

# LA SIMULATION DANS L'ACTE JURIDIQUE

par AHMED RIFAAT KHAFAGUI  
*Substitut au Parquet de la Sûreté de l'Etat*

## INTRODUCTION

La simulation est le fait de créer une fausse apparence dans la conclusion de l'acte juridique, comme le contrat. Elle implique l'existence d'une convention secrète qui double la convention apparente pour en détruire, en modifier ou en déplacer les effets.

Les actes juridiques en simulation peuvent être classés, au point de vue de la manifestation de la volonté, en acte bilatéral, c'est le contrat, et en acte unilatéral qui est l'oeuvre d'une seule volonté.

Ils peuvent être classés aussi en relation avec les situations juridiques, en acte subjectif, qui donne la naissance ou touche à une situation individuelle et subjective (le contrat est le type parfait de l'acte juridique subjectif) et en acte-condition, qui attribue à un individu déterminé, une situation générale objective qui se borne à déclencher l'attribution d'un statut objectif, comme le contrat de mariage.

La théorie de la simulation est placée dans le Code Civil Français au chapitre de la preuve des obligations; c'est l'article 1321 qui dispose:

"Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre parties contractantes, elles n'ont point d'effet contre les tiers."

A mon avis, le législateur Français a mal choisi la place de la théorie de la simulation parmi les textes du Code Civil.

J'adopte, à ce propos, la solution du Code Civil Egyptien qui a placé cette théorie dans le Titre II, concernant les effets des obligations, Chapitre III consacré aux moyens de réalisation et de garantie des droits des créanciers, ces sont les articles 244 et 245.

*L'article 244 dispose:* "En cas de simulation, les créanciers des parties contractantes et les ayants-cause à titre particulier, peuvent, s'ils sont de bonne foi se prévaloir de l'acte apparent. Ils peuvent également opposer la contre-lettre et établir par tous moyens, la simulation de l'acte qui leur fait préjudice.

2. — En cas de conflit d'intérêt entre plusieurs personnes, les unes se prévalant du contrat apparent, les autres de la contre-lettre, les premières seront préférées”.

*Article 245:* “Lorsque l'acte apparent cache un acte réel, ce dernier seul aura effet entre parties contractantes et leurs ayants-cause à titre universel”.

Dans le projet du Code des obligations et des contrats Franco-Italien, approuvé à Paris le 31 Octobre 1927, cette théorie est placée dans le septième paragraphe, intitulé “des effets des contrats” articles 49 et 50.

*l'article 49 dispose:* “Au cas de simulation, le contrat apparent ne produit pas d'effets entre les parties.

Si sous la forme d'un contrat, les parties ont voulu en conclure un autre, ce dernier est valable, pourvu qu'il réunisse toutes les conditions de fond requises pour sa validité.

Les créanciers des parties contractantes et les tiers, peuvent se prévaloir du contrat apparent pourvu qu'ils soient de bonne foi; ils peuvent aussi prouver la simulation faite à leur préjudice.

La simulation peut être prouvée par tous moyens, même entre parties:”

*L'article 50 dispose:* “Les contre-lettres qui ne sont point déclarées nulles par la Loi ont effet entre les parties contractantes et leurs successeurs à titre universel. Elles ne peuvent être opposées à ceux qui y ont été étrangers, mais ceux-ci peuvent s'en prévaloir”.

J'examinerai cette théorie en droit Français en la comparant au droit Egyptien. Je n'ai pas le loisir de l'étudier en droit Musulman, en droit Allemand et en droit Suisse.

J'ai choisi comme plan, deux parties:

*1ère partie:* consacrée à la notion de la simulation;

*Deuxième partie:* aux effets de la simulation, et enfin la conclusion.

## PREMIERE PARTIE

### LA NOTION DE LA SIMULATION

*La simulation et la fraude :*

La simulation dans l'acte juridique est une institution juridique qui fait créer une fausse apparence incompatible avec la réalité des relations nées de



l'acte. Elle est admise, en principe, par le droit, malgré qu'elle est une sorte de fiction juridique qui peut violer les règles consacrées par le législateur.

Elle peut être justifiée par de raisons honnêtes, pour cacher aux tiers la véritable opération juridique. Mais cela est rare, que la simulation ait un but licite. Ordinairement l'un des auteurs de l'acte simulé se propose de tromper quelqu'un, et la simulation est un moyen de fraude; elle suppose une pensée frauduleuse, soit fiscale soit civile.

La fraude fiscale est dans l'hypothèse où l'on dissimule une partie du prix d'une vente où l'on déguise une donation pour éviter de payer tout ou partie des droits fiscaux.

Comme exemple de la fraude civile on peut mentionner le cas quand on veut éviter l'application des règles d'ordre public, telles que les règles sur la réserve et le rapport des donations, sur les incapacités de recevoir, si l'on veut soustraire un bien à l'action de ses créanciers.

#### *La simulation et le dol:*

Le dol ressemble à la simulation en ce qu'il cache, lui aussi, une pensée secrète sous une apparence trompeuse.

Mais la simulation a pour but de détruire ou de modifier l'acte apparent, elle est une entente entre les parties contre les tiers; les parties donnent leur consentement en pleine connaissance de cause, aucune n'est trompée.

Le dol a pour but d'obtenir le consentement de l'une des parties en la trompant; il est dirigé contre l'une des parties seulement, soit par l'autre partie soit par un tiers.

#### *Cas de simulation:*

Vous savez bien que les éléments constitutifs du contrat sont le consentement, l'objet, la cause et la capacité des parties de contracter. La simulation peut porter sur un ou plusieurs de ces éléments.

1. — Elle peut porter sur le consentement même. Les parties peuvent faire un acte — acte fictif — qui est une convention purement fictive, étant entendu entre-elles qu'elles ne passent aucun contrat d'après un acte secret nommé "contre-lettre". Ce sera ainsi, par exemple, dans les aliénations simulées, un débiteur qui, voulant soustraire un bien à l'action de ses créanciers, le vend fictivement à un ami par acte apparent qui ne traduit pas la volonté réelle des parties. Ici l'acte secret peut détruire totalement l'acte ostensible.

2. — La simulation peut porter sur l'objet. Les parties ont bien voulu faire un acte juridique de la nature mentionnée à l'acte apparent, mais elles dissimulent le véritable objet. Il s'agira généralement d'une simulation partielle ou déguisement partiel; la plus fréquente est celle qui porte sur le montant exact du prix dans les ventes: Vous me vendez un immeuble pour L.Eg.4000, mais pour éviter le paiement de la totalité des droits fiscaux, l'acte de vente, passé devant le notaire porte un prix de Livres 2000; une contre-lettre passée en secret entre les parties contractantes modifie les conditions de l'acte ostensible en constatant que le prix véritable est de 4000 livres. Ici la fraude est dirigée contre le fisc qui perçoit un droit proportionnel sur le prix.

3. — La simulation porte souvent sur la cause. Elle a pour but de cacher la véritable nature du contrat, la véritable qualification de l'acte ostensible. Souvent, alors, il y aura à la fois simulation à l'objet et quant à la cause. Le cas le plus fréquent est celui de la donation déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux, d'une vente. Il y a bien dissimulation de l'objet puisqu'il est entendu que le prétendu acquéreur n'aura en réalité aucun prix à payer, mais pour l'obligation de l'aliénateur, il y a seulement cause simulée, puisqu'il s'engage bien à transférer la propriété; mais son obligation a pour cause son intention libérale et non pas la réception du prix supposé. On dit alors que l'acte est déguisé.

Le plus souvent, c'est contre le Fisc que cette simulation est dirigée parce que les droits de mutation sont moins élevés pour les acquisitions à titre onéreux que pour les acquisitions à titre gratuit.

En d'autres cas, c'est un tiers qui est lésé par la simulation de la vérité, comme les héritiers réservataires ?

4. — La simulation peut encore porter sur la personne même des parties contractantes. C'est le cas de l'interposition de personnes, qui peut avoir deux buts différents.

- a) La personne qui s'en sert veut se cacher à l'autre partie de façon à laisser ignorer à cette dernière le nom véritable de celui avec qui elle traite. Ce but ne peut être atteint que si l'interposition de personne réussit à tromper même l'autre contractant. Dans ce cas la simulation s'apparente au dol.
- b) Le prête-nom; c'est la personne qui figure dans l'acte apparent; elle peut être employée pour permettre à quelqu'un de faire un acte qui ne lui sera permis s'il le faisait ostensiblement. En ce cas l'intervention du prête-nom peut être connue de l'autre partie: s'il s'agit d'elle qu'on veut tromper; c'est une fraude à la Loi et qui a comme but d'éviter une nullité ou les réclamations d'un tiers, par exemple, un notaire, qui con-



trairement à la défense de la Loi, reçoit un acte dans lequel il est personnellement intéressé et fait figurer un prête-nom à sa place; ou le cas d'un père qui fait donation à son enfant adultérin par l'intermédiaire d'une personne interposée; ou du fonctionnaire à qui il est interdit par la Loi de faire le commerce mais qui l'exerce par un prête-nom.

#### *Conditions de la simulation:*

A l'aide de ces cas, l'on peut déduire que les conditions de la simulation sont les suivantes:

1. — Il faut avoir deux contrats: en d'autres termes plus exacts il faut qu'il y ait deux situations l'une apparente et l'autre secrète et que les parties soient d'accord sur celle qu'elles entendent faire en réalité.

2. — L'acte secret doit être contemporain de l'acte apparent car ce dernier, dans la pensée des parties n'a jamais eu de valeur véritable. La simulation doit être distinguée de la résiliation qui est un accord postérieur en vertu duquel les parties mettent fin aux effets d'une convention.

3. — L'acte modificatif est secret, son existence ne doit pas être révélé par l'acte apparent.

### *DEUXIEME PARTIE*

#### **EFFETS DE LA SIMULATION**

##### **En principe la simulation est une institution juridique valable**

La simulation n'est pas une cause de nullité, en règle générale.

Cette solution résulte tacitement du texte de l'article 1321 qui édicte que la contre-lettre produit ses effets entre les parties contractantes.

Toutefois il existe quelques exceptions à ce principe: La simulation est une cause de nullité, mais cette nullité n'a pas toujours la même gravité; tantôt elle n'atteint que l'acte secret, tantôt, au contraire, elle frappe l'opération juridique toute entière.

##### *A.) Nullité de l'acte secret:*

C'est dans les hypothèses où la simulation porte atteinte à des intérêts que le législateur ou la jurisprudence ont entendu protéger comme essentiels.

Pour reprimer les manoeuvres frauduleuses, l'acte apparent devrait se suffire à lui-même et l'acte secret être privé de tout effet, même dans les rapports entre parties.

La nullité de l'acte secret est inspirée par la notion d'ordre public; il s'ensuit que la nullité est une nullité absolue.

*Exemples:* La nullité des contre-lettres dans les contrats de mariage (actes-conditions), après avoir signé leur contrat de mariage, les futurs époux peuvent être tentés d'en modifier les clauses par une convention additionnelle (art. 1396 alinéa 2 du Code Civil Français).

Beaucoup de fraudes se commettent contre le Trésor, principalement dans les ventes, où les parties déclarent un prix inférieur au prix réel pour diminuer le montant des droits qu'ils auront à payer. Des Lois ont été promulguées déclarant nulles et de nul effets toutes contre-lettres tendant à dissimuler les prix — tout ou partie — dans les actes juridiques.

#### B.) *Nullité frappant l'opération juridique toute entière:*

C'est l'hypothèse où la simulation a eu pour but d'enfreindre une prohibition expresse de la Loi. L'acte secret n'est qu'un des éléments de l'opération; il complète l'acte ostensible et lui donne son véritable sens en faisant apparaître la fraude. C'est donc l'ensemble du contrat qui doit tomber.

*Exemples:* Le Code Civil Français établit dans l'article 1099 alinéa 2, la nullité de toute donation entre époux lorsque celle-ci est déguisée ou faite par personne interposée.

L'article 911 déclare nulle la donation au profit d'un incapable de recevoir à titre gratuit, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées. Seront réputées personnes interposées, les père et mère, les enfants et descendants et l'époux de la personne incapable. Il résulte de cet article que la convention avec prête-nom est atteinte de nullité, car l'interposition de personne ne peut permettre d'enfreindre une prohibition légale.

La règle précédente qui constate que la simulation n'est pas une cause de nullité en principe, cette règle était consacrée explicitement dans l'ancien code civil Egyptien (article 48 du Code Indigène, 70 du Code Mixte) (article 488 al. 2 du nouveau Code Civil) qui déclare valable la donation qui n'est pas faite dans la forme authentique, mais déguisée sous un autre acte juridique, comme le contrat de vente. Cette règle est consacrée aussi, tacitement, dans notre nouveau Code Civil Egyptien (l'article 245) qui édicte que: "Lorsque l'acte apparent cache un acte réel, ce dernier seul aura effet entre parties contractantes et leurs ayants-cause à titre universel". Mais la note explicative, à propos de cet article, a déclaré expressément que la simulation n'est pas une cause de nullité.



Cette règle est édictée plus exactement, au point de vue de la technique juridique, par le projet du Code des Obligations et des Contrats Franco-Italien approuvé à Paris le 31 Octobre 1927 (l'article 50) qui dispose que: "Les contre-lettres qui ne sont point déclarées nulles par la Loi, ont effet entre les parties contractantes et leurs successeurs à titre universel".

Cet article a englobé en même temps le principe et ses exceptions visées par le législateur.

#### *Rapports des parties entre-elles:*

Entre les parties contractantes, l'acte secret qui est la contre-lettre, régit leurs relations juridiques. Cette solution a trouvé son fondement dans le principe de la liberté contractuelle, cette liberté inspirée par l'autonomie de la volonté. Ce principe exige, en cas de conflit, entre la volonté déclarée et la volonté interne, qu'on doit appliquer la volonté interne. Ainsi à ce propos, la volonté réelle des contractants doit prévaloir sur la volonté déclarée.

Cette règle est édictée par l'article 1321 du Code Civil Français: "Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes..." et par l'article 245 du Code Civil Egyptien: "Lorsque l'acte apparent cache un acte réel, ce dernier seul aura effet entre les parties contractantes et leur ayants-cause à titre universel", et par le projet Franco-Italien des Obligations, article 49: "Au cas de simulation, le contrat apparent ne produit pas d'effet entre les parties.

Si sous la forme d'un contrat, les parties ont voulu en conclure un autre, ce dernier est valable pourvu qu'il réunisse toutes les conditions de fond requises pour sa validité."

Et l'article 50: "Les contre-lettres... ont effet entre les parties contractantes et leurs successeurs à titre universel."

Dans le cas de simulation par l'intervention d'un prête-nom, nous avons trois personnes: les deux parties et le prête-nom. C'est dans la personne du prête-nom qu'au regard du co-contractant se sont réalisés les effets du contrat. C'est la prête-nom qui est devenu personnellement débiteur ou créancier de son co-contractant. Mais il y a un deuxième rapport puisque l'opération se décompose en deux contrats distincts; c'est le rapport du prête-nom avec la personne pour compte de laquelle il a agi, ce rapport est réglé par le contrat du mandat, une sorte de représentation.

A ce propos, il faut distinguer entre la simulation par prête-nom ou interposition de personnes d'une part et la représentation d'autre part.

Dans le premier cas, le prête-nom ou la personne interposée, conclut le contrat apparent pour son compte et en la réalité des choses pour le compte

d'une troisième personne, soit que son co-contractant ne connaît pas sa qualité, soit qu'il la connaît. Il y a simulation.

Dans la représentation, le représentant a ouvertement déclaré dans la conclusion du contrat qu'il agit pour compte du représenté et non pas pour son propre compte. Dans ce cas il n'y a pas de simulation mais de représentation.

Pour prouver la simulation entre parties, il est admis en droit Français ainsi qu'en droit Egyptien, qu'elle doit être faite par le moyen d'un écrit pour combattre un acte apparent, excepté en cas de simulation qui cache une fraude à la Loi. Dans ce cas on peut la prouver par tous les moyens. Cette solution est adoptée, malgré qu'elle n'est pas visée par les législateurs français et égyptiens, car elle est l'application des règles générales en matière de preuves.

Mais le projet des Obligations Franco-Italien de 1927 n'a pas consacré l'application de ces règles générales, il les a par contre violées, en édictant dans le dernier alinéa de l'article 49: "La simulation peut être prouvée par tous moyens, même entre les parties".

#### *Rapports des parties et des tiers:*

Il faut d'abord définir les tiers dans la simulation qui diffèrent des tiers dans le contrat. Le législateur français, ainsi que la jurisprudence et la doctrine ont admis, à cet égard, que les "TIERS" sont:

1. — Les ayants-cause à titre particulier; ce sont les acquéreurs de droits réels qui ont traité avec les parties postérieurement à l'acte simulé.
2. — Les créanciers chirographaires des parties.

Notre droit Egyptien a adopté cette solution dans son article 244 du Code Civil.

La règle, c'est que l'acte secret n'a aucun effet à l'égard des tiers, en d'autres termes il est inopposable aux tiers, c'est à dire qu'il faut tenir compte de l'acte apparent qui seul sera exécuté; (article 1321 du Code Français, art. 244 al. 1 du Code Egyptien, art. 49 al.3 du projet Franco-Italien).

Cependant les tiers peuvent avoir intérêt à invoquer l'acte secret. Alors on doit reconnaître le droit aux tiers à l'invoquer.

Mais il y a une réserve à cette exception selon laquelle qu'en cas de conflit d'intérêts entre les tiers, il faut donner la préférence à l'application de l'acte apparent.



On peut justifier cette dernière idée, qui est visée par le législateur, par la nécessité d'assurer la sécurité des relations sociales (art. 244 du Code Egyptien, art. 50 al. 2 du projet du Code Franco-Italien).

Les tiers peuvent établir la simulation et l'existence de la contre-lettre qui leur bénéficie, par tous moyens.

C'est visé par l'art. 244 al.I du Code Civil Egyptien, l'article 49 alinéa 4 du projet du Code Franco-Italien.

Le législateur Français a établi dans certains cas, certaines présomptions de simulation, pour faciliter la preuve, par exemple les articles 911 et 1100 du Code Civil qui ont posé des présomptions d'interposition de personne.

Il en résulte que les créanciers chirographaires peuvent invoquer la simulation de l'acte apparent pour bénéficier de la contre-lettre en intentant l'action en simulation.

Je n'ai pas le loisir d'expliquer et faire la comparaison entre l'action en simulation et les actions paulienne et actions indirectes (obliques) qui règlementent l'insolvabilité civile du débiteur.

## CONCLUSION

On peut conclure notre recherche en acceptant que la simulation dans l'acte juridique, qui est un phénomène du principe de la liberté contractuelle et qu'elle subit actuellement une véritable crise. Cette crise est créée par la tendance du législateur moderne et est causée par sa méfiance envers les actes simulés, vers l'interposition des personnes. Cette tendance est justifiée par la croyance du législateur que la simulation contient dans la plupart des cas une fraude à la Loi qui est une véritable violation des règles de l'ordre public, qu'elle soit une fraude civile une fraude fiscale ou l'intention du débiteur est de diminuer le gage au profit de ses créanciers chirographaires.

Vous avez vu que la Loi a expressément déclaré la nullité des contre-lettres dans les cessions d'offices ministériels; vous avez vu que la Loi a frappé de nullité les contre-lettres en cas de dissimulation du prix qui est une fraude contre le fisc.

Aussi le législateur égyptien, malgré la réglementation de la simulation dans les articles 244 et 245 du Code Civil, l'a regardée avec méfiance. Il a stipulé dans plusieurs articles qu'on ne peut pas violer leurs règles par la simulation. Exemples:

*Article 471:*

“Les magistrats, membres du Ministère Public, Avocats, Greffiers et Huissiers ne pourront acheter, ni par eux-mêmes ni par personne interposée, en tout ou en partie, des droits litigieux qui sont de la compétence des Tribunaux dans le ressort desquels ils exercent leurs fonctions et ce à peine de nullité de la vente”.

*Article 472:*

“Les Avocats ne peuvent, ni par eux-mêmes ni par personne interposée, faire avec leurs clients aucun acte relatif aux droits litigieux lorsqu'ils ont assumé la défense de ces droits et ce, à peine de nullité du pacte”.

*Article 479 :*

“Sous réserve des dispositions prévues par d'autres lois, celui qui représente une autre personne en vertu d'une convention, d'une disposition légale ou d'une décision de l'autorité compétente, ne peut acheter, ni directement par lui-même, ni par personne interposée, même par adjudication, ce qu'il est chargé de vendre en sa qualité de représentant, à moins d'y être autorisé par décision de justice.

*Article 480:*

“Les courtiers et experts ne peuvent acheter, ni par eux-mêmes ni par personne interposée, des biens dont la vente ou l'estimation leur a été confiée.”

Parfois le législateur a créé une présomption légale de simulation, comme par exemple par l'article 3 alinéa 3 du Décret-Loi No. 178 du 9 Septembre 1952 sur la Réforme agraire qui édicte que:

“On ne tient pas compte dans l'application de cette loi les aliénations du propriétaire après le 23 Juillet 1952 ni les aliénations du propriétaire après le 1er Janvier 1944 à son conjoint, à ses ascendants et leurs conjoints”.

La note explicative de cette loi a déclaré expressément que “cette aliénation est dissimulée par le motif de la fraude à la Loi après notre Revolution Nationale dans le premier cas ou contre le fisc pour échapper à l'impôt sur les successions qui est entré en vigueur le 1er Janvier 1944.”

Enfin il faut dire que l'extension de la notion de l'ordre public implique et aboutit dans une certaine mesure à la diminution de l'efficacité de la simulation, de sorte qu'il y aura, à notre avis, dans l'avenir presque une négation à la conception de la simulation.



C'est en réalité une grave atteinte à la théorie de l'autonomie de la volonté au point de vue philosophique et au principe de la liberté contractuelle au point de vue technique.

**Ahmed Rifaat Khafagui**

*Substitut au Parquet de la Sureté de l'Etat*

(Etude superficielle de la question  
et non approfondie)

### BIBLIOGRAPHIE

1. Planiol et Ripert.
2. Colin et Capitant.
3. Code de Droit Civil (Collection Dalloz)
4. Projet de Code Franco-Italien des Obligations du 31 Octobre 1927 et son rapport.
5. Code du Droit Civil Egyptien et sa note explicative.
6. Les ouvrages du Dr. El Sanhoury.
7. Manuel de Droit Civil, par Dr. Abou Steute.
8. Article dans la Revue des Avocats. 8e Année p. 947 par Mr. Saleib Samy.

# THEORIE DE L'ABUS DES DROITS

## BIBLIOGRAPHIE :

1. — Planiol et Ripert.
2. — Colin et Capitant.
3. — Ripert: *La règle morale dans les obligations civiles. Le régime démocratique et le droit civil moderne.*
4. — Markovitch 1936: *La Théorie de l'abus des droits en droit comparé.*
5. — *Projet Franco-Italien des obligations et contrats 1927 et son rapport.*
6. — Article de M. Antoine Mazas, directeur de l'Ecole Française de Droit de Beyrouth, dans les annales de l'Ecole Française de Droit de Beyrouth, Université de Lyon, Année 1945, Numéro 3, *L'abus des droits dans les codes libanais de 1932-1933.*
7. — Mon article en langue arabe dans la revue des avocats, Numéro de Novembre 1950 pages 637 à 648 intitulé:

*La faute déguisée en droit Egyptien, étude historique juridique des articles 4 et 5 du droit civil Egyptien, et la bibliographie de cette étude en droit Egyptien et en droit musulman.*

## INTRODUCTION

### 1. — *Position du problème :*

Le titulaire d'un droit cherche à en épuiser ses prérogatives. Peu importe s'il lèse autrui. Il a pour lui l'autorité des maximes. La loi ne s'occupe pas de cette lésion et pourquoi s'en occuperait-elle, il n'est pas coupable de commettre aucune faute. Gosserand dit: "La faute consiste dans la lésion dans un droit sans réclamer un droit supérieur ou équivalent". Il y a un adage d'après lequel il ne lèse personne, celui qui use son droit. Dès lors, il n'y a pas de responsabilité quand on use un droit.

Contre la force de ces maximes juridiques traditionnelles la morale proteste. Elle aussi condense son commandement dans une maxime qui édicte que "Summum jus summa injuria" c'est-à-dire aller jusqu'au bout d'un droit, c'est commettre une faute. C'est la plus grande injustice que l'on puisse commettre de prétendre tirer d'un droit les avantages suprêmes qu'il peut comporter. Il y a aussi un autre adage qui édicte qu'on ne doit pas user mal un droit.



A cause de cette divergence des tendances, la théorie de l'abus des droits occupe une place très importante dans la littérature juridique. Il s'agit de demander si, dans ce cas, il faut admettre une responsabilité fondée sur une faute dans l'exercice des droits. Question philosophique, que nous sommes en présence dans le domaine du droit.

## 2. — *Exemples :*

L'exemple le plus remarquable sont les dommages causés par l'exercice du droit de propriété aux propriétés voisines. Il se trouve aussi dans l'abus du droit d'ester en justice, le demandeur abuse son droit s'il intente une action vexatoire, s'il épuise sans raison les voies de recours légales. Le créancier abuse son droit d'exécution du jugement qui n'est pas définitif ou pratique une saisie d'une exagération évidente. Le contractant abuse son droit de résiliation dans le seul dessein de nuire au co-contractant.

Cependant il y a des droits qui ne sont pas susceptibles d'abus comme le droit de faire opposition à un mariage de l'enfant mineur par les parents, le droit de puissance paternelle ou de puissance maritale (Loi de 1942 — Art 217 et 219 du C.c. Fr.) Ce sont des droits de caractère absolu.

## 3. — *Nomination de la Théorie :*

Presque tous les auteurs ont nommé cette théorie de "l'abus des droits." Monsieur Planiol a critiqué cette théorie et sa nomination en consacrant que "la formule usage abusif des droits est une logomachie, car si j'use mon droit, mon acte est licite et quand il est illicite, c'est que je dépasse mon droit et que j'agis sans droit. Le droit cesse où l'abus commence. Le même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit".

Monsieur Marc Dessertou a favorisé une autre nomination, telle est "la théorie des conflits des droits" Il a posé des règles des moyens de la solution de ces conflits en préférant tel ou tel droit.

Enfin notre vénéré juriste Monsieur Moustapha Marie, dans son ouvrage "la responsabilité civile en droit égyptien" a adopté une autre nomination de la théorie. C'est "la faute déguisée sous les droits". Il édicte que la faute est tout acte commis par un homme non diligent. Celui qui abuse son droit commet une faute. Cette personne n'est pas diligente. La nature même du droit est lointaine de tout abus. En réalité des choses, l'abusant a commis une faute déguisée sous un droit, croyant que ce droit le protège contre la responsabilité. J'ai soutenu cette nomination dans mon article précité, car je la considère conciliable avec les principes généraux du droit et l'esprit de toute législation.

#### 4. — *Plan* :

Après cette introduction très générale dans la matière, il nous faut établir un plan de recherche, tiré du fond du sujet. J'ai imaginé un plan scientifique qui consiste à étudier successivement dans la première partie le développement et le fondement de la théorie en droit comparé. Dans la deuxième partie je traiterai l'application juridique de la théorie. Et enfin j'examinerai brièvement dans une conclusion le danger de cette théorie et son avenir.

### PREMIERE PARTIE

#### DEVELOPPEMENT ET FONDEMENT DE LA THEORIE EN DROIT COMPARE

##### 5. — *Le droit romain* :

Le droit romain n'a pas connu le concept "abus des droits" Cela ne veut pourtant pas dire que le droit romain n'ait pas possédé des moyens pour combattre l'exercice abusif des droits. Il suffit de mentionner l'action pauliana, sans avoir besoin de prouver qu'elle servait à empêcher l'abus du droit du débiteur de disposer librement de ses biens.

En réalité le droit romain a posé la semence de cette théorie dans l'histoire de la vie juridique. Il a limité les droits et les pouvoirs comme les *dominium ex jure quiritum*, *patria potestas*, *dominico potestas*, *manus*.

##### 6. — *Le Droit musulman* :

Les bases de la théorie sont posées par les textes du Coran et les lignes essentielles de la doctrine ont été édifiées dès le deuxième siècle de l'Hégire. L'ensemble de la théorie s'est consolidé et immobilisé au cours des quatorzième et quinzième siècles.

En droit musulman on a dit que, personne n'a ni un droit ni une propriété. Tout appartient à Dieu qui les a octroyés aux êtres humains. Alors ceux-ci sont devenus jouissant des droits. Dieu interdit tout abus des droits. Le Prophète Mohamed a consacré à plusieurs reprises qu'il ne faut pas causer de dommage à autrui, c'est le but de la religion musulmane.

Cette théorie a eu ses partisans et ses adversaires. Il y a eu une véritable lutte doctrinale.



Un chef d'un rite, Abou Hanifah soutient cette théorie au point de vue religieux et non au point de vue juridique, c'est-à-dire que celui qui a abusé son droit a manqué à son obligation religieuse morale, mais il n'a pas commis une faute juridique.

Alors, il ne sera pas responsable civilement, sa responsabilité se borne religieusement envers Dieu, moralement à cause d'une violation d'une règle morale.

Ce jurisconsulte a été soutenu à cet égard par d'autres chefs des rites qui sont Ahmed-Ibn Hanbal et El Shafii et leurs disciples.

Cependant, la doctrine du fondateur du rite malekite (Malek-Ibn Anas) qui interdit l'abus des droits civilement, religieusement, moralement est inspirée par l'idée d'un équilibre harmonieux et équitable à établir entre les droits individuels. Lorsqu'il s'agit d'apprécier l'exercice d'un droit individuel, il faut prendre en considération les intérêts supérieurs des autres membres du groupe social. Cette doctrine se ramène à trois principes:

1. — L'exercice d'un droit ne peut se produire que dans le but pour lequel ce droit a été accordé.

2. — L'exercice d'un droit cesse d'être légitime à partir de l'instant où le dommage qu'il entraîne est excessif.

3. — Nul ne doit exercer son droit quand l'exercice ne doit lui-être d'aucun profit et risque, de porter préjudice à autrui.

Alors le critère est simple, la directive générale est l'idée de la destination sociale des droits.

Dans son application à des cas concrets, cette idée se traduit par quatre critères que la jurisprudence place sur le même plan. L'exercice des droits devient abusif:

1. — Lorsqu'il est motivé par l'intention de nuire.

2. — Lorsqu'il ne représente aucun intérêt pour le titulaire alors qu'il entraîne un préjudice pour autrui.

3. — Lorsque le dommage subi par les tiers a le caractère d'un préjudice général.

4. — Lorsqu'il cause un préjudice excessif.

Enfin les poste — Hanafistes étaient obligés de soutenir cette dernière tendance. Admis également par Monsieur Mohamed Kadry Pacha dans son ouvrage élaboré en codifiant le droit musulman, intitulé: "Le guide de

l'inquiet pour savoir les statuts de l'être humain", livre premier "les biens", troisième chapitre, article 57 qui édicte: "Le propriétaire pourra user de son droit comme il veut, en observant de ne pas nuire à son voisin".

Ce code est rédigé d'après la doctrine du rite Hanafiste.

#### 7. — *Le droit français.*

La doctrine classique du quatorzième siècle disait qu'il ne peut y avoir faute si le fait dommageable résulte de l'exercice d'un droit par son auteur. Le propriétaire qui, usant de son droit, construit une maison et bouche la vue que possédait son voisin, n'est pas responsable du préjudice ainsi causé. Et cette solution paraissait logique, imposée par la conception individualiste du droit.

Sous l'empire de cette conception, le législateur français en codifiant le droit civil en 1804, a ignoré cette théorie. On enseigne en général la rigoureuse séparation de la morale et du droit, quelque soit le désir qu'aient eu les rédacteurs du code civil de séparer le domaine du droit de celui de la morale.

Nous avons vu comment Planiol a défendu contre cette théorie.

Mais après l'apparition de la conception collectiviste, et sous l'influence de la règle morale, la jurisprudence française a élaboré une véritable théorie tout à fait progressive.

Dans une première étape la jurisprudence, en adoptant la règle de la faute intentionnelle, a considéré que l'exercice du droit dans l'intention de nuire comme générateur d'une faute.

Dans une deuxième étape, et grâce à la preuve de l'intention de nuire, le juge dit qu'il y a en fait une intention de nuire quand on exerce le droit sans utilité. On se borne de constater que l'absence d'utilité suppose l'intention de nuire. Alors on change la notion, quand il y a exercice du droit sans utilité, même s'il n'y a pas intention de nuire.

Enfin et dans une dernière étape, l'expression d'abus du droit désigne l'acte qui, accompli régulièrement dans l'exercice d'un droit a pourtant un caractère anormal par rapport au mode d'exercice habituel d'un droit semblable. Le juge peut trouver un emploi défectueux en comparant la conduite de l'auteur de l'acte dommageable à celle du titulaire d'un même droit agissant correctement. Alors, et sous ce fondement, la jurisprudence française a justifié l'application de l'article 1382 du code civil en matière de responsabilité.



La doctrine moderne, à son tour, sous l'influence des nécessités pratiques et du déclin des conceptions individualistes a assuré la position prise par la jurisprudence.

#### 8. — *Le Droit Egyptien:*

Suivant le code civil français, l'ancien code civil égyptien (code mixte de 1875 — code-indigène de 1883) n'a pas apporté un texte concernant cette théorie, sauf quelques articles pour des cas particuliers (articles 168-522). Mais la doctrine et la jurisprudence égyptiennes ont constitué une théorie de l'abus des droits inspirés par la solution française précédente.

Le nouveau code civil égyptien a été promulgué le 16 Juillet 1948 par la loi Numéro 131, publiée dans le Journal Officiel No. 108 extraordinaire du 29 Juillet 1948, mis en vigueur à partir du 15 Octobre 1949 (article 2 de la loi de promulgation). Dans le titre préliminaire (Dispositions générales — Chapitre Premier) "Les lois et leur application", paragraphe Premier "La loi et les droits" il y a deux articles concernant la matière.

##### *Article 4 :*

Celui qui exerce légitimement son droit n'est point responsable du préjudice qui en résulte.

##### *Article 5:*

L'exercice du droit est considéré comme illégitime dans les cas suivants:

- a) S'il a lieu dans le seul but de nuire à autrui;
- b) S'il tend à la satisfaction d'un intérêt dont l'importance est minime par rapport au préjudice qui en résulte pour autrui;
- c) S'il tend à la satisfaction d'un intérêt illicite".

Il me semble que le législateur égyptien a adopté la conception musulmane à ce propos. Cela paraît expressément dans la note explicative de ce droit. Cette note consacre que: "La Théorie de l'abus des droits, d'après la doctrine musulmane, est plus excellente que celle des droits occidentaux, cela a poussé les rédacteurs du projet d'utiliser la conception musulmane en rédigeant les dispositions techniques à cet égard. Les trois critères cités sont inspirés par la doctrine musulmane."

### 9. — *Les Droits Etrangers:*

La théorie est développée en droit comparé. Tous les codes modernes la consacrent.

Le projet Franco-Italien, dans la sixième section (des actes illicites) article 7 dispose que "Toute faute qui cause un dommage à autrui oblige celui qui l'a commise à le réparer.

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".

Le Code Libanais des obligations et des contrats a reproduit l'article précédent dans son article 124 et aussi le Code Polonais dans son article 125.

Dans son article 226 le code civil allemand dit en termes généraux:

"L'exercice d'un droit n'est pas permis lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer un dommage à autrui".

Le code civil suisse contient dans son titre préliminaire l'article 2 qui édicte:

"Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi".

Le code des Républiques Soviétiques a posé dans son article premier le principe suivant:

"Les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans la mesure où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale"

Aussi le code chinois dans l'article 148,

le code autrichien dans l'article 1295.

le code turc dans l'article 2,

le code espagnol dans l'article 1908,

le code portugais dans l'article 245,



## DEUXIEME PARTIE

### APPLICATION JURIDIQUE DE LA THEORIE

#### 10. — *Droits et Facultés:*

Nous sommes en présence de l'abus des droits et non de l'abus des facultés. Le droit est une faculté que la loi reconnaît à une personne déterminée, comme le droit de propriété. Mais la faculté est reconnue par la loi à tout le monde sans détermination comme la liberté publique. La faculté n'a pas besoin de la notion de l'abus pour protéger le tiers contre tout dommage né de son exercice.

#### 11. — *Domaine d'application:*

La théorie s'applique-t-elle aux droits nés des obligations ou à tout droit, soit en droit privé ou droit public ?

Cela a poussé de demander, quelle est la place de cette théorie ?

Certains codes ont placé cette théorie dans le chapitre consacré à la responsabilité, comme le projet franco-italien, le code libanais, le code polonais, en considérant que l'abus des droits est une extension du fait illicite.

D'autres comme le code égyptien, le code suisse ont traité cette théorie dans le livre préliminaire du code civil.

Monsieur Linant de Bellefonds, dans une réunion de la Commission de révision du code civil égyptien, le 23 Avril 1936, a soutenu la première solution.

Monsieur Saleilles avait proposé à la Commission de révision du code civil français, d'introduire dans le titre préliminaire du code et après l'article 6 un texte général défendant au titulaire d'un droit d'en abuser, il avait bien vu qu'il y avait là, non la simple application d'une règle de la responsabilité, mais un principe général de droit.

Alors et d'après notre code civil, la théorie s'applique en droit civil, en droit commercial, en droit des procédures, aussi bien qu'en droit public.

#### 12. — *Sanction de l'abus:*

La place, ainsi donnée à notre problème a-t-elle une autre importance pratique quant à la sanction de l'abus ?

On pourrait songer à le soutenir et raisonner alors de la façon suivante. Si l'exercice abusif d'un droit n'est plus protégé il s'agit d'un fait sans droit, la sanction sera non seulement la réparation du préjudice causé, mais pourra être une sanction en nature, le refus d'action, l'obligation de mettre fin à l'agissement illégal. Si, au contraire, l'on se place uniquement sur le terrain de la faute, il y aura lieu à condamnation à dommages-intérêts sans doute, mais l'acte étant accompli dans les limites légales du droit ne pourra en lui-même être interdit directement.

Mais en réalité ce raisonnement n'est pas pertinent. La jurisprudence française n'a jamais hésité, outre la condamnation aux dommages-intérêts, à ordonner en nature les mesures propres à faire cesser le préjudice ou même à l'empêcher de naître. Le propriétaire qui a construit une fausse cheminée pour nuire à son voisin sera condamné à la démolir, aussi bien qu'à de dommages-intérêts.

### 13. — *Sanction en droit romain :*

En droit romain, l'abus des droits était considéré comme un délit pénal privé, le délit d'injure "injuria". Alors les romains ont sanctionné l'abus des droits par l'octroi de l'injure qui était une action infamante, estimatoire c'est-à-dire sa taxation est faite par le magistrat. Comme exemple de l'abus les romains disent que celui qui cite en justice une caution qui est un débiteur subsidiaire tandis que le débiteur principal est solvable, abuse de son droit.

### 14. — *Sanction en droit musulman :*

La théorie musulmane s'applique à tous les droits quel qu'en soient l'objet et la nature, elle se présente comme un élément de conciliation entre les exigences du droit strict et celle de l'équité, un procédé par lequel se réalise la réaction de la morale religieuse sur les règles de droit.

Le droit musulman laisse au juge, non seulement une liberté considérable d'appréciation des faits, mais encore une liberté relative dans le choix et le dosage de la sanction de l'usage illicite des droits. Le juge pourra sanctionner cet usage par la condamnation aux dommages-intérêts, aussi en nature en ordonnant les mesures propres à faire cesser le préjudice. Egalement il peut infliger à tout abusant de son droit, une peine quelconque violant la règle "nulla poena sine lege". Il y a enfin une sanction religieuse.



## CONCLUSION

15. — *Dangers de la théorie:*

Arbitraire. Si on veut. Cette théorie offre le danger du contrôle arbitraire du juge sur l'exercice des droits. Elle suppose de la part du juge une délicate appréciation sur les motifs légitimes de l'action. Permettre au juge d'appliquer encore ici la notion de faute, c'est lui permettre d'apporter des correctifs aux termes dont s'est servi le législateur, d'apposer au droit des limites autres que celles envisagées expressément par celui-ci. Les citoyens ne peuvent plus compter sur la sécurité que leur donne la loi, ils sont toujours exposés à ce que le juge reconnaisse une faute dans un acte accompli sous la protection de la parole du législateur ?

Il s'agit en effet de désarmer le titulaire d'un droit, et par suite de traiter de façon différente des droits objectivement égaux en prononçant une sorte de déchéance contre celui qui est exercé immoralement. Ce n'est pas là un simple problème de responsabilité civile, mais une question générale de moralité dans l'exercice des droits. C'est une intrusion des idées morales dans le monde juridique. Trop généralisée, cette théorie aboutirait à enlever toute valeur à la loi, à tuer toute sécurité et tout crédit.

16. — *Avenir de la théorie:*

Mais, malgré ces dangers, le triomphe de la théorie de l'abus du droit montre combien ces notions ont perdu de leur crédit. On ne songe plus à protéger la liberté, mais à donner satisfaction aux nécessités sociales. Les droits concédés aux individus ne sont plus conçus comme des prérogatives absolues mais comme des fonctions sociales reconnues à chacun pour le bien commun. Et c'est le juge plus près des réalités que le législateur, qui fera l'adaptation des droits aux circonstances.

Nous avons vu comment le code civil égyptien a édicté un critère très large à ce propos.

Ainsi consacré, la morale a gagné un degré supérieur dans la moralisation des actions humaines par le droit.

On peut conclure, enfin, que la réussite de cette théorie dans un pays dépend toujours sur son application dans la vie juridique par la jurisprudence

Ahmed Rifaat Khafagui

*Substitut au Parquet de la Sureté de l'Etat*