est la conception objective de l'abus des attributions publiques qui est acceptée.[41] La conception plus large de l'abus des attributions administratives est acceptée avec moins de difficultés, c'est à dire avec plus de compréhension. Les raisons pour ça résident dans le fait que les organes d'État, c'est à dire les services publics, exercent leurs attributions dans intérêt d'autrui. Dans les droits subjectifs au premier plan sont les attributions, étant donné qu'il s'agit d'abord de la réalisation des intérêts personnels et ensuite des obligations. L'abus des attributions administratives frappe leur but ou fonction qui remplissent presque toute attribution.

35. Si les organes administratifs, les services publics ou les entreprises publiques exercent leurs attributions dans l'intérêt commun, la question se pose alors comment est possible leur abus (auprès de leurs illégalités). L'abus des attributions publiques, ainsi que des droits subjectifs, est conséquence de la généralité des normes juridiques dont elles sont réglées. En effet, le plus grand nombre de normes juridiques permet une certaine liberté dans leur exercice, en créant ainsi de l'espace pour l'abus. C'est ça qui "déforme", "détourne" le but prévu par la loi. Quoique les attributions administratives s'exercent dans l'intérêt commun, leur "sens" est déterminé par la volonté de leur "titulaire". Celles-ci sont exercées de la part des sujets possédant la volonté qui peut orienter l'attribution donnée vers le but reconnu par la loi ou contrairement au but, bien que les limites des normes juridiques ne soient pas offensées par cela. Les attributions administratives, ou appelons-les les compétences si vous voulez, ne sont pas identiques au droit objectif - la norme juridique, bien que la "subjectivité" chez elles soit ramenée à la moindre mesure. Pour la bonne compréhension de l'abus des attributions administratives il est nécessaire de pénétrer dans l'intérieur du droit, c'est à dire de découvrir les limites, derrière celles-là postulées par les normes juridiques, qui sont primordiales, essentielles et "naturelles". Elles apparaissent comme des limitations qui sont en dépendance des circonstances de chaque cas concret. Ce principe est valable pour les droits civils subjectifs, mais pour les attributions administratives aussi.

36. Ainsi, par exemple, le responsable de la personnalité juridique abuse de son droit quand il décide du déplacement de l'ouvrier à un autre poste de travail sans que les raisons du service l'exige, alors que l'ouvrier remplis ses devoirs à l'heure et avec qualité, uniquement parce qu'il ne le supporte pas personnellement, pour des raisons religieuses ou politiques. Un organe d'État abuse aussi de son droit s'il ne permet pas le maintien d'un rassemblement politique, ou autre, sous prétexte que ceci dérangerait la circulation, alors que ces faits ne tiennent pas debout. Les services publics de leur part peuvent aussi abuser de leurs droits; une maison d'édition des journaux abuse de son droit si elle ne publie pas un interview professionnel d'un expert pour des raisons

politiques. On autorise un journal de donner des informations vraies et au temps juste sur toutes les questions importantes pour une société, c'est pourquoi un tel comportement peut être considéré comme l'abus de droit.

Dans le droit comparé, on cite le plus souvent les cas de l'abus des attributions d'État ou des services publics à l'occasion d'attribution des concessions pour l'exécution de certaines activités.[42] Ayant en vue le procès de la privatisation en Yougoslavie,

les abus des attributions dans cette sphère sont possibles. L'activité accentuée de l'État dans l'activité économique qui est conditionnée aussi par ledit procès augmente la possibilité de l'abus des pouvoirs publics (au cours des attributions des permissions d'importation et d'exportation).[43] Les plus grandes possibilités pour l'abus des attributions existent dans le cadre des services et des entreprises publics monopolistes en dépit des lois antimonopolistes.[44]

37. De tout ce qui est dit, il provient que la défense de l'abus de droit est un principe, et cela un des primordiaux, dans l'exercice du droit. Même si l'abus de droit n'est pas interdit par des règles particulières, la responsabilité pour l'abus dans le droit peut être exprimée aussi à la base de l'esprit des constitutions modernes. Là-dessus témoignent de nombreuses limitations du droit privé, le plus absolu des droits, dont l'exercice, selon l'esprit de la constitution, ne peut pas être exercé au détriment de la société. D'autant plus ceci démontre que les autres droits sont aussi limités.[45]

38. Les changements profonds survenus dans les sociétés contemporaines ont amené à l'érosion de la propriété, comme droit absolu. Plus précisément, le droit de propriété et les autres droits réels sont aujourd'hui très limités. Cela est surtout valable pour le domaine des rapports juridiques de voisinage, qui est depuis longtemps sous une réglementation civile importante (les règles urbaines et autres).

De l'autre côté, tout un "secteur" des droits privés considérés d'intouchables auparavant, et comme tels ils pouvaient être abusés, sont maintenant tout à fait réglés - les rapports de famille et d'héritage. L'exercice de nombreuses attributions familiales est réglé par des normes impératives. Ceci est valable aussi pour les rapports juridiques de travail, qui sont réglés à part et complètement, ce qui laisse très peu d'espace pour l'abus des attributions.

39. Avec la croissance du rôle de l'État dans la société, l'abus des attributions juridiques administratives devient de plus en plus actuel. Ceci d'autant plus que d'autres organisations exercent aussi des attributions publiques, les services et les entreprises publics, ce qui élargit encore plus le champ de l'application du principe de la défense de l'abus de droit. C'est pourquoi notre théorie juridique doit d'avantage s'occuper de ce domaine de la défense de l'abus de droit. La répression de l'abus des attributions administratives permet un exercice normal des droits subjectifs, ce qui, de plus en plus, dépend des actes des organes d'État et de ses organisations.

NOTES

1. Les autres sentences dans le même sens: "Male enim iure nostro uti non debemus" Gaius, (Inst.1, 53).

2. Voir le §1305 du Code civil autrichien ou 806 du Code civil serbe.

3. Celsus -D.6,1, 38.
4. M. Raymond, *De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété*, Rev. trim. de droit civil, N. 1. 1975
5. Marty-Raymond, *Droit civil*, Tome II, Paris, 1962, p. 280.
6. Cité d'après, M. Marković, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, Lyon, 1936, p. 62.
7. G. Cornu, *Droit civil*, Introduction, les personnes, les biens, 1991, p. 28.
8. Cour suprême de Voïvodine, Revue 154/87 du 25.2.1987, Pratique judiciaire, 9/87, p. 61.
9. Cour suprême de Serbie, Revue 526/74 du 22.11.1974, Revue économique-juridique, 7/75. Dans notre droit le Code des obligations interdit l'abus de droit: "Il est défendu l'exercice des droits du domaine des rapports d'obligations contrairement au but à cause duquel ce droit est instauré ou reconnu" (Art. 13).
10. V. Vizner, *Le commentaire du Code des obligations*, Zagreb, 1978, art.13.
11. D'après Marković, op. cit., p. 33.
12. D'après N. Perić, *La théorie de l'abus de droit et la législation civile*, Belgrade, 1912, p. 67.
13. Cité d'après Konstantinović, *La défense de l'abus de droit et la socialisation de la justice*, Annales de la Faculté de droit à Belgrade, 3-4/1982, p. 264.
14. I. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1926.
15. M. Marković, op. cit., p. 78.
16. La conception objective (plus large) de l'abus de droit représentaient: Raynaud, *L'abus des droits*, thèse, Paris 1904; F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome II, deuxième édition; R. Saleilles, *Étude sur la théorie générale d'obligations*; L. Josserand, *De l'esprit des droits et leur relativité*, deuxième édition, Paris, 1939. Cité d'après Marković, op. cit., p. 152 et 155 et suiv.
17. Dans le Code civil allemand il existe en grand nombre des règles par lesquelles on interdit indirectement l'abus des droits, parmi lesquelles il faut mentionner surtout les §§157 et 215 qui se rapportent au domaine du droit contractuel et par lesquels on exige de la part des participants la bonne foi dans ces rapports.
18. "Ni de ton droit tu n' peux pas t' servir seulement pour le dommage à l'autre ou ennui", cité d'après l'édition phototype de l'original de l'année 1888.
19. Voir l'article 281 du Code civil grec comme exemple d'une compréhension très large de l'abus de droit. La conception objective de l'abus de droit englobe aussi le dommage exprès comme critère de l'abus, c'est pourquoi elle est en même temps la conception objective-subjective.
20. Selon Marković, op. cit., p. 38.
21. Ibid., p. 92. Tel est par exemple le droit de tester dans les limites de la part disponible, ou le droit d'exclusion de l'héritage des héritiers potentiels qui n'ont pas le droit au part réservé. etc.
22. À l'article de Josserand: *L'esprit des droits et leur relativité*, Ripert a répondu par l'article: *L'abus ou la relativité des droits*, publié dans la Revue critique de leg. et de juris, 1929. Cité d'après R. Rodière, *L'abus de droit*, Annales, 1 - 2/1960, p. 3, remarque 7.
23. R.Rodière, op. cit., p. 5.
24. Ces autres droits, que Dabin nomme de "droits fonctionnels" sont caractéristiques pour toutes les personnalités juridiques. En effet, ils doivent être exercés dans l'intérêt à cause duquel le sujet juridique est fondé et non dans l'intérêt de la personne de l'organe qui l'exerce. J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 1952, p. 242 et suiv.
25. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, 1963, p. 327.
26. J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 1952, p. 240.
27. Ibid.
28. M. Pavčnik, *Le droit subjectif et son exercice*, Recueil pour la théorie du droit, cahier 2, Académie des sciences de Serbie, Belgrade, 1981, p. 146 et suiv.
29. R. Rodière, op. cit., p. 10.

30. J. Ghestin - G. Goubeaux, *Traité de Droit civil*, Introduction générale, Paris, 1977, p. 587.

31. J. Dabin, op. cit., p. 274.

32. Ibid.

33. M. Konstantinović, op. cit., p. 273.

34. Ibid. p. 274.

35. Le facteur limitant dans l'application de la théorie de l'abus de droit ne doit être l'état de la pratique judiciaire dans un pays, quoi qu'il ne soit pas sans importance. En effet, la déficience de la pratique judiciaire sur l'instauration des solutions communes et uniformes pour tous les cas égaux ou semblables, les soi-disant précédents, n'est pas favorable pour la pratique de la théorie de l'abus de droit. C'est pourquoi, dans notre pratique judiciaire d'avant guerre aussi que d'après guerre, on rencontre rarement les décisions judiciaires qui l'interdisent.

36. R. Lukić, *L'introduction dans le droit*, Belgrade, 1970, p. 271; A. Gams, *La notion de la propriété dans les pays capitalistes et socialistes*, Annales de la Faculté de droit, Belgrade, 1 - 2/1960, p. 13.

37. M. Konstantinović, op. cit., p. 270.

38. Claude Albert Colliard, L'abus de droit, Annales de la Faculté de droit à Belgrade, 3-4/1959, p. 262.

39. Les spécificités des attributions administratives sont, non seulement, d'être exercées dans un but déterminé, mais, qu'elles doivent être exercées, leur non-exercice, leur "silence" peut être traité comme un comportement illégal, mais aussi comme l'abus des attributions. Le non-exercice des droits subjectifs civils ne signifie pas, en principe, un comportement illicite, bien qu'il puisse exister aussi l'obligation d'exercice des droits (le non-exercice des droits de propriété dans certaines conditions sous-entend certaine responsabilité.). Outre cela, le contenu des attributions administratives est composé de la "volonté rationalisée" ou "la volonté législative" et non la volonté de cet organe d'État ou du service administratif. Les titulaires des droits civils subjectifs aussi se comportent rationnellement, mais ils peuvent aussi se comporter irrationnellement, par rapport à leur droit, à condition qu'il n'outragent pas par là les droits subjectifs des autres.

40. Diguít estime que c'est la nature des attributions des organes administratifs de procéder strictement en accord avec le but à cause duquel celles-ci sont reconnues qui donne aux actes des organes du pouvoir le caractère des actes publics et non la nature des organes du pouvoir. L. Diguít: *Traité de droit constitutionnel*, Paris, tome II, 1957, p. 385.

41. Dans notre droit, le Code de procédure administrative générale (1968) interdit l'abus de la façon suivante: "Dans les choses administratives dans lesquelles l'organe est autorisé par la loi, ou par une autorisation légale de les résoudre selon la libre appréciation doit apporter la décision dans les limites des autorisations et en accord avec le but des autorisations données." (art.2, al.2). Il y a des opinions qui disent que peuvent être abusés aussi les "actes juridiquement liés", c'est à dire ceux que les organes d'État doivent exercer en accord avec des conditions déterminées d'avance et non seulement à la base du pouvoir discrétionnaire.

42. G. Puttner, *L'équité dans la répartition des travaux publics ou des conditions déterminés d'avance*, La vie juridique, Belgrade, Tome II, 11-12/1994, p. 2382.

43. Le processus de la privatisation dans le droit yougoslave se développe parallèlement avec l'élargissement des attributions des directeurs, des chefs, des présidents etc., ce qui permet une suite d'abus. En effet, l'élargissement des attributions de ses sujets est souvent compris comme possibilité d'exercice arbitraire des droits, et on oublie que ceux-ci doivent être exercés en accord avec le but à cause duquel ils sont donnés (ce sont les droits-fonctions, c'est à dire les "droits fonctionnels").

44. Toutes les attributions administratives peuvent être l'objet de l'abus. Les attributions législatives de l'État peuvent aussi être abusées (l'abus de la forme juridique), mais il y a la

difficulté avec le contrôle de l'usage de ces attributions que la responsabilité pour leur tel exercice (par exemple les lois électorales).

45. La Constitution de la République de Serbie contient la règle : "L'abus des libertés et des droits de l'homme et du citoyen est contre-constitutionnel et punissable à la façon prévue par la loi" (art. 12, al. 3.).

DOMEN PRIMENE NAČELA ZABRANE ZLOUPOTREBE PRAVA

Radmila Kovačević-Kuštrimović

Prvi slučajevi zloupotrebe prava javljaju se u vezi sa vršenjem prava svojine na zemljištu. Najstarije odluke zabranjuju vlasniku da svoje zemljište upotrebljava jedino s namerom da drugome nanese štetu. Do zabrane zloupotrebe prava dolazi i prilikom vršenja ostalih stvarnih prava, kao i porodičnih i naslednih, tako da je prvobitni domen zabrane zloupotrebe prava oblast apsolutnih prava za koja se smatralo da svom imaocu pružaju neograničenu pravnu vlast. Ograničavanje apsolutnih subjektivnih prava imalo je za posledicu suzbijanje zloupotrebe.

Međutim, zloupotreba je zahvatila oblast javnih ovlašćenja. Izrazita uloga države u savremenim državama zahteva garantovanje širokih ovlašćenja njenim organima, javnim službama i tzv. paradržavnim organizacijama, što je omogućilo i pojavu njihove zloupotrebe. Otuda su javna ovlašćenja danas čest domen zloupotrebe. Pravo mora nastojati da zabrani zloupotrebu javnopravnih ovlašćenja, jer ona ograničavaju i često onemogućavaju ostvarivanje građanskih subjektivnih prava.

Ključne reči: *zloupotreba prava, subjektivno pravo, javnopravna ovlašćenja, rimsko pravo.*