

Pour une mise en perspective en droit civil

Par Ibrahim NAJJAR

*Professeur à la Faculté de Droit et de Sciences Politiques
de l'Université Saint-Joseph de Beyrouth
Avocat à la cour*

Introduction

1- Comment traduire en droit civil et privé les libertés politiques et les droits essentiels que recouvre la notion de droits fondamentaux ? Ces droits, essentiellement laissés au pouvoir de la liberté individuelle, sont-ils des prérogatives discrétionnaires ?

Les libertés civiles et les droits fondamentaux sont reconnus et consacrés depuis de nombreuses décennies. Mais leur promotion solennelle et expresse en tant que principes fondateurs et constitutionnels en fonction de « *l'éminente dignité de la personne humaine* »⁽¹⁾ est sans doute nouvelle. La Charte européenne des droits de l'homme du 18 décembre 2000 place, dans son préambule, « *la personne au cœur de son action* en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice » ; l'inviolabilité de la dignité humaine, le droit à la vie, à l'intégrité de la personne, à la sûreté, etc... y sont visés en bonne place aux côtés de prérogatives et de libertés essentielles.

La protection des libertés civiles fondamentales, appelées « *droits fondamentaux* », et la généralisation de l'exigence du respect des droits de l'homme, prennent ainsi la physionomie de principes absolus et généraux.

Cette consécration prend des aspects variés. Quelques exemples intéressant le droit privé en démontrent la généralisation et l'approfondissement :

- Le droit de propriété est visé de manière détaillée, articulée (droit d'en *jouir*, d'en *user*, d'en *disposer*, de le *léguer*, dans les limites de la loi : art. 17, § 1)
- La protection *du droit moral de l'auteur*, en tant que *propriété intellectuelle*, consacre un droit inviolable et imprescriptible... (art. 17, § 2, Charte du 18 déc. 2000).
- La *protection du consommateur*, conséquence de l'exigence d'une liberté contractuelle, le soustrait aux abus du démarchage et à l'envahissement de l'incitation au

⁽¹⁾ E. MOUNIER, « Personnalisme et christianisme », Œuvres, Vol. 1^{er}, pp. 735 et 752 ; etc...

consumérisme ; inscrite en toutes lettres dans la Charte européenne (art. 38), elle se traduit par un droit de repentir inviolable.

D'autres prérogatives, plus classiques, sont maintenues et, d'une certaine façon, magnifiées, déclarées avec un luxe cérémonial.

2- Ces libertés et ces droits fondamentaux ont cependant besoin de « leviers », de « *modems* » juridiques et de techniques pour s'exercer sur le plan du droit des obligations. En effet, en raison de leur caractère libre, quasiment absolu et protégé, les droits fondamentaux ne souffrent pas l'exigence d'une concertation préalable. Ce sont des droits essentiellement unilatéraux.

Il se fait que la consécration officielle de ces prérogatives coïncide avec la... redécouverte des droits potestatifs, eux aussi essentiellement unilatéraux, et leur réception – aujourd'hui générale – en droit français⁽¹⁾.

3- Cela ne va pas cependant sans une véritable problématique de l'équivoque, notamment autour des notions de *liberté*, de droits essentiels, de « facultés » et de la délimitation qu'elles imposent⁽²⁾. La liberté, le droit fondamental s'expriment, en effet, dans une *approche civiliste* :

- par un acte juridique.
- et une action, une activité, toutes deux unilatérales.

Les publicistes sont plus habitués que les privatistes au maniement de la catégorie des droits fondamentaux⁽¹⁾. Les civilistes utilisent plus couramment les notions de libertés civiles ou fondamentales, dans le cadre d'une hiérarchie des prérogatives dont le siège serait plutôt *l'idée de droit subjectif*. La *terminologie* et les interrogations qu'elles soulèvent sont intimement liées à la détermination de leur régime. En effet, une liberté fondamentale ou un droit essentiel, en s'exerçant moyennant des prérogatives et des concepts du droit civil, notamment un *droit subjectif* et un *acte unilatéral*..., pose des problèmes de qualification et d'étendue de son exercice.

Ces problèmes découlent de l'insuffisance dans la construction d'une notion de « *liberté* » en droit civil, comme celle d'un droit dit « fondamental ». Faut-il donc les ramener au *droit subjectif*, catégorie plus connue et utilisée ? Sans doute, les concepts de « liberté essentielle » et de « droits fondamentaux » sont-ils plus et mieux qu'un simple *droit subjectif* au sens classique, mais comment se traduit cette prééminence ? Est-ce que, par exemple, ces droits fondamentaux, *reconnus* avec générosité et idéalisme, seraient

⁽¹⁾ V. par exemple, S. VALORY, La potestativité dans les relations contractuelles, thèse, Aix, 1999, av.-propos I. NAJJAR ; préf. J. MESTRE.

⁽²⁾ V. sur l'emploi des mots « droit », voire « faculté » (art. 14), pour exprimer une vraie liberté (art. 10, Charte européenne du 18 décembre 2000).

⁽¹⁾ V. par exemple : E. PICARD, L'émergence des droits fondamentaux en France, L'Actualité juridique – Droit administratif, 20 juillet /20 août 1998, p. 6 et suiv. et les références ; R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (sous la direction de -), Libertés et droits fondamentaux, 6^{ème} éd., Dalloz, 2000 ; Julien RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

absolus, insusceptibles d'abus dans leur *exercice* ? Les *droits discrétionnaires* n'auraient-ils de justification que parce qu'ils constitueraient essentiellement l'exercice d'une liberté civile ? Le débat serait-il donc à ce point « lesté » par la *terminologie* qu'il faudrait commencer par définir ce qui est fondamental par opposition à ce qui est accessoire, secondaire, disponible, contingent ?

4- Le droit subjectif paraît plus concret dans son régime, quoique moins essentiel, parce qu'il s'exprime par un *acte juridique* et qu'il est enserré dans *certaines limites*. Il reste néanmoins que la terminologie est aujourd'hui tellement confuse qu'elle risque, ici aussi, d'entraîner une problématique supplémentaire, du moins du point de vue du droit civil et du régime dont il convient de doter les droits fondamentaux. Peut-on assimiler ce régime à celui des droits subjectifs en général ? Faut-il séparer – ou redéfinir – droits et libertés ? Les droits fondamentaux ne seraient-ils que libertés ? Est-ce que les droits fondamentaux sont des droits discrétionnaires ? Est-ce que les droits discrétionnaires sont fondamentaux ? Y a-t-il des droits insusceptibles d'abus ? Lesquels ? Ne faudrait-il pas sceller la « *fondamentalité* » d'une prérogative juridique par la consécration d'une liberté ? Est-ce que les libertés sont discrétionnaires par nature ? Est-ce que, sous cet angle, le droit discrétionnaire n'est pas synonyme de liberté ? Est-ce que *les libertés civiles* (conclure ou non un acte juridique, agir ou non en justice, choisir sa religion ou sa communauté, renoncer ou accepter une succession, etc...) peuvent prétendre au même rang et obéissent à la même réglementation normative et au même régime juridique que *les droits fondamentaux* ? Est-ce que les droits fondamentaux sont mieux ou plus que les libertés civiles ? Doit-on éliminer – au regard du droit civil – ce qui paraît constituer une *liberté politique* (égalité, non discrimination, droit d'asile, de travailler...) ? Faut-il renvoyer, comme à une hiérarchie des sources : liberté politique, liberté civile, droit fondamental, droit subjectif ?

5- Le pouvoir *discrétionnaire* est synonyme, parfois, d'*efficacité* : Dans les droits fondamentaux, *l'action* (ou l'activité) *unilatérale* (ou propre) est aussi importante que *l'acte juridique* qui l'exprime. Le pouvoir discrétionnaire d'une volonté, pour être libre, doit-il être discrétionnaire ?

Pour répondre à ces interrogations, il faut définir les *leviers juridiques de l'exercice unilatéral des droits fondamentaux* (§ 1) et poser les *limites de cet exercice* (§2). Cela pourra peut-être contribuer à la mise en perspective des droits fondamentaux en droit civil. C'est en ce sens qu'il sera démontré que le régime juridique de ces droits peut être à la mesure de leur puissance et leur finalité, grâce à l'utilisation de la technique des *droits potestatifs* ; mais que le principe de la prohibition de l'abus demeure une limite que l'acte unilatéral de l'exercice ne doit pas franchir – et que plusieurs dispositions de la Charte européenne du 18 décembre 2000 consacrent (articles 52, 53 et 54), parfois de manière maladroite.

§ 1 – L'EXERCICE UNILATÉRAL DES DROITS CIVILS FONDAMENTAUX

Les nombreuses libertés consacrées dans la Charte européenne des droits de l'homme sous forme de *droits essentiels* ou *fondamentaux* (par exemple le droit de se marier et de fonder une famille – art. 9 –, de changer de religion – art. 10 –, de propriété et de la léguer – art. 17 –, à un procès équitable – art. 47 –, de la défense – art. 48 – ...) font appel à un levier juridique unilatéral de droit privé, notamment : un pouvoir de volonté *efficace* et *formateur* d'une situation juridique (A) qui s'exprime au moyen d'un acte unilatéral de volonté libre (B).

A – Le pouvoir d'efficacité des droits civils fondamentaux

Pour mesurer le régime juridique civil des droits fondamentaux, la méthode la plus sûre consiste à considérer ceux qui paraissent à la fois connus et peu contestables.

En droit civil, certains droits fondamentaux peuvent être choisis dans des domaines différents et variés :

- * Le droit de propriété et ses démembrements.
- * Le droit moral au respect de l'œuvre littéraire et artistique.
- * Le droit de révoquer son legs et d'exprimer sa dernière volonté.
- * La protection du consommateur, acheteur immobilier ou de meubles (titulaire d'un droit de repentir).

Toutes ces prérogatives ont besoin d'un *pouvoir de volonté* formateur, d'un droit potestatif, pour être exercées efficacement aussi bien d'un point de vue actif que du côté passif.

1- Le droit potestatif, levier de l'exercice du droit fondamental

L'utilisation du droit potestatif comme outil, ou levier d'exercice d'un droit essentiel protégé est vérifiable dans de nombreux domaines :

a- Les législations récentes, notamment lorsqu'elles sont destinées à la *protection des consommateurs*, paraissent faire un usage quelquefois irraisonné du droit de repentir, c'est-à-dire de la nécessité d'instaurer un droit de rétractation durant une période de contrôle de l'enthousiasme à l'achat (*cooling off period*), aussi bien en matière immobilière⁽¹⁾ qu'en matière mobilière⁽²⁾. Or pour être efficace, le droit de repentir doit être libre, c'est-à-dire discrétionnaire, durant le temps prévu pour l'éventuelle rétractation.

Ce droit n'est pas un droit fondamental. Mais la technique de ce droit et sa puissance sont nécessaires à l'exercice d'un droit fondamental.

⁽¹⁾ V. art. L. 271-1 et L. 271-2 du Code de la construction et de l'urbanisme du 13 déc. 2000.

⁽²⁾ V. art. L. 131-1, Code de la consommation du 26 juillet 1993.

Le droit potestatif se définit, en effet, comme le droit – et le pouvoir – conférés à une volonté et une activité propre et unilatérale de créer, de modifier ou d'éteindre une situation juridique préexistante. Ce droit est unilatéral en ce que l'évaluation de l'opportunité de son exercice met en œuvre une vraie *liberté de choix*.

C'est aussi le cas du droit de conclure ou non un acte juridique.

Mais ces droits sont des droits *formateurs* à eux seuls d'une situation juridique ; ils ne se confondent pas avec le simple *consentement* qui, tout en étant une liberté, n'en demeure pas moins en deçà de la puissance et de l'efficacité des droits fondamentaux mettant en œuvre une liberté, une activité propre unilatérale.

b – Cette utilisation du droit unilatéral efficace se retrouve en matière de *droit moral*, de liberté de léguer ou de révoquer son legs, d'exercer les attributs du droit de propriété.

2- La sujétion, autre approche des « *sujets passifs* »

La résistance du sujet passif est impuissante à paralyser l'exercice d'un droit fondamental et protégé ; sa coopération n'est pas nécessaire.

C'est le cas du droit de léguer et de son corollaire, la liberté de révoquer son legs (acte de dernière volonté).

C'est aussi le cas de toutes les options du droit de repentir du consommateur et de l'auteur d'une œuvre de l'esprit. Il en va de même du défendeur de l'action en justice.

En somme, l'utilisation en droit civil de la catégorie des droits potestatifs pour rendre efficace l'exercice d'un droit fondamental dote celui-ci d'un régime connu et clair.

Jusqu'où va cette efficacité ?

Prérogatives essentielles, les droits fondamentaux doivent être construits autour d'un pouvoir de la volonté, de la liberté, des libertés. Le droit potestatif offre techniquement cet exercice, sans se heurter à une résistance juridiquement efficace. A quoi servirait, en effet, un droit fondamental s'il avait besoin d'un consentement d'un tiers pour pouvoir être exercé ?

Ce pouvoir est le levier des libertés fondamentales ; il leur offre, par là même un régime juridique.

L'inverse n'est pourtant pas vrai, loin s'en faut. Le pouvoir potestatif de la volonté unilatérale n'est pas toujours une liberté fondamentale : il est susceptible d'abus.

La projection juridique, dans le domaine du droit des obligations, des droits fondamentaux peut donc être cohérente dès lors qu'elle prend corps avec le droit

potestatif et son régime. Une telle approche présente l'avantage d'être soumise à un régime juridique maintenant répertorié.

B – L'acte unilatéral de volonté pour l'exercice d'un droit fondamental

Sans reprendre le régime juridique de l'acte unilatéral de volonté, il paraît évident que l'exercice d'un droit intimement lié à la liberté du choix et de décision, dont l'appréciation est laissée à l'opportunité de son titulaire, s'accommode aussi de la technique de l'acte juridique unilatéral. Celui-ci est :

- un instrument de la libre décision.

- et un gage de son efficacité.

Mais reste la problématique spécifique de l'abus.

§ 2- L'ABUS DANS L'EXERCICE DES DROITS FONDAMENTAUX

Y a-t-il un abus du droit conféré à une personne – physique ou morale – d'exercer un droit fondamental ? Est-ce que l'abus est imaginable lorsque le droit conféré participe de la nature d'un droit fondamental d'exprimer librement sa décision de s'engager ou non à l'exécution ou de conclure ou non un acte juridique ? Est-ce que les droits potestatifs (*droit d'action en justice, droit d'option successorale, droit de conclure ou non un contrat, en levant une option, de renoncer à un mandat, etc...*), dont l'objet et la raison d'être consistent justement à conférer à une volonté et un pouvoir de modifier, d'éteindre ou de créer une situation juridique nouvelle, sont susceptibles d'abus ? Sont-ils des droits fondamentaux ? Que reste-t-il des droits qu'André ROUAST désignait⁽¹⁾ par discrétionnaires par rapport aux droits contrôlés, ou de ceux que JOSSERAND⁽²⁾ nommait « *abstrait* » ou « *non causés* », que RIPERT⁽³⁾ qualifiait d' « *arbitraires* » ?

Le fondamental serait-il plus altier et plus éminent que ce qui est au pouvoir de la volonté ou du consentement ? La liberté de tester dans les limites de la quotité disponible, véritable liberté civile, reste contrôlée – *mais non dans tous les systèmes* juridiques, ni pour toutes les communautés juridiques – par l'idée d'*illicéité* et – malgré ses reculs – d'*immoralité*. Mais *quid* de la liberté de révoquer son testament – acte de « dernière volonté » ? Et du droit de réponse ?

Y a-t-il encore vraiment, comme on l'évoque parfois⁽¹⁾, une problématique de droits discrétionnaires, dans le cadre des différentes approches des droits fondamentaux ? Ceux-

⁽¹⁾ RTD civ., 1944, p. 1 et suiv.

⁽²⁾ De l'esprit des lois et de leur relativité – Théorie dite de l'abus des droits, 1^{ère} éd., Dalloz, 1927, n^{os} 306 et 307.

⁽³⁾ La règle morale dans les obligations civiles, 4^{ème} éd., LGDJ, 1949, n^o 100.

⁽¹⁾ Damien ROETS, Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie disparition, Dalloz, Recueil, 1987, Chron., p. 92.

ci sont dorénavant d'un nombre impressionnant, sans qu'il soit besoin de les répertorier ou de citer des « déclarations universelles » ou simplement régionales, sans doute grâce au fait que l'éminente dignité de la personne humaine est, enfin, reconnue et promue au centre du droit et des préoccupations juridiques. On a certes montré, en droit comparé, que si les droits discrétionnaires sont une catégorie juridique fragilisée, elle correspond à l'ordre juridique bien français⁽²⁾. Mais la question demeure posée de savoir *si tous les droits sont susceptibles d'abus ou si toutes les libertés dites fondamentales sont susceptibles d'y échapper*.

Il est tentant, du point de vue de la théorie générale des obligations, de considérer que les *droits* fondamentaux sont des droits essentiels, des *libertés* civiles, donc fondamentales, que ces libertés sont *plus et mieux* que des droits subjectifs ordinaires et qu'à ce titre elles seraient insusceptibles d'abus⁽³⁾.

Existe-t-il, à l'inverse, un *principe général* en vertu duquel l'abus est prohibé, non toléré, toujours sanctionné ou punissable ? Faut-il avec le doyen CARBONNIER souligner que l'équité commande qu'aucun exercice d'un droit ne doit être soustrait *a priori* au contrôle du juge ?

A – Le principe général de la prohibition de l'abus de droit du droit des obligations est abandonné

1- L'examen de la jurisprudence française classique démontre que *les cas où l'exercice d'un droit est insusceptible d'abus sont rarissimes*. La préservation de la vie privée paraît actuellement un domaine privilégié, le « dernier carré » discrétionnaire en la matière. Même les droits intellectuels (droit moral inviolable et imprescriptible de l'auteur, droit de repentir,...), fondements de l'« exception française », paraissent perméables à la sanction de l'abus, en cas de leur « détournement »⁽¹⁾.

Il faut donc sans doute marquer les critères et la mise en œuvre de l'abus, de sa sanction, car si les droits discrétionnaires existent encore, et si les droits fondamentaux doivent être laissés à la liberté de les exercer, cela n'empêche pas de les voir limités ou contrôlés dans

⁽²⁾ V. D. ROETS, D. 1997, I, Chron., précité.

⁽³⁾ Comp. I. Najjar, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, thèse, 1966, L.G.D.J., 1967, pp. 92, 93 :

« Mais un rapport de droit ne s'établit pas du seul fait que le bénéficiaire de la liberté exerce les prérogatives qu'elle « contient. Ce rapport s'établit seulement lorsque, à l'occasion de l'exercice de la liberté, son bénéficiaire se heurte à « une résistance due à une opposition de la part d'un tiers qui ne remplit pas son devoir positif ou négatif qui lui « incombe comme conséquence de la liberté reconnue. Lorsque ce rapport de droit naît, nous sommes en présence non « plus d'une liberté, mais d'une prérogative plus adéquate, plus précise ; cette prérogative consiste en ce que le titulaire « d'une liberté puisse exiger du tiers l'exécution de l'obligation positive ou négative qui incombe à ce dernier. C'est « ainsi que nous nous rapprochons des droits subjectifs, insensiblement, par le fait même de l'établissement d'un « rapport de droit qui confère au sujet le pouvoir d'exiger quelque chose d'un tiers : action ou abstention, activité « matérielle ou juridique. De sorte que le tiers aura à sa charge le devoir qui consiste dans l'obligation de donner « satisfaction à l'exigence émise. Ainsi le droit subjectif, et le devoir subjectif qui en est le corollaire, supposent qu'un « rapport de droit s'est établi entre deux sujets : le sujet actif et le sujet passif. Le droit subjectif se situe donc dans ce « rapport de droit, qui a été rendu possible par la situation juridique antérieure. Mais il faut tout de suite remarquer que « cela ne veut pas dire que, pour qu'il y ait un droit subjectif, il faut une liberté antérieure et que, inversement, toute « liberté conduit nécessairement à un droit subjectif. »

⁽¹⁾ V. Christophe CARON, *L'abus de droit et droit d'auteur*, thèse, Litec, 1998.

leur exercice par la loi. Cela est expressément visé dans les articles 52, 53, 54 de la Charte du 18 décembre 2000. Mais l'idée d'abus demeure, ici, exceptionnelle ; elle doit découler d'une nécessité, d'un ordre normatif et d'un fondement supérieurs – comme « *l'intérêt général* » reconnu ou la protection de la liberté d'autrui :

Par endroits, il paraît clair que le *principe premier* demeure l'exercice inviolable et discrétionnaire du droit fondamental. La Charte du 18 déc. 2000 en élève, surélève le critère :

« Article 54 : Interdiction de l'abus de droit

« Aucune des dispositions de la présente Charte ne doit être interprétée comme « impliquant un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Charte ou à des limitations plus amples des droits et libertés que celles qui sont prévues par la présente Charte ».

La Charte du 18 décembre 2000 va même beaucoup plus loin que la théorie classique de l'inviolabilité des droits et libertés fondamentaux tels que réglementés en droit français :

« Article 53 : Niveau de protection

« Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les Etats membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des Etats membres ».

L'article 52 de la même Charte ajoute, quant à la « portée des droits garantis » :

« 1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la « présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

« 2. Les droits reconnus par la présente Charte qui trouvent leur fondement dans les traités communautaires ou dans le traité sur l'Union européenne s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci ».

Cette formulation peut s'avérer contestable ; elle abandonne la référence à **l'idée de normalité** et, *a fortiori*, le critère de l'intention de nuire⁽¹⁾. L'idée de normalité est

⁽¹⁾ MARTY et RAYNAUD, T. 1, Introduction Générale, n° 170, p.p. 302 et 303.

remplacée par l'expression de « *proportionnalité* » (Art. 52, § 1, Charte du 18 déc. 2000, « du respect et de la protection des droits et libertés d'autrui »). Il est dès lors incontestable que la Charte Européenne des droits de l'homme consacre bien un principe supérieur d'inviolabilité qui n'a pas d'équivalent en droit classique français des obligations.

2- Dans une perspective classique, l'abus est décrit dans deux situations principales : l'abus de fonction et l'abus de droit proprement dit.

a/ L'abus de fonction – non de droit – se révèle dès qu'une mission (de tuteur, de mandataire, de gérant de portefeuille, de fiduciaire, de directeur gérant, de dépositaire, etc..., par exemple) est exercée dans un **but ou une destination** autre que celle pour laquelle les pouvoirs ont été conférés. Il suffira de comparer le contenu des pouvoirs inhérents à la fonction, l'étendue des pouvoirs qui y sont attachés par rapport à l'utilisation qui en est faite concrètement. Dès qu'un détournement de fonction est opéré, il y a abus. Le but, la mission, la fonction ou la destination sont des finalités que la loi, la volonté ou des statuts affectent à des pouvoirs donnés à une personne physique ou morale pour répondre à un intérêt contrôlé ou soumis à une surveillance. Ce vecteur qui vient « charger », affecter, en quelque sorte, les pouvoirs et leur donner une force, une orientation déterminées, attribue un sens, une direction à l'exercice des prérogatives juridiques que ROUBIER⁽¹⁾ aurait sans doute qualifié d'objectives, par opposition aux prérogatives subjectives.

b/ L'abus de droit ne se distingue pas de la mise en œuvre de la responsabilité civile ou de la faute dans l'exercice **normal** d'un droit. La question est aujourd'hui entendue, malgré toutes les hésitations possibles et vérifiables historiquement. Par contre, l'immoralité ne joue plus un rôle aussi décisif que par le passé. L'évolution (ou l'involution ?) des mœurs, la relativisation des repères moraux suite à la globalisation des échanges et à l'édification des entités politiques ou économiques régionales et mondiales, commande une approche moins militantiste.

Dans certains cas, l'exercice discrétionnaire d'un droit est considéré comme insusceptible d'abus, sur le fondement de la volonté clairement exprimée par le législateur : c'est le cas du droit des ascendants de s'opposer – en réalité de retarder seulement⁽²⁾ – au mariage de leurs enfants (art. 179, c. civ.). A l'inverse, la *fraude* dans l'exercice d'un droit fera en sorte que l'exception s'appliquera à toutes les situations où l'exercice d'un droit peut être discrétionnaire : *fraus omnia corrumpit*. La sanction par l'inopposabilité est alors encourue.

Il ne saurait être question ici de raisonner sur tous les droits fondamentaux. Mais le droit de propriété paraît, dans ce cadre de comparaison avec les dispositions de la Charte européenne, un exemple incontournable.

⁽¹⁾ Le droit subjectif, Dalloz, 196 .

⁽²⁾ Le juge pourra lever l'opposition, mais sans sanctionner les ascendants opposants sur le fondement de l'abus de droit.

Le *droit de propriété* est un droit d'une redoutable complexité juridique. Cela est vérifiable à plusieurs titres : les pouvoirs du propriétaire sont d'intensités et de natures juridiques variables (*usus, fructus, abusus*, pour ne citer que la classification classique) ; l'objet de ces pouvoirs confine à l'infinitude, tant il est divers, modulable, variable, évolutif, même s'il apparaît vague immatériel, ou d'une délicate précision. Ce droit de propriété, complexe et protéiforme, est pourtant une prérogative tellement fondamentale qu'elle est consacrée par les principales déclarations des droits de l'homme. Le Conseil constitutionnel français considère que le droit de propriété est un droit fondamental, à valeur constitutionnelle, « dont la « conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au « même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression »⁽¹⁾.

Or, si le droit de propriété est susceptible d'abus (*Aff. Coquerel / Clément Bayard* à propos de l'édification d'une fausse cheminée dans la seule intention de nuire⁽²⁾ ; etc...), la Charte européenne du 18 décembre 2000 « encadre » ce droit, le protège en tant que droit fondamental et n'en autorise la limitation que « dans la mesure nécessaire à l'intérêt général », en utilisant ces termes :

« Article 17 : Droit de propriété

« 1. Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a « acquis
« légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa
« propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus
« par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des
« biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général.

« 2. La propriété intellectuelle est protégée. »

Ces prérogatives essentielles, fondées, pour reprendre Emmanuel MOUNIER, sur *l'éminente dignité de la personne humaine et sa valeur transcendante*⁽¹⁾ sont donc dotées d'un régime juridique en pleine croissance, du moins en droit privé des obligations, grâce à la Charte évoquée. Faut-il aller jusqu'à réviser la terminologie classique⁽²⁾ ?

B - NORMALITÉ ET « PROPORTIONNALITÉ »

⁽¹⁾ Cons. Const. 16 janv. 1982, GAJC, IIème éd., n° 1 ; D. 1983. 169, note L. Hamon ; JCP 1982. II. 19788, note N'guyen Quoc Vink et C. Franck ; Gaz. Pal. 1982. 1. 67, note Dupichot et Piédelièvre, etc....

⁽²⁾

⁽¹⁾ E. MOUNIER, Œuvres, Vol. 1^{er}, p. 443, Editions du Seuil, 1961 :

Fondement du régime de propriété humaine

« On a trop souvent confondu le problème du fondement de la propriété avec le problème de ses titres
« d'acquisition. La propriété *peut* s'acquérir par l'occupation d'un bien vacant, par le travail, mais ne se
« fonde pas sur eux. Etant une fonction humaine, elle ne peut se fonder que sur une conception totale de
« l'homme, tenant compte, en plus des présomptions juridiques créées par l'occupation ou le travail, des
« exigences générales du bien commun et de la destinée du possesseur. Bref, *le fondement de la propriété*
« *est inséparable de la considération de son usage, c'est-à-dire de sa finalité* ».

⁽²⁾ Par contre, la vente forcée par l'un seul des coindivisaires de la totalité des parts sociales d'une SARL n'est pas contraire aux droits fondamentaux, dont la protection ne peut mettre en échec les dispositions du code civil sur l'indivision (art. 545, C. civ.) : Lyon, 23 mai 1990, Gaz. Pal 1991. 1. 125, note A. Piedelièvre.

Il est incontestable que certaines distorsions de terminologie ne manqueront pas d'apparaître à la lecture des dispositions générales (articles 51 à 54) de la Charte européenne. Les expressions « droit fondamental », « liberté fondamentale », « droits de l'homme », « facultés » sont utilisées dans un effort évident visant à insister sur leur protection.

En réalité, les problèmes de terminologie – d'extraction essentiellement germanique, semble-t-il – risquent de modifier le régime juridique de l'institution connue en droit français sous l'expression « théorie de l'abus de droit ».

En effet, la Charte fait appel à la notion de « *proportionnalité* » plutôt qu'à celle d'abus. En outre, il est question de la prohibition « *destruction des droits ou libertés* » (art. 54), « de limitations plus amples de droits et libertés » (même article 54). Cette différence de terminologie consacre non seulement l'introduction de concepts nouveaux mais elle modifie la perspective générale de « l'interdiction de l'abus de droit » et renverse la tendance à l'interventionnisme de la jurisprudence. La Charte de l'an 2000 magnifie l'exercice des droits fondamentaux.

Le droit privé français devra s'en accommoder progressivement, car la reconnaissance de la vigueur des droits consacrés aboutit à une véritable sacralisation. Les droits fondamentaux ont dorénavant tendance à être discrétionnaires. Cela redonne de l'actualité aux techniques de l'unilatéralité dans les actes juridiques.

Ibrahim NAJJAR

Professeur - Avocat

PLAN

INTRO

L'éminente dignité de la personne humaine.

Notion, en tout cas une terminologie nouvelle.

Y a-t-il lieu d'envisager un régime spécial ?

Exemples de droits fondamentaux « *civils* » ou « *privés* ».

Certains droits existaient depuis longtemps : *jus agendi*, droit de propriété. Ils sont nommés fondamentaux.

Evolution de la terminologie.

Droit fondamental et reconquête du fondamental.

Liberté, droits ...

Les enjeux d'une reconnaissance *de droits puissants*. A quoi servirait un droit fondamental à la substance floue ou flasque ?

L'absence de régime juridique reconnu.

La nécessité de savoir s'il est susceptible d'abus alors même que le droit fondamental est puissant.

§ 1 – Droits fondamentaux, efficacité et potestativité.

Il ne peut y avoir de droits fondamentaux sans un droit supérieur en efficacité au droit subjectif.

A – Le droit potestatif est un droit à la discrétion de la volonté unilatérale.

1- Nécessité d'un droit subjectif, un pouvoir exercé.

2- Nécessité d'un sujet passif, sans résistance efficace.

B - Le droit potestatif s'exprime par un acte unilatéral de volonté.

§ 2 – Droits fondamentaux discrétionnaires ?

A – L'abus et la normalité.

B – La normalité et la proportionnalité.