Le détournement d'institution

Nathalie Cordier Cordier-Dumonnet

▶ **To cite this version:**

Nathalie Cordier Cordier-Dumonnet. Le détournement d'institution. Droit. Université de Bourgogne, 2010. Français. NNT : 2010DIJOD001 . tel-00562668

HAL Id: tel-00562668
https://theses.hal.science/tel-00562668

Submitted on 3 Feb 2011

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE DE BOURGOGNE
UFR DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

Le détournement d'institution

Thèse pour le Doctorat en Droit

présentée et soutenue publiquement

le 22 février 2010

par

Nathalie CORDIER – DUMONNET

MEMBRES DU JURY

Monsieur Eric LOQUIN, **Directeur de la recherche**,
Professeur à l'Université de Bourgogne

Madame Mélina DOUCHY-OUDOT, **rapporteur**,
Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var

Monsieur Pierre MURAT, **rapporteur**,
Professeur à l'Université de Grenoble II

Monsieur Hubert BOSSE-PLATIERE,
Maître de Conférences à l'Université de Bourgogne

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

- **AJ famille –** Actualité juridique famille

- **AJ Pénal –** Actualité juridique pénal

- **Bull. civ. –** Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)

- **Bull. crim. -** Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)

- **Bull. soc. -** Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre sociale)

- **C. civ. –** Code civil

- **C. pén. –** Code pénal

- **CE. –** Conseil d'Etat

- **Ch. suppl.** − Chambre supplémentaire

- **Civ.** − Chambre civile de la Cour de cassation

- **Crim.** − Chambre criminelle de la Cour de cassation

- **D. –** Dalloz Sirey (Recueil)

- **Defrénois –** Répertoire du notariat Defrénois

- **Dr. Fam. –** Droit de la famille

- **Dr. ouvrier –** Droit ouvrier

- **Dr. Pén.** − Droit pénal

- **Dr. Soc. -** Droit social

- **GA Dr. Trav. –** Grands Arrêts du Droit du Travail

- **GAJA -** Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative

- **Gaz. Pal. –** Gazette du Palais

- **JCP –** Juris-Classeur Périodique (Semaine Juridique)

- Req. − Chambre des requêtes de la Cour de cassation

- **Rev. crit DIP –** Revue critique de droit international privé

- **RIDA –** Revue internationale du droit d'auteur

- **RJPF –** Revue juridique personnes et famille

- **RJS -** Revue de jurisprudence sociale, Francis Lefebvre

- **RLDC –** Revue Lamy de Droit Civil

- **RTD civ. –** Revue trimestrielle de droit civil

- **S. –** Sirey (Recueil)

- **Soc. –** Chambre sociale de la Cour de cassation

SOMMAIRE

INTRODUCTION 10
PREMIERE PARTIE : L'EXISTENCE DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 28
TITRE I LA NOTION DE DETOURNEMENT D'INSTITUTION 29
Chapitre I : L'émergence du détournement d'institution 30
SECTION I : L'EMERGENCE DOCTRINALE DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 31
§1- Naissance du détournement de finalité d'un droit 31
A – Les réflexions doctrinales sur la finalité des droits subjectifs 31
B – De la finalité des droits au « détournement de finalité du droit » 33
§2- Du détournement de finalité d'un droit au détournement d'une institution 40
SECTION II : L'EMERGENCE JURISPRUDENTIELLE DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 47
§1-Le « berceau » du détournement d'institution est le droit de la famille 47
§2- La naissance du concept en droit du travail 52
§3- La réappropriation de la notion par le droit de la famille 58
A – Le détournement d'institution et l'adoption 58
1) – Le détournement d'institution devant les juges du fond 59
a) L'adoption utilisée dans le but de créer un lien de couple 60
b) L'adoption dans un but patrimonial ou successoral 66
c) L'adoption dans le but de satisfaire le désir d'enfant d'un couple 67
2) – Le détournement d'institution devant la Cour de cassation 68
a) L'adoption dans le but de satisfaire le désir d'enfant d'un couple 68
b) L'adoption pour faire échec aux relations de l'enfant avec ses grands-parents 74
c) L'adoption dans un but patrimonial ou successoral 76
d) L'adoption par les grands parents 79
e) L'adoption pour acquérir la nationalité française 81
f) L'adoption pour établir une paternité biologique 83
B – Le détournement d'institution et le mariage 83
C – Le détournement d'institution et la reconnaissance 87
Chapitre II : Définition et domaine du détournement d'institution 90
SECTION I : DEFINITION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 92
§1- L'institution juridique 92
A- Institution et institution juridique 93
a) L'évolution des idées à propos de l'institution 96
b) Le sens du mot « institution » dans le détournement d'institution 102
B- La finalité est au cœur de la notion d'institution juridique 109

1) L'institution juridique est un corps de règles de droit 109
2) L'organisation de l'institution autour d'une finalité commune 116
a) L'organisation est le critère de la notion de corps de règles 116
b) L'idée ou finalité est l'élément fédérateur de l'institution 118
∞) La notion de finalité 118
β) La finalité de l'institution est le critère essentiel de la notion 124
γ) La détermination de la (ou des) finalité(s) de l'institution 128
c) L'institution s'impose t'elle aux sujets de droit ? 136
§2- Le détournement 139
A- L'unité de la notion de détournement 141
B- L'application de la notion au détournement d'institution 152
SECTION II : LES DOMAINES POSSIBLES DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 161
§1- Le droit de la famille 161
A – L'adoption 161
1) – L'adoption de son propre enfant naturel 161
a) L'adoption de son enfant naturel simple 161
b) L'adoption de son enfant naturel adultérin 163
2)- L'adoption à but successoral 166
3)– L'adoption-légitimation 167
4)- L'adoption pour obtenir l'autorité parentale conjointe 169
B – Le détournement d'institution en droit de la famille 173
1)- La possession d'état 173
2)- L'émancipation 175
3)- L'autorité parentale 176
4)– Le PACS 179
5)- Le divorce 180
§2- Les détournements d'institution hors du droit de la famille 182
1)- En droit civil 182
2)- En droit des sociétés 184
3)- En droit du travail 193
a)- Le détournement d'institution à la naissance du contrat de travail 193
b)- Le détournement d'institution en cours de contrat de travail 202
c)- Le détournement d'institution en fin du contrat de travail 205
TITRE II : REGIME JURIDIQUE ET FONCTIONS DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 208
Chapitre I : Les conditions et la preuve du détournement d'institution 209
SECTION I : LES CONDITIONS DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 210
§1- Les « éléments matériels » du détournement d'institution 210

A- Les auteurs du détournement d'institution 210
1)- Le législateur 211
2)- Le juge 212
3)- Le sujet de droit 213
B- La réunion des conditions matérielles de l'institution juridique 214
C- Le détournement de la (ou des) finalité(s) d'une institution 217
1)- La détermination de la (ou des) finalité(s) de l'institution 218
2)- La confrontation des mobiles avec la finalité de l'institution 219
§2- L'« Elément intentionnel » du détournement d'institution 224
SECTION II : LA PREUVE DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 228
§1- L'objet de la preuve 228
§2- La charge de la preuve 235
Chapitre II : Sanction et fondement de la sanction du détournement d'institution 239
SECTION I : LA SANCTION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 240
§1- Etat des lieux en matière de sanction du détournement d'institution 240
A- L'absence de systématicité de la sanction du détournement d'institution 240
B- Le détournement d'institution sanctionné « par ricochet » 245
C- Le détournement d'institution sanctionné *ut singuli* 246
§2- Présentation des différentes sanctions 247
A- Sanctions civiles du détournement d'institution 248
1)- Les sanctions à l'entrée dans l'institution 248
a)- Le blocage provisoire de la naissance de l'institution 248
b)- Le blocage définitif de la naissance de l'institution 250
2)- Les sanctions en cours de « fonctionnement » de l'institution 251
a)- Les sanctions spécifiques à certaines institutions 251
1) L'adoption 251
α) La tierce opposition 251
β) L'action en révocation de l'adoption simple 252
2) La requalification en droit du travail 254
b)- Le maintien dans l'institution 254
c)- La sanction de la nullité et l'anéantissement de l'institution 257
1) La nullité appliquée en droit de la famille 257
2) La nullité appliquée en droit du travail 260
B- Sanctions pénales du détournement d'institution 262
SECTION II : LE FONDEMENT DE LA SANCTION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 265
§1- La sanction du détournement de la finalité d'une institution 266
§2- La sanction du résultat du détournement d'une institution ? 273

A- L'existence de « faits justificatifs » du détournement d'institution 274
B- La nécessité de l'adaptation du droit au fait 277
DEUXIEME PARTIE : L'AUTONOMIE DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 283
TITRE I : UNE PROBLEMATIQUE COMMUNE 284
Chapitre I : Un mécanisme juridique détourné de sa finalité 285
SECTION I : LES NOTIONS DE DETOURNEMENT ET D'ABUS 286
Sous section I : La synonymie des notions de détournement et d'abus 287
§1- Détournement et abus en matière d'abus de droit 288
§2- Détournement et abus de l'institution 291
Sous section II : Détournement de prérogatives finalisées et abus de prérogatives non finalisées 292
§1- Présentation de la distinction 292
§2 - L'intérêt de la distinction 294
SECTION II : FINALITE DE L'INSTITUTION ET CAUSE 299
§1- La notion de cause 299
§2- Les liens entre finalité de l'institution et cause 301
SECTION III : L'UTILISATION DETOURNEE D'UN POUVOIR, D'UN DROIT SUBJECTIF, DE LA LOI 308
§1- L'utilisation détournée d'un pouvoir : le détournement de pouvoir 308
§2- L'utilisation détournée d'un droit subjectif : l'abus de droit 312
A- Les thèses en présence et les critères de l'abus de droit 313
1) L'absolutisme des droits subjectifs et l'abus de droit-intention de nuire 314
2) La relativité des droits subjectifs et le détournement de la finalité des droits 317
3) La faute dans l'exercice des droits subjectifs 319
B- L'abus de droit est le détournement de finalité d'un droit subjectif 323
§3- L'utilisation détournée d'une loi : la fraude à la loi 325
Chapitre II : Les liens entre problématique commune et régime juridique 332
SECTION I : CONSEQUENCES SUR LES CONDITIONS ET LES EFFETS DE CES NOTIONS 333
§1- Respect de la présupposition des règles utilisées 333
§2- Non-respect de la finalité du mécanisme 337
§3- Les difficultés de qualification 341
SECTION II : CONSEQUENCES SUR LE FONDEMENT DE LA SANCTION ET LA PREUVE 349
§1- Un fondement identique ? 349
§2- L'identité des problèmes en matière de preuve 355
TITRE II : LES SPECIFICITES DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 360
Sous titre I : L'autonomie du détournement d'institution sur le plan de la notion 361
Chapitre I : Spécificité des « mécanismes » juridiques : institution juridique et « prérogatives » 362

SECTION I : DES MECANISMES SITUES SUR DES PLANS DIFFERENTS 363
§1- L'institution juridique est un élément du droit objectif 363
§2- Les droits subjectifs entre abus de droit et détournement de pouvoir..... 367
A- Position de la doctrine 367
1) La doctrine « classique »..... 367
2)- La position contemporaine 371
B- Les liens entre « prérogative », droit subjectif et pouvoir..... 374
1) La notion de « pouvoir » est au cœur du droit subjectif et du pouvoir 375
2) La distinction du droit subjectif et du pouvoir..... 379
SECTION II : L'INSTITUTION, LES « PREROGATIVES » ET LA LOI 384
§1- L'institution juridique et les « prérogatives » 384
A- Les notions ne sont pas les mêmes..... 384
B- Les finalités ne sont pas les mêmes..... 392
§2– L'institution et la loi..... 397
A- La définition de la loi 397
B– La distinction entre institution juridique et loi 398
Chapitre II : La distinction du détournement de la déviation..... 403
SECTION I : LES CRITERES DE DISTINCTION ENTRE DETOURNEMENT ET DEVIATION..... 404
§1- L'existence de la distinction 404
§2- La déviation ou la recherche d'un effet de l'institution..... 406
§3- La déviation et la volonté de faire vivre l'institution..... 410
SECTION 2 – L'ENJEU DE LA DISTINCTION 416
§1- Le principe : l'absence de sanction de la déviation d'une institution 417
§2- L'exception : la sanction de la déviation d'une institution..... 418
Sous titre II : L'autonomie du détournement d'institution sur le plan du régime juridique .. 421
Chapitre I : Les spécificités du détournement d'institution dans l'application de la notion.. 422
SECTION I : LA DISTINCTION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION ET DE L'ABUS DE DROIT..... 424
§1- La faute est une condition indispensable de l'abus de droit 424
§2- L'absence de préjudice des conditions du détournement d'institution..... 425
SECTION II : LA DISTINCTION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION DE LA FRAUDE A LA LOI..... 427
§1- La règle obligatoire éludée est le premier critère de la fraude..... 427
A- Présentation du critère..... 427
B- La règle obligatoire éludée et le détournement d'institution..... 429
§2- Le moyen efficace est le dernier critère de la fraude 432
A- Rappel du critère 433
B- Le moyen efficace et le détournement d'institution..... 435

1) L'efficacité du moyen est indifférente au détournement d'institution..... 435
2) Le détournement d'institution comme moyen d'accomplir la fraude à la loi..... 436
SECTION III : LA DISTINCTION ENTRE LE DETOURNEMENT D'INSTITUTION ET LA SIMULATION..... 442
§1- La notion de simulation 442
§2- Simulation et détournement d'institution..... 443
Chapitre II : Les spécificités du détournement d'institution sur le plan de la sanction 466
SECTION I : L'EXCLUSION DE SANCTIONS CARACTERISTIQUES D'AUTRES MECANISMES..... 467
§1- L'exclusion de la responsabilité civile..... 467
§2- L'exclusion de la nullité relative..... 470
§3- L'exclusion de l'inopposabilité..... 471
SECTION II : LE CHOIX DE LA SANCTION..... 474
§1- Le choix de la sanction en cas de « concours idéal de qualification »..... 474
§2- Création de sanctions spécifiques du détournement d'institution..... 479
A- Sur le plan civil : action en nullité de l'institution 479
B- Sur le plan pénal : création d'une infraction de détournement d'institution..... 480
CONCLUSION 484
INDEX 488
BIBLIOGRAPHIE 495
TABLE DES MATIERES 521

INTRODUCTION

> *"Qu'il le veuille ou non, le juriste n'échappe pas à la notion, parce qu'il est condamné à l'abstraction ; le juge ne peut se refuser à considérer «la chose en soi», car c'est à elle qu'il lui faut se référer, pour en déterminer le statut juridique, la multiplicité des situations que lui propose la vie. Il demeure, même contre son gré, un «faiseur de systèmes»*.". Jean RIVERO, *Apologie pour les "faiseurs de systèmes"*[1].

1. Dans une société où les valeurs morales traditionnelles tendent à s'étioler sous le poids conjugué de la globalisation des échanges et du choc de valeurs issues de différences de cultures — sur le plan religieux, social, politique — il reste à inventer de nouvelles valeurs susceptibles de fédérer l'adhésion du plus grand nombre. Le « respect » semble être une de ces étoiles montantes, susceptible de guider les individus dans leur épanouissement au sein du monde qui les entoure. Ainsi, le respect est un des maîtres mots de ce nouveau millénaire, respect de soi, des autres, respect des différences ... Le respect tend à devenir la « norme » de référence à l'école, dans le domaine professionnel, dans les relations économiques[2]. Plus particulièrement, le domaine juridique n'est pas resté insensible à cette montée en puissance de la valeur « respect ».

En effet, le terme de « respect » est utilisé par pas moins d'une douzaine d'articles du Code civil[3]. L'essentiel desdits articles concernent le droit des personnes (tel le chapitre II du Titre

---

[1] D. 1951, chron., p. 99 et s., spéc., p. 102.

[2] Cf. Jean- Paul DELEVOYE, Le Monde, 21 octobre 2009, *Le sentiment d'injustice chez nos concitoyens inquiète par son ampleur*. : « Notre société a besoin de soupapes de décompression pour endiguer cette violence physique et psychologique née du sentiment d'injustice. Nos institutions doivent veiller à ce que personne, fort ou faible, ne se sente méprisé. *"Selon que vous êtes puissant ou misérable"*, la République vous doit un égal **respect** ». (C'est nous qui soulignons).

[3] Article 9 : « respect » de la vie privée ; article 9-1 « respect » de la présomption d'innocence ; article 16 : « respect » de l'être humain ; article 16-1 : « respect » de son corps ; article 212 les époux se doivent mutuellement « respect », fidélité, secours … (le texte est issu d'une proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs et a été adopté par le Sénat le 24 janvier 2006. La proposition de loi a modifié l'article 212 du Code civil, qui concerne les devoirs des époux en y ajoutant la notion de « respect ») ; article 371 : l'enfant à tout âge, doit honneur et « respect » à ses père et mère ; article 371-1 : l'autorité parentale appartient aux parents pour assurer l'éducation de l'enfant … dans le « respect » dû à sa personne ; l'article 415, issu de la loi du 5 mars 2007, rappelle que la protection des majeurs est instaurée dans le « respect » des libertés individuelles ; article 438, issu de la loi du 9 mars 2007 précitée (en vigueur le 1er janvier 2009) : "le mandataire spécial peut également se voir confier une mission de protection de la personne dans le respect des articles 457-1 à 463" ; article 641et 645: « respect » dû à la propriété (en matière d'écoulement des eaux) ; article 1386-10 : « respect » des règles de l'art (responsabilité pour défaut du produit du producteur).

Ier du Code consacré au "« respect » du corps humain") et le droit de la famille[4]. Il est intéressant de remarquer que les textes les plus anciens concernent le droit de propriété (1804 pour l'article 645 et 1898 pour l'article 641). De façon plus traditionnelle, le droit s'est intéressé au respect dans une double perspective.

Respect de la lettre des textes d'abord. Le Droit s'est toujours donné les moyens de censurer ceux qui ne respectaient pas la Loi. L'action en justice en est l'exemple. Elle consiste dans « le pouvoir reconnu aux personnes juridiques de s'adresser à la justice pour obtenir le **respect**[5] de leurs droits et de leurs intérêts légitimes »[6].

Respect de l'esprit des textes ensuite[7]. A côté des comportements se traduisant par une violation de la lettre de la loi, se sont développées des attitudes qui, tout en respectant le fond du Droit, en violent l'esprit. Et les tribunaux ne sont pas restés insensibles au non-respect des finalités du Droit. Ils ont forgé, petit à petit, divers instruments[8] susceptibles de sanctionner l'utilisation de la lettre de la loi, en violation de son esprit. Certains de ces instruments d'autodéfense du droit[9] sont fort anciens, comme la fraude[10] ; d'autres sont d'œuvre plus récente, comme par exemple le détournement d'institution.

2. La notion de « détournement d'institution » est apparue, dans la jurisprudence, au milieu des années 1970 en droit du travail, dans des décisions consacrées aux désignations ès qualités de représentants du personnel de salariés concomitamment à leur licenciement[11].

Le Code du travail organise la représentation syndicale au sein de l'entreprise à travers de nombreuses dispositions[12] (articles L 2411-1 et suivants du Code du travail). Le représentant syndical bénéficie, en raison de ses attributions, d'un statut très protecteur notamment vis à

---

[4] Les textes les plus récents touchent à la protection des incapables : cf. articles 415 et 438 du Code civil.

[5] C'est nous qui soulignons.

[6] Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, 27ème éd., Dalloz, 2003, n°64, p. 108.

[7] V. Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, p. 256 et s. qui consacrent un titre II de leur ouvrage au « respect des finalités du système juridique ».

[8] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Mise à jour, PUF, 2007, p. 501 : "Pour une autorité, modes, formes, types d'acte, techniques juridiques d'intervention qui entrent dans son pouvoir".

[9] Cf. Jean Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°242, p. 277 : abus de droit et fraude.

[10] Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n°809, p. 797.

[11] Dans de telles hypothèses, il est bien évident que la désignation comme représentant syndical au sein de l'entreprise ne poursuit pas le but de l'institution, mais a pour objet d'éviter la perte de son emploi à un salarié.

[12] (Articles L 412-11 et suivants du Code du travail avant 2008). V. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°853 et s., p. 1085 et s. Le Code consacre à cette institution une section 3, figurant au sein d'un chapitre consacré à l' «exercice du droit syndical dans l'entreprise ». Cette section comporte 11 articles. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°1019 et s., p. 1285 et s.

vis du droit du licenciement[13]. Il a donc été tentant, pour certains syndicats, de faire bénéficier de ce statut protecteur à des salariés menacés de licenciement.

D'abord évoqué timidement[14] par la chambre sociale de la Cour de cassation, la néologie[15] de « détournement d'institution » se manifeste pour la première fois dans une décision du 17 décembre 1975[16]. En l'espèce, la désignation d'un salarié comme délégué syndical était intervenue au cours de la procédure préalable au licenciement engagée par l'employeur. La Cour de cassation approuve le juge du fond[17] qui a considéré "que la preuve n'était pas apportée que la désignation ait eu pour effet de détourner à des fins particulières une institution d'intérêt collectif.".

Plusieurs décisions, rendues dans de mêmes types d'affaires, vont confirmer l'utilisation de la notion entre 1975 et 1980[18].

3. Or, c'est précisément au début des années 1980 que la notion de détournement d'institution est venue investir le droit de la famille et a trouvé dans l'adoption un terrain fertile pour prendre de l'ampleur.

La première décision de la Cour de cassation, en matière d'adoption » est une décision rendue le 7 mars 1989, par la Première chambre civile[19].

L'affaire concernait une demande d'adoption plénière de l'enfant du conjoint[20]. L'adoption plénière est une "adoption provoquant une rupture de tout lien juridique entre la famille d'origine et l'enfant adopté et assimilant ce dernier à un enfant légitime dans la famille adoptive."[21].

---

[13] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°901, p. 1155 et s.

[14] Soc. 18 juin 1975, Bull. 1975, V, n°338, p. 294 : "si la désignation était en principe juridiquement valable, il était établi qu'elle avait été faite à la hâte, non en vue de défendre les intérêts des travailleurs, mais uniquement pour assurer la protection de M… et qu'ayant été détournée de son but, elle devait être annulée".

[15] La néologie est qualifiée par Gérard CORNU (Linguistique juridique, 3ème éd., Montchrétien, 2005, p. 108 et s) d'attitude qui consiste « à baptiser ou à rebaptiser une réalité juridique d'un nom nouveau ».

[16] Soc. 17 décembre 1975, Bull. 1975, V, n°615, p. 517.

[17] « le tribunal a légalement justifié sa décision ». Le Code du travail donne compétence au tribunal d'instance (article L 2143-8 nouveau ; article L 420-16 ancien).

[18] Soc. 26 octobre 1976, Bull. 1976, V, n°526, p. 432 ; Crim. 18 octobre 1977, Bull. crim., n°308, p. 781 ; Crim. 6 novembre 1979, Bull. crim, n°308.

[19] Gaz. Pal. 8 mars 1990, p. 131, note MASSIP. D. 1989, J., p. 477, note J. HAUSER.

[20] L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est notamment régie par les dispositions des articles 343-2, 344 et 345-1 du Code civil. Elle correspond à l'hypothèse où une personne veuve, ayant un ou plusieurs enfants, se remarie et où le nouveau conjoint souhaite adopter le (ou les) enfant(s) du premier lit. En principe, la caractéristique principale de l'adoption plénière est d'entraîner la rupture des liens du sang avec la famille d'origine (article 356 alinéa 1 du Code civil) ; par conséquent, les liens existants avec le conjoint prédécédé disparaissent.

Mais, en cas d'adoption de l'enfant du conjoint, la loi a prévu une dérogation à la règle de la rupture des liens du sang précitée : l'adoption ne fait pas perdre à l'enfant son lien de filiation avec ce conjoint (article 356, alinéa 2).

[21] Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, *Lexique de termes juridiques*, 17ème éd., par Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER, Dalloz, 2010, p. 24.

Dans l'espèce jugée en 1989, il était établi que la demande d'adoption du second mari de la mère n'avait d'autre but que de faire échec aux relations de l'enfant avec les grands-parents paternels (le premier mari de la mère était décédé)[22]. L'administrateur *ad hoc* désigné pour représenter les enfants dans la succession de leur père, ainsi que les grands-parents, avaient formé tierce opposition[23] au jugement qui avait prononcé l'adoption plénière des enfants, sur le fondement de l'article 353-1 (ancien) du Code civil[24]. Ce texte disposait que : «La tierce opposition à l'encontre du jugement d'adoption n'est recevable qu'en cas de dol ou de fraude imputable aux adoptants».

La Cour d'appel de Versailles avait déclaré la tierce opposition des grands-parents recevable, en retenant que le demandeur à l'adoption (le second mari de la mère), avait précisément commis un dol en dissimulant au tribunal des éléments de nature à exercer une influence sur la décision et en cachant aux grands-parents l'existence de la procédure d'adoption.

La Cour de cassation avait confirmé cette décision en ce qu'elle avait déclaré recevable la tierce opposition des grands-parents au jugement d'adoption. Mais la Cour suprême était allée plus loin que ne l'avait été la Cour d'appel, dans la motivation de la décision, en ajoutant que : "l'adoption en la forme plénière de Céline et Delphine par le second mari de la mère, dans le but ... de couper les enfants de leur famille paternelle et notamment de leurs grands-parents, **loin de correspondre à la finalité de l'institution en constituait un véritable détournement**".[25]

Les choses auraient pu en rester là[26] et la notion de détournement d'institution serait peut-être passée inaperçue, si son existence n'avait pas été consacrée par la plus haute instance judiciaire de France, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

---

[22] L'adoption plénière entraînant la rupture des liens avec la famille par le sang (article 356 alinéa du Code civil), les grands parents ne pouvaient plus prétendre à un droit de visite et d'hébergement, sur le fondement de l'article 371-4 du Code civil (modifié par la loi 2007-293 du 5 mars 2007) : « L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit.
Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non ». Le texte applicable en 1989 disposait que « Les père et mère ne peuvent, sauf motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents. A défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le tribunal.
En considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non. ».

[23] Sur cette notion, cf. *infra*, sanction du détournement d'institution, p. 251. Article 582 du Code de procédure civile : « la tierce opposition tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque ».

[24] Devenu aujourd'hui article 353-2 du Code civil (Loi n°96-604 du 5 juillet 1996) ; le texte est inchangé : « La tierce opposition à l'encontre du jugement d'adoption n'est recevable qu'en cas de dol ou de fraude imputable aux adoptants ».

[25] Par cette affirmation, la Cour de cassation répondait à la critique adressée par les parents à l'arrêt de la Cour d'appel, d'après laquelle la Cour se serait fondée sur des considérations générales et abstraites, à savoir : inopportunité de l'adoption plénière (qui entraîne la rupture des liens avec la famille par le sang) et affirmation que l'adoption plénière ne serait pas conforme à l'intérêt des enfants.

[26] De tels comportements ont eu pour conséquence que le législateur est intervenu pour mettre un frein à ces pratiques : la loi du 8 janvier 1993 (JO 9 janvier), modifiée par la loi 96-604 du 5 juillet 1996, a interdit l'adoption plénière par le conjoint du parent, lorsque l'enfant a une filiation établie à l'égard de son autre parent

4. Dans une décision rendue le 31 mai 1991[27], toujours dans le domaine de l'adoption, la Haute juridiction a condamné la pratique des "maternités de substitution "[28].

La Cour d'appel de Paris, le 25 juin 1990[29], avait fait droit à la demande d'adoption de l'enfant né d'une mère porteuse, en retenant qu'en l'état actuel des pratiques scientifiques et des mœurs, la méthode de la maternité substituée devait être considérée comme licite et non contraire à l'ordre public, que l'adoption était conforme à l'intérêt de l'enfant et que le caractère volontaire de l'organisation des liens de filiation de l'enfant n'était pas en contradiction avec les institutions et les règles propres à la filiation.

Un pourvoi en cassation ayant été formé contre la décision de la Cour d'appel par le Procureur général près la Cour de cassation, dans l'intérêt de la loi[30], l'Assemblée plénière a cassé la décision de la Cour d'appel, après avoir entendu, en qualité d'*amicus curiae*, le Président du Comité Consultatif d'Ethique pour les Sciences de la Vie[31].

L'attendu principal de l'arrêt participe incontestablement des formules de principe, en laissant apparaître pour la première fois, au niveau de la Cour de cassation, l'expression de « détournement d'institution » : "... la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ... **cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en**

(art. 345-1 du Code civil). Il est frappant de constater que le détournement d'institution a aboutit en l'espèce à une intervention législative, tout comme en matière de maternités de substitution avec l'article 16-7 du Code civil issu de la loi du 29 juillet 1994 (le détournement d'institution est-il un phénomène annonciateur d'une évolution du droit ?).

[27] JCP 1991, II, 21752, obs. F. TERRE. D. 1991, p. 417 et s., note THOUVENIN. RTD civ. 1991, p. 517 ; Petites Affiches du 27/11/1991, p. 13 et s. note MASSIP et du 23/10/1991, p. 4 et s., note GOBERT.

[28] Dans cette affaire, les faits étaient les suivants : un couple marié dont l'épouse était atteinte de stérilité avait passé une convention avec une femme qui s'engageait à porter et à mettre au monde l'enfant conçu grâce à une insémination artificielle, le père dudit enfant étant le mari. La mère "porteuse" avait accouché sous x, et le père avait reconnu l'enfant. La reconnaissance du mari permettait d'établir son lien de filiation (naturelle) vis à vis de l'enfant (article 316 du Code civil). L'épouse avait alors entamé une procédure d'adoption plénière de l'enfant de son conjoint. Le phénomène des « mères porteuses » est aussi désigné sous le nom de « gestation pour autrui ». Pour un examen de la terminologie dans ce domaine, v. J. RUBELLIN-DEVICHI, la gestation pour le compte d'autrui, D. 1985, chron. p. 147 et s. Une étude du Conseil d'état du 6 mai 2009 (p. 47) précise le phénomène en distinguant « la procréation pour autrui, où la mère porteuse est à la fois gestatrice et donneuse d'ovocyte, l'insémination se faisant avec le sperme du « père d'intention », de la gestation pour autrui, où la mère porteuse est seulement gestatrice : elle porte l'embryon des parents d'intention, conçu in vitro (parfois, si la fonction ovocytaire est défaillante, un don d'ovocyte peut également avoir été à l'origine de la fécondation de l'embryon). V. également Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille,* par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°1030, p. 410.

[29] JCP 1991, II, 21653, note B. EDELMAN et C. LABRUSSE-RIOU.

[30] Cf. sur les conséquences du pourvoi dans l'intérêt de la loi en cas de cassation de l'arrêt déféré à la Cour, v. F. TERRE et M. GOBERT, à propos de la décision de l'Assemblée plénière.

[31] Le Professeur Jean BERNARD. En l'espèce, une telle audition intervenait pour la première fois devant la Cour de cassation.

exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption".

Le recours aux maternités de substitution est ici notamment sanctionné, affirme la Haute juridiction, parce que le processus utilisé pour permettre au couple marié de prendre "possession"[32] de l'enfant constituait un détournement de l'institution de l'adoption[33].

5. Dans les années qui ont suivi, d'autres décisions de la Cour de cassation[34] sont intervenues en matière de détournement d'institution, confirmant l'émergence d'une nouvelle notion.

Si le droit du travail a vu naître l'expression de « détournement d'institution », la notion puise sans aucun doute ses racines jurisprudentielles en droit de la famille et a émergé lentement du contentieux lié aux demandes d'annulations de mariages « fictifs » ou simulés[35].

La jurisprudence a donc mis en lumière le détournement d'institution, mais elle n'en est pas l'« inventeur ». La notion s'est en réalité dégagée petit à petit des travaux de la doctrine consacrés à la théorie de l'abus de droit[36].

6. De fait, l'expression de «détournement d'institution» ne figure pas dans le Code civil ; elle a donc été «créée» de toute pièce, à partir de deux termes associés — détournement et institution — pour constituer, ce qu'il est convenu d'appeler en linguistique juridique, une "composition binaire à cheville"[37].

Or, les deux termes associés ont chacun une — voire même plusieurs significations — dans le langage juridique[38].

---

[32] Voir Pierre RAYNAUD, *l'enfant peut-il être objet de droit* ? D. 1988, chron., p. 109 et s.

[33] La jurisprudence rendue en ce domaine a conduit à une intervention du législateur, afin de conforter les solutions dégagées par la Cour de cassation. La loi 94-653 du 29 juillet 1994 a en effet créé un article 16-7 du Code civil, qui dispose que : "Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle" et a prévu diverses sanctions pénales, afin de sanctionner le non respect de cette disposition (Code pénal, article 227-12).

[34] Cf. infra, émergence jurisprudentielle du détournement d'institution, p. 58 et s.

[35] Cf. infra, émergence jurisprudentielle du détournement d'institution, p. 47 et s.

[36] Cf. infra, émergence doctrinale du détournement d'institution, p. 31 et s.

[37] Gérard CORNU, *Linguistique juridique*, 3ème éd., Montchrétien, 2005, n°33, p. 168 : "La composition est la **formation d'une entité significative nouvelle à partir de termes préexistants dotés d'une individualité propre**. Elle combine des mots ... en une **nouvelle unité sémantique** .". Cf. n°33, p. 171 : Les compositions binaires à cheville "associent deux substantifs, mais avec l'atout décisif d'une cheville (article, adverbe, préposition) qui noue le sens global par une indication essentielle (marquant la fin, le moyen, l'objet, l'appartenance, la cause, le fondement, etc.). Ce sont, en un sens, les formations les plus belles et les plus pures, compte-tenu de la précision juridique qu'elles atteignent avec cette économie de moyens.".

[38] La néologie de « détournement d'institution » pourrait bien s'inscrire comme un contre-exemple de ce que Gérard CORNU cherche à démontrer, à propos de la création de néologies par adjonction de syntagmes. En effet, selon lui, de telles néologies auraient pour vertu principale de permettre de lutter contre la polysémie en droit. Or, les termes qui composent la néologie de « détournement d'institution », à savoir les mots

Une première difficulté, pour pouvoir cerner la notion, consiste, après avoir passé en revue les divers sens des syntagmes « détournement » et « institution », à sélectionner quelle est la signification retenue par la jurisprudence, étant rappelé que la Cour de cassation n'a pas donné de définition de ce qu'elle entendait par « détournement d'institution ». La notion de détournement est utilisée en droit privé, mais surtout principalement en droit pénal et en droit administratif. Il en est de même pour la notion d'institution, qui transcende plusieurs branches du droit : droit public, droit privé, droit communautaire, droit international public et privé ...[39]. Ainsi, même limitée au droit interne, l'étude de la notion de détournement d'institution peut intéresser plusieurs disciplines : le droit privé, qui lui a servi de matrice mais également le droit pénal ou le droit public, qui sont des disciplines qui connaissent le concept d'institution juridique. L'idée que des détournements d'institution puissent se produire dans ces matières mérite en tout cas d'être examinée, à commencer par le droit pénal.

7. En droit pénal, l'existence des institutions juridiques ne fait aucun doute[40]. Pour autant, il n'est pas certain que le droit pénal permette d'appréhender d'éventuels détournements d'institutions, car il paraît difficile d'imaginer que quelqu'un puisse avoir intérêt à jouer avec la finalité d'une incrimination.

Mais surtout, le droit pénal a pour pilier un principe fondamental « *Nullum crimen, nulla poena sine lege* », qui interdit au juge de réprimer un comportement qui ne serait pas incriminé par un texte. Or, il n'existe pas en droit pénal actuel, d'infraction de « détournement d'institution »[41].

Par contre, il peut arriver que des détournements d'institutions, avérés en droit privé, conduisent à l'application d'une sanction pénale, parce que le détournement d'institution réalisé va entrer dans les éléments constitutifs d'une infraction. Le cas s'est produit en matière de mariage, et le droit du travail, dont le respect est très souvent assorti de sanctions pénales, donne des exemples de tels phénomènes.

« détournement « et « institution » sont eux-mêmes des polysèmes en droit. Ces mots ont de multiples sens, non seulement au sein de la branche du droit qui les utilise, mais également d'une branche du droit à l'autre. (Ibid., p. 108 et s., 114 et 133). V. également Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 239.

[39] Monsieur CORNU relativise cette remarque en précisant que "la communauté linguistique qui existe entre toutes les branches du droit [manifeste] avec éclat à quel point les notions fondamentales sont communes à toutes les disciplines juridiques. Bien mieux, l'approche linguistique fait voir, au-dessus des divisions matérielles, comment les finalités essentielles du droit s'ordonnent selon des divisions supérieures." (opus cité, p. 133).

[40] Cf. par exemple Stéphane DETRAZ, *Rémanence et renaissance d'une institution : de la contrainte par corps à la contrainte judiciaire. Commentaire de l'article 198 de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*. Droit pénal, octobre 2004, p. 11 et s.

[41] La création d'une telle infraction est pourtant suggérée par Dominique FENOUILLET in, *Le détournement d'institution familiale,* Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 278.

8. D'autre part, le droit administratif connaît lui aussi, à l'instar du droit privé et du droit pénal, le concept d'« institution ». Il n'est pas à exclure qu'une collectivité ou une administration soit tentée de détourner une institution de son esprit, mais aucune décision n'a encore été amenée à constater un tel phénomène. C'est la raison pour laquelle le droit administratif sera écarté de la présente étude, en raison de l'absence de détournements d'institution réellement avérés dans ce domaine.

9. Le détournement peut être provisoirement défini[42] comme l'"utilisation, hors de sa destination, d'un bien, d'une voie de droit ou d'un pouvoir.". Et l'exemple cité comme illustration de cette proposition est le mécanisme de détournement de pouvoir ou de procédure. Quant à l'institution, il s'agit d'un "composé de règles de droit qui embrasse une série de relations sociales tendant aux mêmes fins". Elle est décrite comme "l'ordonnancement cohérent et systématique d'un ensemble de règles et de techniques, manifesté ou non par des organes spécifiques, autour d'une inspiration et d'une finalité commune ...". [43]
Elle désigne encore "Par opposition à une règle de droit particulière, [un] ensemble de règles concernant un même objet." [44]. L'institution de la tutelle est proposée à titre d'exemple.
Le composé de « détournement d'institution » suggère donc l'utilisation, hors de sa destination — ou de sa finalité — d'une institution, cette dernière étant constituée d'un ensemble de règles relatives à un même objet. Bien évidemment, les deux termes du composé ayant plusieurs sens possibles, il reste encore à démontrer que la définition proposée s'inscrit bien dans la voie tracée par la Cour de cassation.

10. En outre, il faut aussi faire la part de ce qui ressort du détournement d'institution proprement dit, de ce qui ne participe que de la nécessaire évolution du Droit et des institutions qui le composent. Le Droit doit s'adapter aux faits et à la vie qui lui servent de support[45]. Les nouvelles situations secrétées par l'évolution sociale ont tendance à chercher à

---

[42] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Mise à jour, PUF, 2007, p. 305. Monsieur CORNU recense deux autres sens du mot « détournement » : le premier et le second ont trait au droit pénal : "1. Fait, pour un détenteur précaire, de ne pas restituer le bien qui lui avait été confié (en vertu d'un contrat de détention : dépôt, prêt, mandat, etc.), élément de l'abus de confiance (C. pén., a. 314-1). 2. Par ext., fait de soustraire une personne ou une chose au contrôle légitime d'un tiers ...".
[43] J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°169, p. 197.
[44] G. CORNU, *Opus cité supra*, p. 475. Monsieur CORNU recense pas moins de six acceptions du mot « institution ».
[45] J.L. BERGEL, *opus cité*, n°149, p. 168 et s.

s'intégrer dans le moule des institutions existantes[46], quelquefois en les déformant. C'est en effet "à l'ombre des grandes institutions classiques que [les] nouveaux droits ont prospéré et que les mutations juridiques se sont opérées[47].". Monsieur BERGEL[48] considère sur ce point que "la constante mutabilité des épiphénomènes juridiques qu'expriment des réglementations techniques n'affecte pas la permanence des institutions fondamentales". Il n'y a pas forcément détournement d'institution dans ce genre de situations.

Le Droit n'est donc pas toujours en parfaite adéquation avec l'évolution des faits[49] et le mécanisme du détournement d'institution permet alors de pointer du doigt le décalage existant entre le Droit et la réalité. En effet lorsque le sujet[50] de droit tente de faire entrer dans une institution juridique une situation qui en contredit la finalité, la sanction d'un détournement d'institution par les tribunaux démontre, si besoin était, que le Droit n'entend pas donner prise à toutes sortes de phénomènes ou à toutes sortes de situations que l'évolution de la vie ou de la société peuvent engendrer[51]. Les décisions rendues à propos des mères porteuses ou des couples homosexuels en sont une illustration.

Mieux encore, le détournement d'institution a eu le mérite, dans de telles situations – et dans d'autres – de provoquer une sorte d'électrochoc en incitant le législateur à intervenir, afin d'y mettre un terme, soit en instaurant une législation nouvelle là où il n'y avait rien, soit en modifiant la législation existante afin de mettre en échec les tentatives de détournements. De telles mesures, de nature préventive, sont instaurées soit pour faire cesser des pratiques prohibées, soit pour rendre plus difficiles les abus[52]. Ainsi, la jurisprudence sanctionnant des

---

[46] Cf. Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 55 : "force est de constater que le nombre nécessairement réduit de nos moyens techniques, eu égard à l'infinie diversité des fins poursuivies, contraint l'interprète à un délicat travail de sélection. Le juriste qui se propose de promouvoir ou d'analyser une institution doit composer avec les procédés techniques qui sont à sa disposition.".

[47] J. L. BERGEL, n°151, p. 170.

[48] N°151, p. 170. Cf. Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 16 : "une même technique peut révéler à l'usage des utilités auxquelles on n'avait point songé primitivement. Inventée dans un certain but, elle peut ensuite servir à d'autres fins qui se substituent aux premières.".

[49] Cf. BERGEL, n°152, p. 170 et réf. citées.

[50] Le sujet est "1. Parfois syn. de national ... 2. de droit. Personne (physique ou morale) considérée comme support d'un droit subjectif ; titulaire du droit (sujet actif) ou débiteur de l'obligation (sujet passif) ... de l'action. Personne investie du droit d'agir en justice ...". (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., Quadrige, PUF, 2007, p. 895.

[51] Certains individus ont en effet été poussés à détourner des institutions, parce que la situation qu'ils cherchaient à faire consacrer juridiquement ne rentrait dans aucun des cadres existants. Il y a un vide juridique.

[52] Cf. Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 278. Le phénomène n'est pas propre au détournement d'institution. On le rencontre dans d'autres domaines, tels que l'abus de droit ou la fraude. Par exemple, en matière d'abus de droit, "des dispositions préventives ont été organisées, permettant d'éviter l'exercice abusif des droits, et partant, leur sanction." (Loïc CADIET et Philippe le TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Dalloz de droit civil, 2008, n°5, p. 3. V. également n°37 et s., p. 10 et s.). Messieurs CADIET et LE TOURNEAU situent dans le cadre contractuel la mise en place des premières mesures de prévention des abus de droit, avec l'institution d'une législation de protection des consommateurs contre les clauses abusives. Ces auteurs font remarquer que "ces dispositions préventives n'excluent pas que le juge, saisi d'un litige relatif à telle ou telle clause abusive,

détournements d'adoption a suscité des interventions législatives, *a posteriori*, que ce soit pour empêcher des adoptions par le nouveau conjoint qui auraient pour but de couper les liens avec la famille par le sang (loi 93-22 du 8 janvier 1993) ; ou afin d'interdire la pratique des maternités de substitution, avec la création d'un article 16-7 du Code civil (loi 94-654 du 29 juillet1994) ; ou encore afin de décourager le recours à l'adoption afin de créer des liens de couple, avec l'institution du pacte civil de solidarité (loi n° 99-944, du 15 novembre 1999)[53]. De fait, le législateur intervient aussi, à titre préventif, afin d'anticiper d'éventuels détournements d'institution que pourraient être tentés de commettre des utilisateurs peu scrupuleux, en durcissant les conditions de mise en œuvre de l'institution, ou du bénéfice des effets qui lui sont attachés. Ainsi, la loi du 2003-1119 du 26 novembre 2003 a-t-elle organisé la possibilité pour les officiers d'état civil suspectant des « mariages simulés », de saisir le ministère public pour qu'il fasse opposition au mariage[54].

En droit du travail, par exemple, le législateur a strictement encadré le recours aux contrats à durée déterminée et aux contrats d'intérim[55], car "la loi ne permet pas que l'on utilise un

sanctionne l'abus en annulant la clause qui répondrait à la définition légale, en l'absence même d'un décret, voire d'une recommandation de la Commission des clauses abusives ... la prévention n'exclut pas la correction ; elle peut simplement permettre d'y obvier en évitant l'abus." (opus cité, n°40, p.11). V. Stéphanie MORACCHINI-ZEIDENBERG, *L'abus dans les relations de droit privé*, Thèse, Bordeaux IV, 2002, p. 433 et s. En ce qui concerne la fraude à la loi, Bernard AUDIT rappelle qu'"En matière de société, il y a fraude à la loi du for lorsqu'une société constituée sous l'empire d'une loi étrangère plus complaisante exerce ses activités principales dans le ressort du for, en se réclamant de la reconnaissance internationale de la personnalité conférée par la loi étrangère. Aucun système ne peut tolérer que la fraude se pratique aussi facilement. Dans un système de siège social, tel que le système français, on pare à la fraude en appliquant aux sociétés la loi de leur siège effectif ou siège *réel* ; ceci permet également, le cas échéant, de sanctionner une fraude sans faire mention de celle-ci." (Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n° 528, p. 422/423).

[53] (PACS). Il ne faut pas oublier que le PACS a aussi été institué en raison d'un vide juridique, que traduisaient les phénomènes de détournement d'institution de l'adoption. La même observation vaut également s'agissant de l'institution de la fiducie. En effet, il y a quelques années, les juristes français ont voulu essayer d'« acclimater » une institution bien spécifique au système juridique anglo-saxon : le « trust », que l'on a dénommé en France la fiducie. L'article 2011 du Code civil, créé par la loi 2007-211 du 19 février 2007 dispose que « La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». Comp. la définition proposée par Claude WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1980, n°16.
Dès avant sa création, la doctrine avait relevé que "La fiducie peut en effet servir la réalisation d'objectifs divers : sa vocation est triple. On peut à cet égard distinguer la fiducie-libéralité, la fiducie-gestion et la fiducie-sûreté." (Florence DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, LGDJ, 1997, n°146, p. 54).

[54] Article 175-2 du Code civil, modifié par la loi 2006-1376 du 14 novembre 2006.

[55] V. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 20ème éd. 2000, n°314, p. 348 qui évoquent le fait que, pendant les années 1973 à 1979, "le recours au travail temporaire est devenu de plus en plus fréquent." Et indiquent qu'"on assiste à un véritable détournement de la fonction complémentaire du travail temporaire, certaines entreprises utilisant de façon prolongée les services de travailleurs intérimaires, qui étaient affectés à des tâches en réalité permanentes." Ces auteurs citent une décision rendue par la chambre sociale de la Cour de cassation le 13 juin 1979 (Bull. civ., V, 533), concernant un salarié intérimaire mis à disposition de l'O.R.T.F. pendant quatre ans. La Cour rappelle en l'espèce « qu'il ne peut être fait appel à des entreprises de travail temporaire que pour des tâches non durables ».
Toujours en droit du travail, le législateur est intervenu pour encadrer les heures de récupération.
"Il s'agit d'heures de travail qui sont effectuée au-delà de la durée légale en vue de « récupérer des heures perdues par suite d'interruption collective de travail (art. L 212-2-2)." (Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°241, p. 432). Monsieur COUTURIER

contrat précaire pour pourvoir durablement un emploi qui est permanent."[56]. Non seulement le législateur détermine les modalités du recours aux contrats à durée déterminée ou de travail temporaire, mais dans le même temps, il précise à quoi ces contrats ne doivent pas servir. De tels contrats sont réservés à l'exécution « d'une tâche précise et temporaire »[57]. Leur finalité, qui avait été expressément explicitée par une ordonnance du 11 août 1986[58], a été reprise par l'article L 122-1, alinéa 1 du Code du travail, concernant le travail à duré déterminée : « Le contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise »[59].

11. Mais les interventions « préventives » du législateur peuvent s'avérer parfois insuffisantes pour déjouer l'imagination sans limite des sujets de droit, et c'est alors la jurisprudence qui prend le relais, soit parce qu'on lui confie le soin de vérifier, ***a priori,*** que les conditions de mise en jeu de l'institution sont bien remplies (comme c'est le cas en matière d'adoption)[60], soit en sanctionnant, ***a posteriori***, les utilisations non conformes à la finalité de l'institution[61].

Ainsi, pour reprendre l'exemple des contrats à durée déterminée, dans une décision du 29 septembre 2004[62], la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir requalifié en contrat à durée indéterminée vingt deux contrats à durée déterminée pour lesquels le motif

explique que "la jurisprudence admettait largement la possibilité de récupération. Afin d'empêcher que la récupération ne soit utilisée en vue d'une « modulation » extra-légale du temps de travail, les lois du 28 février 1986 et du 19 juin 1987 ont adopté une position plus restrictive. Désormais les circonstances dans lesquelles la récupération est permise sont limitativement énumérées par la loi. En conséquence, peuvent seules être récupérées les heures perdues pour des causes accidentelles, pour cause d'intempérie ou de cas de force majeure ; celles perdues pour cause d'inventaire ; celles correspondant au chômage d'un ou deux jours ouvrables compris entre un jour férié et un jour de repos hebdomadaire (un pont) ou d'un jour précédant les congés annuels." (Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°241, p. 432).

[56] Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°87, p. 176. Gérard LYON-CAEN, *La fraude à la loi en matière de licenciement*, Droit social, avril 1978, p. 67 et s., spéc. p. 67 : "Quand on déguise un contrat de travail à durée indéterminée en une série de contrats de brève durée plusieurs fois renouvelés, on fraude la loi sur la protection contre le licenciement, en utilisant une technique fournie par le législateur, en elle-même irréprochable.".

[57] Articles L 122-1 et L 124-2, alinéa 2 du Code du travail.

[58] V. Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°86 et 87, p. 174 et s.

[59] Devenu l'article L 1242-1 du Code du travail avec l'ordonnance 2007-329 du 12 mars 2007. Le texte est inchangé : « Un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ».

[60] Article 353 du Code civil : « L'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance qui vérifie dans un délai de six mois à compter de la saisine du tribunal si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant.
Dans le cas où l'adoptant a des descendants le tribunal vérifie en outre si l'adoption n'est pas de nature à compromettre la vie familiale. ».

[61] Sur tous ces points, cf. Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 278 et s.

[62] Soc. 29 septembre 2004, JCP 2004, IV, n°3123, p. 1993.

d'embauche était le remplacement de salariés absents. La Cour d'appel avait constaté en effet que la régularité des absences de salariés entraînait un renouvellement systématique des engagements conclus entre l'employeur, une société d'autoroute et la salariée.
Et la Cour de cassation a rappelé qu' "Aux termes de l'article L 122-1 du Code du travail, le contrat de travail à durée déterminée ne peut avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.".

12. Si la question de l'adaptation du droit au fait n'est pas nouvelle, en revanche l'avènement du détournement d'institution à la vie juridique paraît être sans conteste un phénomène récent. Pourtant l'Histoire du Droit montre que des exemples pouvant être analysés comme des détournements d'institution ont existé. Une typologie complète des cas, d'un point de vue historique, aurait été concevable[63], mais déborderait trop largement l'étude du détournement d'institution, tel que le droit positif contemporain le présente.
Pour autant, quelques exemples sont particulièrement révélateurs de l'état d'esprit qui a pu animer – et qui anime d'ailleurs toujours de nos jours – les utilisateurs des institutions juridiques. Une première approche, prenant pour point de départ le droit romain, permet d'affirmer que si Rome connaissait la notion d'institution[64], le concept de détournement d'institution n'avait pas encore pris vie. Plusieurs historiens du droit évoquent cependant des exemples de, ce qui pourrait être aujourd'hui qualifié *a posteriori*, de « détournements d'institutions ».
Ainsi, Michel DAGOT, dans un ouvrage consacré à « La simulation en droit privé »[65], citant les travaux de IHERING sur la *coemptio fiducia causa*, rappelait qu'"on sait, en effet, qu'à Rome, fréquemment, une femme se mariait dans le seul but d'obtenir l'émancipation ..." et l'auteur estime qu'alors "il y avait bien mariage fictif, réalisé pour obtenir une fin qui, en soi, n'est pas de l'essence du mariage.". Utiliser l'institution du mariage pour obtenir une fin qui ne correspond pas à son « essence » peut être qualifié sans grand risque d'erreur de détournement d'institution.
Michel DAGOT[66] mentionnait un autre exemple, toujours tiré du droit romain, dans lequel "un célibataire que les lois caducaires Julia et Papia Poppaea avaient rendu incapable de

[63] Et mériterait sans doute à elle seule un travail de recherche …
[64] CICERON, *Topiques*, 23, 90, *Institutio.*
[65] Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°236, p. 236.Cf. Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p.146, citant un exemple d'utilisation de cette institution pour pouvoir faire un testament.
[66] Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°238, p. 237. Le droit des successions s'est avéré être une source de détournements d'institutions frauduleux si l'on en croit Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey 1953, p. 147 : "Citons, dans le même ordre d'idées le

recevoir par succession utilisait un tel procédé [le mariage] pour échapper à l'incapacité.". Il ne fait aucun doute dans cette dernière hypothèse que le détournement d'institution se doublait d'une fraude à la loi, ce qui démontre que déjà à l'époque, l'imagination des hommes était très fertile pour tourner ou contourner les lois.

Un autre auteur, Roger PERROT[67], expliquait par ailleurs que pour parvenir à l'adoption, un *paterfamilias* utilisait "par trois fois la technique de la *mancipatio* suivie d'une revendication". Monsieur PERROT[68] précisait en note que "Le droit romain n'admettait pas qu'un *paterfamilias* puisse céder sa puissance paternelle à un autre *pater*. Pour arriver à l'adoption, les parties utilisèrent un détour. Elles imaginèrent de juxtaposer deux procédés techniques : le premier, la *mancipatio*, éteignait la *patria potestas* du père de famille sur l'*alieni juris* par le jeu d'une disposition de la loi des XII tables (IV, 2) ; le second, la *legis actio*, faisait naître sur celui-ci une nouvelle *patria potestas* au profit de l'adoptant.".

De tels phénomènes ont également existé en droit des obligations.

Un autre auteur mentionne "L'institution romaine de la *procuratio in rem suam*, destinée à réaliser, en détournant le mandat de son sens initial, une cession de créance à laquelle la conception primitive de l'obligation ne permettait pas de parvenir directement ..." [69].

13. Le détournement d'institution a également servi de moyen de commettre une fraude à la loi dans l'ancien droit.

L'exemple de la constitution de rente est révélateur : "On sait que l'« assignation » de la rente, c'est à dire le caractère réel de la dette qui pesait sur le fonds et non pas sur le débirentier, était un des rouages techniques essentiels de cette institution. Et cependant, lorsque vers le XIIIe siècle on utilise la constitution de rente pour tourner la prohibition canonique du prêt à intérêt, on vit se développer toute une série de clauses qui ne tendaient à rien moins qu'adapter la technique de la constitution de rente à sa fin nouvelle, en la déformant jusque dans son mécanisme fondamental."[70].

fidéicommis qui, à l'origine, fut un procédé technique dont on se servit pour permettre à un pérégrin de recevoir par testament et, plus tard, pour tourner les lois caducaires.".

[67] Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 146.

[68] Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, note 3, p. 146.

[69] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p. 9, note 24. (Extrait de Philippe Malaurie, *Droit civil, Cours 1977-1978*, Les Cours du droit, p. 638).

[70] Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, n°84, p. 128. Monsieur PERROT précise encore qu'"on ne peut s'empêcher de constater que cette adaptation se fit au prix d'une déformation complète de l'institution, puisque, à la fin du XVIe siècle, l'assignation n'était plus indispensable et que le débiteur n'était plus tenu que d'une obligation personnelle à la manière romaine." (n°84, p. 129).

En l'espèce, le détournement d'institution opéré poursuivait un but frauduleux, puisqu'il visait à « tourner la prohibition canonique du prêt à intérêt », or il se trouve que c'est un des éléments caractéristiques de la fraude à la loi de chercher à tourner une prohibition légale[71].

Les quelques exemples qui précèdent attestent que la problématique de détournement d'institution a existé très tôt en droit français, mais sans recevoir une appréhension juridique particulière.

14. De plus, la notion de « détournement d'institution » étant, en outre, inconnue du Code civil, la tentation a été grande, pour les auteurs qui se sont intéressé à la jurisprudence ayant sanctionné des détournements d'institution, de rapprocher le détournement d'autres notions mieux connues telles que de l'abus de droit[72], la fraude ou encore du détournement de pouvoir (ou de procédure)[73].

Le détournement d'institution est d'abord très proche de l'abus de droit.

Il y a en effet des indices qui laissent penser que l'apparition de la notion de détournement d'institution peut être située au sein des travaux de la doctrine consacrée à l'abus de droit. Le Doyen JOSSERAND n'écrivait-il pas que l'acte abusif était "l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité."[74] ?

Or, la définition de l'abus de droit est loin d'être claire encore aujourd'hui : "faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, ou, suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux ..."[75].

Le premier critère paraît correspondre à l'hypothèse ayant conduit à l'arrêt de la Cour de cassation du 7 mars 1989[76] (adoption dans le but de couper les liens avec les grands-parents par le sang).

Mais il faut également admettre que l'exercice des droits en méconnaissance de ses devoirs sociaux est évidemment une proposition qui se rapproche beaucoup du détournement d'institution. D'un autre point de vue, dans le premier cas comme dans le second, le sujet ne respecte pas la finalité du Droit, et un tel comportement mérite à tout le moins une sanction.

Mais il n'est pas interdit non plus de penser que le détournement d'institution ne serait au fond qu'une sorte de fraude.

---

[71] Sur cette notion, cf. infra.

[72] Pierre RAYNAUD, *Un abus de l'adoption simple, les couples adoptifs*. D. 1983, p. 39 et s.

[73] Jean HAUSER, *L'adoption à tout faire*. D. 1987, p. 205 et s. et D. 1989, p. 479.

[74] *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits* ; 2ème éd., Dalloz, 1939, n°292, p. 395. V. également n°282, p. 386 : "l'abus consiste invariablement ... dans le détournement d'un droit par rapport à sa destination, à sa mission sociale ... ce qu'il faut savoir et ce qu'il faut décider, c'est s'il a usé de son droit conformément à l'esprit de l'institution ...".

[75] Gérard CORNU, *Opus cité*, v. Abus de droit, 8ème éd., 2007.

[76] *Cf. supra*, p. 11.

Or, tout comme l'abus de droit, la fraude est également une notion à « géométrie variable ».
Particulièrement, la fraude recouvre aujourd'hui deux acceptions.
Dans un sens large, la fraude consiste en "mauvaise foi, intention frauduleuse ... Acte de mauvaise foi, tromperie, acte accompli dans le dessein de préjudicier à des droits que l'on doit respecter."[77]
Mais la fraude s'entend aussi de la fraude à la loi. La définition qu'en a proposée José VIDAL[78] rassemble la grande majorité des auteurs : "on peut dire qu'il y a fraude chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, ce qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif.".
N'y a t'il pas pour le moins tromperie ou mauvaise foi, de la part d'un agent à vouloir utiliser une institution, sans pour autant en poursuivre le but, la finalité ?
N'y a t'il pas fraude également à respecter la lettre d'une institution mais sans en respecter l'esprit ?
Parallèlement, le détournement d'institution pourrait en outre être rapproché avec profit de la notion de détournement de pouvoir. Le détournement de pouvoir consiste en l'utilisation par un agent de "ses pouvoirs dans un but autre que celui que lui permet de poursuivre la compétence qu'elle exerce.".[79] Le terme de « détournement », qui est commun aux deux expressions, suggère évidemment qu'un rapprochement pourrait être fructueux entre les deux notions. Et de la même façon l'idée de détournement de finalité, de but est commune aux deux notions.

15. Il serait alors possible de démontrer qu'en réalité le détournement d'institution permettrait de fédérer fraude à la loi, abus de droit et détournement de pouvoir ; les différents mécanismes s'inscrivant tous dans une même logique selon laquelle le Droit doit protéger les institutions juridiques pour éviter qu'elles soient détournées de leur finalité, ainsi que les éléments qui entrent dans sa composition : règles de droit, droits subjectifs, pouvoirs : "Comme celle de l'abus de droit, la théorie de la fraude est un mécanisme d'auto-défense du droit, qui lui permet de corriger les déviations auxquelles peut conduire la mise en œuvre des règles juridiques. Comme elle, elle répond à l'idée que le droit ne peut tolérer que des institutions juridiques soient détournées de leur finalité et que la lettre des institutions soit utilisée au détriment de son esprit."[80].

---

[77] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. mise à jour, PUF, 2007, p. 430.
[78] *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*. p. 208.
[79] Gérard CORNU, *précité, v. détournement.*
[80] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°242, p. 277.

Une telle démarche d'assimilation avait déjà été tentée avec plus ou moins de succès par JOSSERAND[81], qui avait suggéré d'absorber dans l'abus de droit la fraude et le détournement de pouvoir, mais également par VIDAL, qui estimait que c'était la fraude qui constituait le noyau central des théories de l'abus de droit et du détournement de pouvoir.

Quelle que soit l'opinion que l'on puisse professer en la matière, le simple fait que se manifestent des tendances visant à ordonner ces différentes notions autour d'un esprit commun démontre à l'évidence l'existence de liens privilégiés entre fraude, abus de droit et détournement de pouvoir.

Néanmoins, si, de par sa notion et son régime, le détournement d'institution est effectivement proche de la fraude, de l'abus de droit ou du détournement de pouvoir, une étude attentive révèle une réelle autonomie du concept, lequel ne peut en aucun cas être réduit au rang de synonyme des termes de fraude, d'abus de droit, de détournement de pouvoir.

L'apparition du mécanisme traduit certainement également un affinement des critères utilisés pour sanctionner les comportements malhonnêtes. L'étude de ces critères permettra précisément de faire la part de ce qui ressort du détournement d'institution proprement dit de ce qui ressort des autres notions.

Ainsi, apparaît l'utilité du détournement d'institution, qui a un domaine distinct des concepts de fraude, d'abus de droit et de détournement de pouvoir. Le détournement d'institution répond à un besoin du Droit d'appréhender des situations ou des comportements, qui ne le seraient pas de façon systématique, en ayant recours aux autres qualifications plus traditionnelles.

16. Le rapprochement du détournement d'institution de notions qui en sont proches traduit une tendance naturelle du juriste, confronté à une notion originale, de chercher à faire entrer la nouvelle venue dans des catégories juridiques préexistantes. Une telle attitude est typique et traduit la vocation naturelle du droit à organiser, classifier, afin d'appréhender au mieux les innombrables manifestations de la vie sociale. Il est assez frappant de constater que le juge, dans son interprétation créatrice[82], se sert souvent des cadres existants comme promoteurs d'un concept inédit : Ainsi, une "expression technique nouvelle ne se justifie que si elle est destinée à traduire une notion nouvelle ou tout au moins une notion jusque-là confondue à tort

[81] Cf. Guy COURTIEU, *Abus de droit. Notion*, Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386, fasc. 131-10, 2005, n°10, p. 5 : "la notion d'abus de droit sert à sanctionner les détournements de pouvoirs. L'apport du droit administratif est évident. Le contentieux de l'excès de pouvoir et du détournement de pouvoir inspire le juge judiciaire dans le contrôle et la sanction de l'utilisation de certaines institutions (l'autorité parentale par exemple) ou de certains mécanismes juridiques (abus de majorité ou de minorité dans les sociétés commerciales, par exemple).".

[82] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n° 76, p. 101 : . "la jurisprudence, sans les créer de toute pièces, les [principes généraux du droit] « extrait de la loi ou de la coutume, avec l'aide de la doctrine ». Ils sont « en suspension » dans l'esprit du droit et le juge les y identifie.".

dans des cadres qui n'étaient pas les siens." [83]. Monsieur GAILLARD[84] rappelle que "la méthode est caractéristique de la création prétorienne. La théorie du détournement de pouvoir a connu une évolution analogue, empruntant aux institutions voisines non seulement la justification théorique qui lui faisait défaut, mais encore les matériaux qui forment aujourd'hui sa propre substance.". Ceci explique sans doute qu'une partie de la doctrine ait cru voir dans le détournement d'institution une sous catégorie de fraude ou d'abus de droit, alors que le détournement d'institution doit avoir une place au côté des instruments de respect des finalités du système juridique que sont la fraude et l'abus de droit.

Il ne viendrait en effet à l'idée de personne de contester le fait que l'irruption du détournement d'institution sur la scène juridique soit une nouvelle illustration, si besoin en était[85], du pouvoir créateur de la jurisprudence.

17. En outre, le juriste qui a à faire face à une notion nouvelle se voit contraint, dans un premier temps, de limiter son examen à la chose « en soi », comme le ferait tout scientifique confronté à un phénomène nouveau. Ce n'est qu'après avoir étudié et disséqué le phénomène qu'il est possible d'examiner quelles sont ses relations avec le monde qui l'entoure. C'est la raison pour laquelle l'étude de la notion de détournement d'institution sera limitée au droit interne, car la confrontation d'une telle notion avec les données du droit comparé ne sera possible que lorsque l'existence et l'autonomie du concept sera avérée en droit interne ; la démonstration de cette existence et de cette autonomie étant précisément l'objet de ce travail.

18. La notion de détournement d'institution fait écho à une formule de Roger PERROT[86], qui dans une étude consacrée à « l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques » écrivait : "Parfois le juriste est un peu comparable à ce bricoleur qui ne trouve pas dans l'arsenal de ses techniques le procédé exactement approprié au but qu'il poursuit.".

---

[83] J. BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de G. BAUDRY-LACANTINERIE*, T. III, Sirey, 1926, n°222, p. 439. G. MORIN, *L'abus du droit*, Revue de métaphysique et de morale 1929, p. 276 et s : "Il arrive fréquemment que les constructions juridiques nouvelles naissent et se développent sous le masque de théories voisines dont elles empruntent l'autorité, mais déforment les traits. Cet emprunt de personnalité leur permet de s'affirmer progressivement tout en évitant de se heurter prématurément aux conceptions anciennes qu'elles ont vocation à concurrencer ou à remplacer.".

[84] *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°158, p. 102.

[85] Gérard CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 12ème éd., Domat Droit, Montchrétien, 2005, n°442, p. 187 : "la jurisprudence française a eu (et assume encore parfois) un rôle créateur. Elle a fait œuvre prétorienne … A la fin du XIXème et au début du XXème siècle, se situe le « siècle d'or », « l'ère » de la jurisprudence créatrice : c'est à cette époque que les tribunaux ont élaboré nombre de théories aujourd'hui reconnues et consacrées : théorie de l'abus de droit … La jurisprudence civile a historiquement donné au système juridique français des règles prétoriennes qui sont de droit positif.".

[86] Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 145.

Or à travers le détournement d'institution, le juge vient rappeler au juriste que les outils mis à sa disposition ne doivent pas être mis au service de n'importe quelle fin.

D'ailleurs, récemment, l'idée de « détournement d'institution » semble même avoir reçu une consécration du droit constitutionnel, puisque le Conseil constitutionnel, dans une décision du 9 novembre 2006, a indiqué que "la liberté du mariage … ne fait pas obstacle à ce que le législateur prenne des mesures de prévention ou de lutte contre les mariages contractés à des fins étrangères à l'union matrimoniale."[87]

L'existence d'une nouvelle notion – voire d'un nouveau concept[88] -, le détournement d'institution, semble donc s'évincer des développements qui précèdent.

Il apparaît cependant nécessaire, dans un premier temps, d'en apporter la démonstration, afin de s'assurer ensuite que le concept de détournement d'institution présente une réelle autonomie par rapport aux notions d'abus de droit, de fraude ou de détournement de pouvoir.

PREMIERE PARTIE : L'EXISTENCE DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

SECONDE PARTIE : L'AUTONOMIE DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

[87] Conseil constitutionnel, décision n°2006-542 DC du 9 novembre 2006, rendue à propos de la loi relative au contrôle de la validité des mariages. (loi 2006-1376 du 14 novembre 2006, J.O. du 15 novembre 2006).

[88] Les concepts sont des « représentations mentales générales et abstraites des objets ». J. L. BERGEL, n°181, p. 211. Gaston MORIN, *Vers une révision de la Technique juridique. Le concept d'institution*, Arch. Phil. du Droit 1931, p. 73 et s., spéc., p. 74 : "Les concepts sont donc des constructions de l'esprit sur les données du réel.". Claude DU PASQUIER, *Introduction à la théorie général et à la philosophie du Droit*, 3ème éd., Delachaux et Niestlé SA, 1948, n°183, p. 167 : "Lorsque je dis « un pommier », je fais appel non pas à la représentation, dans l'esprit, d'un pommier déterminé ayant telle forme et portant tels fruits, mais d'un pommier quelconque, réunissant les caractères communs à tous les pommiers : c'est un concept. Le concept correspond à un certain degré d'abstraction." ; n°184, p. 168 : "Les concepts sont des instruments par lesquels le droit a prise sur la réalité.". Christian LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, T. 1, 5ème éd., Economica, 2006, n°143, p. 84 "l'appréhension par le droit construit d'un phénomène.". Boris STARCK, Henri ROLAND, Laurent BOYER, *Introduction au droit*, 5ème éd., 2000, n°247, p. 105 : "Le concept est la saisie par la pensée d'un phénomène ou d'une chose sensible dotée d'une valeur représentative générale.". Gaston MORIN, *Vers une révision de la Technique juridique. Le concept d'institution*, Arch. Phil. du Droit 1931, p. 73 et s., spéc., p. 74 rappelle qu'"il faut au juge des catégories, des concepts préétablis, auxquels s'appliqueront des règles de droit déterminées afin d'y faire rentrer les cas d'espèce qui lui seront soumis.".

PREMIERE PARTIE : L'EXISTENCE DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

19. Classiquement, l'analyse de toute nouvelle notion juridique doit commencer par l'ontologie de « l'être »[89] qui est apparu dans l'ordre juridique, à un moment donné.
Après en avoir cerné la notion, l'attention devra être portée sur le fonctionnement du mécanisme du détournement d'institution et ses fonctions.

Titre I : La notion de détournement d'institution

Titre II : Régime juridique et fonctions du détournement d'institution

[89] G. RENARD, *La théorie de l'Institution. Essai d'ontologie juridique*, 1er volume, Sirey, 1930, note 1, p. 31. Sur l'ontologie juridique, cf. René SEVE, *L'institution juridique : imposition et interprétation*, Revue de métaphysique et de morale, n°3, 1990, p. 311 et s.

TITRE I LA NOTION DE DETOURNEMENT D'INSTITUTION

20. Pour bien comprendre ce qu'est le détournement d'institution, à savoir le détournement de finalité d'une institution juridique, il n'est pas inutile de se pencher sur la façon dont il est apparu dans le domaine juridique (Chapitre I).

L'examen des conditions dans lesquelles le concept s'est progressivement forgé éclaire non seulement la définition qui peut être donnée du détournement d'une institution, mais permet aussi de déterminer le domaine d'intervention qui est le sien (chapitre II).

Chapitre I : L'émergence du détournement d'institution

Chapitre II : Définition et domaine du détournement d'institution

Chapitre I : L'émergence du détournement d'institution

21. Il faut rendre à la Cour de cassation le mérite d'avoir mis en lumière le détournement d'institution, pour la première fois dans une décision du 17 décembre 1975[90]. Mais en réalité, le concept de « détournement d'institution » n'a pas été créé par la jurisprudence *ex nihilo*.
En effet, l'idée d'un détournement possible des institutions est apparue très tôt en doctrine, et s'est d'abord développée au sein de l'abus de droit (Section I). Le concept de détournement d'institution en tant que tel s'y matérialise dès le début du XX^{ème} siècle, mais il ne va parvenir à l'autonomie juridique qu'avec l'utilisation que va en faire la jurisprudence à partir du milieu des années 1970 (Section II).

SECTION I : L'EMERGENCE DOCTRINALE DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

SECTION II : L'EMERGENCE JURISPRUDENTIELLE DU DETOURNEMENT D'INTITUTION

[90] Soc. 17 décembre 1975, Bull. 1975, V, n°615, p. 517. *Cf. supra*, Introduction, p. 11.

SECTION I : L'EMERGENCE DOCTRINALE DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

22. L'émergence doctrinale du détournement d'institution a eu lieu en fait selon plusieurs étapes.

La doctrine s'est intéressée, au début du XXème siècle, à l'idée que les droits subjectifs poursuivaient une finalité, ce qui a permis à certains auteurs de s'interroger sur la façon d'aborder l'exercice du droit fait dans le but de nuire à autrui.

De là est naturellement venue l'idée que la finalité du droit pouvait être détournée, mais sans que, dans un premier temps, l'expression ne soit utilisée clairement, puis des auteurs ont eu recours à **l'idée mais surtout à l'expression** de détournement de finalité du droit (§1). Enfin, une dernière étape a été franchie par certains auteurs qui ont utilisé le **vocable de « détournement d'institution »(§2).**

§1- Naissance du détournement de finalité d'un droit

23. Le long délai séparant la naissance du concept, de son utilisation effective par les tribunaux, ne laisse pas de susciter des interrogations sur les raisons ou les causes qui ont pu provoquer une telle latence. En fait, la notion d'abus de droit a provoqué des réflexions sur la notion de droit subjectif[91] (A). Des auteurs ont considéré que les droits subjectifs étaient finalisés, ce qui permettait d'expliquer que l'on puisse en abuser, en les détournant de leur finalité (B).

A – Les réflexions doctrinales sur la finalité des droits subjectifs

24. Il est bien difficile de trouver chez les auteurs du début du XXème siècle, qui se sont intéressés à la finalité des droits une définition de ce qu'il faut entendre par « finalité ».

C'est peut être le signe que la notion est claire et ne mérite pas de développements particuliers. En fait la finalité désigne le but poursuivi, l'objectif[92].

---

[91] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 333 : "prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui.".

[92] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 412. Le terme vient du latin *finis*, qui signifie fin. L'adjectif « *final* » est notamment défini comme : "Qui sert de fin (sens 2) ; qui indique le but poursuivi. Ex. cause finale.". Le sens 2 du terme fin auquel il est renvoyé désigne : "Finalité, but, objectif (même sens dans cause finale.". Le synonyme « but » est défini par Gérard CORNU comme provenant du "francique *but* : souche. Objectif, fin poursuivie. Ex. but d'une loi, d'un acte juridique." (p.121).

Les prémices de l'idée de droits finalisés sont incontestablement à rechercher chez François GENY, dans les quelques lignes qu'il consacre à l'abus de droit, dans un ouvrage intitulé "Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif"[93].

Contestant le fait que l'on puisse réduire l'abus de droit à l'application de la maxime «*malitiis non est indulgendum*», GENY précise : "Je suis, quant à moi, plutôt porté à croire que l'on ne découvrira la mesure, juste et vraie, des droits individuels, qu'en scrutant leur but économique et social, et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contrarient.".

GENY propose surtout dans le même ouvrage une nouvelle méthode d'interprétation dite de la «libre recherche scientifique»[94].

Dans l'esprit de GENY, l'abus de droit, dont les conditions de mise en œuvre ne sont pas prévues par la loi, est une des questions pour laquelle précisément la libre recherche scientifique doit permettre de «découvrir» la solution applicable[95] : "cette question capitale de l'abus du droit ... exige de l'interprète, pour être judicieusement résolue, une mise en balance de considérations morales, politiques, sociales ou économiques qui se trouvent engagées dans le conflit des intérêts en présence.".

L'idée que les droits ont une finalité a, dans un premier temps, permis à la doctrine de justifier l'existence de la théorie de l'abus de droit. L'abus de droit a en effet alors pour but de permettre au juge de s'assurer que la finalité du droit en cause a été respectée par son utilisateur[96] : " L'autonomie de la volonté ne suffit pas pour que la volonté se lie elle-même, **la loi veut savoir pourquoi elle se lie et apprécier son but ; de même l'autonomie de la propriété ne suffirait pas à justifier l'usage absolu** de la chose sur laquelle porte ce droit de propriété ; il faudrait que tous les actes qui en constituent l'usage, ou certains d'entre eux tout au moins, eussent une cause légitime, acceptée par la loi.".

25. Mais la thèse de l'existence de droits finalisés apparaît de façon plus claire encore chez Raymond SALEILLES.

---

[93] 1ère éd. PARIS, Octobre 1899, n°173, p. 543 et s., spéc. p. 544.

[94] François GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1ère éd. PARIS, Octobre 1899.

[95] *Méthode d'interprétation*, n°173, p. 544/545 et n° 174, p. 545. Rappr. Louis JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, 1905, p. 50. Jacqueline LEMEE, *Essai sur l'abus de droit*, Thèse Paris XII, 1977, n°231, p. 161.

[96] Claude BUFNOIR, par exemple, écrit à propos de l'abus du droit de propriété : "Posera-t'on en principe que toute faculté quelconque comprise dans le droit de propriété, lorsqu'elle sera exercée uniquement dans le but de nuire à autrui et sans profit pour le propriétaire, pourra faire l'objet d'un délit civil ?" S'il en est ainsi, les droits compris dans la propriété n'ont pas plus de légitimité en soi, *en tant que faisant partie d'un ensemble qui, par sa matérialité, constitue le contenu du droit ; ils ne se justifient que par leur but*, ils n'existent ou ne peuvent être valablement exercés que s'ils ont une cause légitime, en dehors du droit de propriété ... La propriété ne suffit plus à elle seule à justifier l'exercice des facultés qui s'y trouvent comprises ; elle n'est qu'une cause juridique qui permette d'en faire un emploi utile et *justifié par le but que l'on poursuit*" (*Propriété et contrat, Propriété et contrat. Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, Paris, 1900, p. 807 et s., spéc. p. 808).

Dans une "*Etude sur la théorie générale de l'obligation*"[97], SALEILLES écrit : "les droits subjectifs n'étaient jamais en soi, et ne pouvaient pas être, dans un état social civilisé, des droits absolus au sens technique du mot, puisqu'ils ne pouvaient être reconnus et exercés que dans la mesure où ils n'étaient pas en contradiction avec les fins organiques de la société.". Et SALEILLES[98] en tire la conséquence que "La véritable formule serait celle qui verrait l'abus de droit dans l'exercice anormal du droit, *exercice contraire à la destination économique ou sociale du droit subjectif*[99], exercice réprouvé par la conscience publique et dépassant, par conséquent, le contenu du droit, puisque tout droit, au point de vue social, est relatif et qu'il n'y a pas de droits absolus, pas même la propriété"[100].

L'idée de l'existence d'une finalité des droits commençait donc à faire son chemin, et a pu être reprise et développée par d'autres auteurs, suggérant eux aussi la possibilité d'un détournement de cette finalité[101].

De fait, la doctrine a reconnu qu'un mécanisme – ici un droit – n'était pas utilisé conformément au but qui lui a été conféré par la loi, ce qui devait entraîner la reconnaissance de l'illégitimité de l'utilisation qui en a été faite.

Lucien Henri Camille REYNAUD[102] synthétise de façon très claire la pensée de l'époque en indiquant que "Le législateur, chaque fois qu'il reconnaît, qu'il crée un droit subjectif, a en vue un but économique et social que ce droit doit réaliser : il doit être exercé en vue d'atteindre ce but déterminé.".

Grâce à l'émergence de telles idées, la conception téléologique du droit a pu prendre forme, et cette conception a trouvé sa formule la plus achevée avec les travaux de JOSSERAND, à la fin des années 1920[103].

B – De la finalité des droits au « détournement de finalité du droit »

26. Une fois l'existence de droits finalisés démontrée, la doctrine s'est attachée à démontrer que ces droits, s'ils n'étaient pas utilisés conformément à leur finalité, étaient

---

[97] 2ème éd., Paris, 1901, p. 370, note 1.
[98] *Ibid.*, p. 371.
[99] C'est nous qui soulignons.
[100] C'est avant l'heure toute la philosophie de JOSSERAND qui est résumée dans cette formule. Cf. *infra*, 2ème partie, p. 317 et s.
[101] Parmi les auteurs qui ont épousé une telle cause, figure Emile BARTIN. BARTIN, poursuivant l'œuvre entreprise par AUBRY et RAU dans le *Cours de droit civil français* explique qu'"abuser de son droit ... cela peut signifier qu'aucun droit n'est absolu, et que l'exercice d'un droit quelconque peut devenir illégitime, lorsque les actes constitutifs de cet exercice ne répondent plus à l'intérêt en vue duquel ce droit a été reconnu par la loi, quel que soit d'ailleurs le mobile, malicieux ou non, qui les explique."(5ème éd., T. 6, Paris, 1920, §444, note 2bis, p. 341).
[102] *L'abus du droit*, Thèse, Paris, 1904, p.4.
[103] *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 1ère éd., Dalloz, 1927.

détournés de celle-ci. Le détournement de finalité des droits a alors été qualifié d' « abus de droit ».

Les travaux consacrés à l'abus de droit, qui admettent comme critère le détournement de finalité du droit sont nombreux. Certains auteurs y parlent expressément de détournement de finalité de droit (avec nuances) et d'autres n'utilisent pas l'expression mais proposent des explications qui sont à rattacher à une telle conception de l'abus de droit.

27. Il faut rechercher les origines de l'expression de « détournement de finalité du droit » chez des juristes Belges. En effet, CAMPION[104] attribue à LAURENT[105] les premiers écrits sur le détournement de finalité du droit. Selon LAURENT, en effet, "Les droits sont conférés pour une mission ; s'ils sont exercés méchamment ils sont détournés de leur but.".

Dans un ouvrage intitulé "Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée"[106], Georges CORNIL explique bien la notion de « détournement de finalité du droit », en indiquant que "L'exercice du droit de propriété individuelle fournit, nous l'avons vu, le terrain le plus propice à l'application de la théorie de l'abus de droit. En s'inspirant de cette idée saine et féconde, «qu'un droit, règle sociale, ne doit jamais être exercé antisocialement ; qu'il ne saurait, en aucun cas, aller contre sa finalité, pas plus qu'un cours d'eau ne pourrait refluer vers sa source»." [107].

---

[104] L. CAMPION, *La théorie de l'abus des droits*, Paris/Bruxelles, 1925, n°371, p. 264/265.

[105] Références citées par CAMPION : LAURENT, *Droit civil*, T. XI, n°140 et T. XX, n°411, p. 428. (Après vérification, nous n'avons pas retrouvé ladite citation dans les écrits de LAURENT. Les ouvrages de LAURENT datent des années 1880).

[106] Paris, 1924, p. 90 et s. Georges CORNIL consacre un chapitre à "L'abus des droits", à l'intérieur duquel il va mettre l'accent sur la fonction «sociale du droit» (p. 90 et s.). V. p. 94, à propos du droit subjectif : "le droit étant destiné à réglementer les rapports des individus entre eux dans la vie en société, il est inconcevable qu'un droit subjectif puisse être reconnu à un individu, sinon au regard des autres membres du groupe social : tout droit subjectif implique par essence un rapport de personne à personne ; en conséquence dans toute définition d'un droit, il est indispensable que l'idée d'un rapport de personne à personne apparaisse à l'avant-plan, puisque c'est, à vrai dire, la caractéristique proprement juridique.".). Il poursuit : "La fonction sociale du droit a été méconnue par les rédacteurs du Code civil, trop empreinte de l'individualisme ambiant. La théorie de l'abus de droit est donc apparue pour apporter un «correctif de la conception trop individualiste des droits subjectifs»" (*Ibid.*, p. 99). Pour illustrer cette affirmation, CORNIL part du droit de propriété et de sa définition. "La formule de la définition de la propriété, dans l'art. 544 C. civ., est empreinte d'un individualisme outré, puisque la fonction sociale qui incombe au propriétaire y est complètement masquée par les prérogatives individuelles reconnues au propriétaire". Cf. également p. 100.

[107] Ouvrage précité, p. 99 et s. L'auteur précise par ailleurs que "les formules individualistes, qui servent à définir des droits subjectifs, offrent toutes le même danger à des degrés différents ; il est toujours à craindre que le législateur, en dégageant de la complexité infinie des rapports sociaux, des prérogatives individuelles, définies sous le nom de droits subjectifs, n'ait point la perspicacité de prévoir toutes les réactions possibles du milieu social sur les actions individuelles ; il est toujours à craindre, en d'autres termes, qu'une définition légale trop rigide et trop figée d'un droit subjectif ne permette pas de tenir compte d'exigences inaperçues ou nouvelles du milieu social. C'est ce vice des formules législatives trop individualistes qui sera corrigé en tenant pour abusif tout exercice antisocial d'un droit subjectif" (*C'est nous qui soulignons.* De telles idées ont très certainement été des sources d'inspiration pour les théories de JOSSERAND).

Le domaine de l'abus de droit se présente alors comme très vaste, ce que CORNIL lui-même reconnaît[108].

28. Les idées développées par CORNIL ont été reprises et développées par L. CAMPION, dans un ouvrage paru en 1925[109], dont le titre, très évocateur, donne tout de suite le ton de la nouvelle philosophie : l'ouvrage, consacré à "la théorie de l'abus des droits", porte comme en-tête "De l'exercice anti-social des droits subjectifs".

L'expression de « détournement de finalité du droit » apparaît à plusieurs reprises chez CAMPION[110] et l'auteur écrit notamment : "Le propriétaire qui reconstruit détournerait son droit de sa finalité s'il refusait au locataire privé de la jouissance de l'immeuble pendant la guerre de continuer le bail pendant une période correspondante.".

Parmi les juristes français, René SAVATIER[111] rappelle que l'expression pourrait bien avoir pour créateur DOMAT, qui écrivait que «toutes les règles de droit cessent d'avoir leur effet, non seulement si on les applique hors de leurs bornes et dans les matières où elles ne se rapportent point, mais aussi lorsque, dans les matières où elles se rapportent, *on les détourne à une application fausse ou vicieuse contre leur esprit.*[112]».

29. Surtout, la notion de détournement de finalité du droit trouve, en France, l'essentiel de ses manifestations dans le cadre de thèses de Doctorat.

Ainsi la même année que la publication de l'Etude de SALEILLES précédemment évoquée[113], en 1901, deux auteurs consacrent leurs recherches à la notion d'abus de droit : Raymond TEISSEIRE et Ernest PORCHEROT.

Dans une thèse intitulée "Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité"[114], Raymond TEISSEIRE considère, même s'il concède que l'expression d'« abus de droit » est "quelque peu contradictoire", que le sens de l'abus de droit est "en somme assez net. Tout revient à savoir quels actes constituent le droit et quels actes l'excèdent. Pour le décider, il faut avant tout s'inspirer du but poursuivi par le législateur, du

---

[108] "Ainsi la théorie de l'abus des droits apparaît comme un tempérament général à la rigueur du droit formulé : elle autorise les entraves à la mise en œuvre du droit subjectif, lorsque les conséquences nocives de celle-ci impriment un caractère antisocial, et sans qu'il soit indispensable pour cela que l'activité individuelle enrayée s'inspire d'intentions malveillantes." (*Ibid.*, p. 103 et spéc. p. 104). Cette dernière affirmation conduit CORNIL à confondre avec l'abus de droit la théorie des troubles anormaux de voisinage (*Ibidem*, p. 106 et s.).

[109] Bruxelles/Paris. LGDJ, 1925.

[110] *Ibid.*, n°73, p. 53; n°100, p. 71; n°129, p. 90; n°371, p. 265.

[111] *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français*, Thèse, Paris, 1916, p. 81.

[112] C'est nous qui soulignons.

[113] Cf. *supra*, p. 33 : Raymond SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de* l'obligation, 2ème éd., Paris, 1901.

[114] Paris, 1901, p. 278.

besoin auquel il a voulu satisfaire en fondant le droit. *Tout mode d'exercice qui ne répondra pas à ce but sera un détournement de droit et cessera d'être légitime.*"[115].

Un autre auteur, Ernest PORCHEROT, dans une thèse consacrée à l'abus de droit[116], va exactement dans le même sens, puisqu'il considère que ce qui est essentiel dans l'abus de droit, c'est que l'auteur de l'abus poursuit un but différent de celui du législateur qui a créé la règle de droit[117] : "Le droit que j'invoque, j'en suis titulaire, et je l'exerce en restant rigoureusement dans ses limites ; seulement, le but que je poursuis, ce n'est pas celui que le législateur a eu en vue ; j'agis sans intérêt, sans motifs légitimes, avec l'intention de nuire ; *je détourne ce droit de son but social et économique en recherchant une fin immorale ou illicite.*"[118].

Il décrit précisément en quoi consiste le détournement de finalité du droit. Les conditions matérielles de mise en jeu du droit sont réunies, mais il explique que cela n'est pas suffisant pour apprécier la légalité du comportement du titulaire du droit. Il est également nécessaire que le droit soit utilisé conformément à sa finalité : "Le droit que j'invoque, j'en suis titulaire, et je l'exerce en restant rigoureusement dans ses limites ; seulement, le but que je poursuis, ce n'est pas celui que le législateur a eu en vue ; j'agis sans intérêt, sans motifs légitimes, avec l'intention de nuire ; je détourne ce droit de son but social et économique en recherchant une fin immorale ou illicite."[119].

---

[115] C'est nous qui soulignons. TEISSEIRE développe cette proposition et explique comment elle se décompose sur le plan pratique : "Quand le texte ne concède qu'une faculté générale sans indiquer d'une façon précise quels actes rentrent dans cette faculté, c'est alors que la détermination de l'essence du droit, de son esprit en quelque sorte, devient importante. Quand on aura ainsi fixé matériellement et objectivement les actes qui rentrent dans l'exercice du droit, tout ne sera pas fini cependant. Il y aura peut-être encore à s'inquiéter de la conduite de l'auteur, à apprécier à un point de vue subjectif comment il a accompli ces actes et si la manière dont il a agi permet de le considérer comme couvert par son droit." (*Ibid.*, p. 279/280).

[116]. *De l'abus de droit*, DIJON, 1901.

[117] *Ibid.*, p. 149/150 : "J'abuse de mon droit lorsque, restant dans les limites objectives de mon droit et dans les conditions établies par la loi, je l'exerce dans un but étranger à celui que prévoyait le législateur.". V. également p. 155.

[118] C'est nous qui soulignons. Cf. également p. 215 : "on abuse de son droit", écrit-il, "quand, restant dans ses limites, on vise un but différent de celui qu'a eu en vue le législateur ; on détourne, pour ainsi dire, son droit de la destination normale pour laquelle il a été créé.". Il est intéressant de noter que Louis JOSSERAND reprendra la formule et les travaux de PORCHEROT dans ses publications. (Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 2ème éd., Dalloz, 1939, n°294, p. 398). Ernest PORCHEROT développe sa pensée en indiquant que "l'abus résulte de l'exercice anormal d'un droit, d'un fait contraire à son but social et économique ; il importe peu que le dommage soit intentionnel, il suffit que le but antisocial jugé illicite soit voulu." (*De l'abus de droit*, DIJON, 1901, p. 81).

[119] *De l'abus de droit*, Thèse, Dijon, 1901, p. 155. V. également, p. 157 : "Le titulaire d'un droit n'échappe pas à toute responsabilité, par cela seul qu'il reste dans les limites objectives de son droit ; le droit moderne permet à l'interprète de scruter l'intention de l'auteur d'un acte dommageable et de rechercher quel a été le but qu'il a entendu viser, désormais, je suis encore libre d'user de mon droit dans toute son étendue, mais je ne peux le faire qu'à la condition de poursuivre un but conforme à la destination sociale et économique de ce droit.". PORCHEROT insiste sur l'importance du respect de la finalité des droits à plusieurs reprises, en indiquant que "L'exercice d'un droit peut devenir illicite, si le but poursuivi est contraire à celui qu'avait en vue le législateur", ou en affirmant encore "On agit sans droit quand on dépasse les limites objectives de son droit ; on abuse de son droit quand, restant dans ses limites, on vise un but différent de celui qu'a eu en vue le législateur ; on détourne, pour ainsi dire, son droit de la destination normale pour laquelle il a été créé." (*De l'abus de droit*, Thèse, Dijon,

30. La doctrine du détournement du droit de son but économique et social, qui s'est ainsi développée dans des travaux universitaires, a été mise en avant grâce à un article de CHARMONT, publié à la Revue trimestrielle de Droit civil[120] et consacré à l'abus de droit.

CHARMONT approuve la doctrine qui voit le critère de l'abus de droit dans le détournement «du droit de sa destination normale», car il constate que le critère de l'intention de nuire est loin d'être exhaustif[121].

Les années suivantes, d'autres thèses consacrées à l'abus de droit ont repris le critère du détournement du droit de son «but économique et social».

C'est par exemple le cas de Paul TIRLEMONT, qui publie une thèse intitulée "*Etude sur la nature juridique de la grève et sur l'abus du droit de grève par les ouvriers et par leurs syndicats*"[122].

Un autre auteur, Lucien-Henri Camille REYNAUD, publie la même année que TIRLEMONT[123] une thèse consacrée à "*L'abus du droit*", dans laquelle il écrit : "Le législateur, chaque fois qu'il reconnaît, qu'il crée un droit subjectif, a en vue un but

1901, p. 215. L'utilisation de la locution « pour ainsi dire » paraît surprenante. Elle semble presque suggérer que l'auteur s'excuse par avance de l'image qu'il propose, de la précision qu'il apporte, comme si la chose allait de soi).

[120] J. CHARMONT, *L'abus de droit*, RTD civ. 1902, p. 113 et s.

[121] *Ibid.*, p. 124. "Ainsi, l'acte intentionnellement dommageable est un abus de droit, non pas à raison de l'intention qui l'inspire, mais par l'acte lui-même, parce qu'il constitue objectivement un fait anormal, excessif : il aurait le même caractère si l'auteur avait agi sans malveillance et n'avait été qu'imprudent".

CHARMONT ajoute que "Jusqu'à présent, nous avons été surtout frappé par les cas où l'abus du droit semblait pouvoir être caractérisé par l'intention de nuire ; mais nous reconnaissons que ces cas ne sont pas les seuls qui puissent se présenter. La détermination du but économique, social du droit exercé peut être un meilleur critérium ... Nous ne sommes pas sûr qu'en acceptant cette distinction, on réussisse, comme le voudrait M. Saleilles « à matérialiser le délit civil », à jeter « enfin par-dessus bord le côté psychologique du droit ».

Le plus souvent, le juge qui se demande si l'exercice d'un droit excède ou non la mesure fixée par les mœurs ne peut statuer sans se préoccuper des intentions, des mobiles d'action de l'auteur de l'acte incriminé [2. Lorsqu'on condamne l'acte, abstraction faite de ses motifs, c'est qu'on le considère comme n'étant plus compris dans la sphère du droit. Ainsi la puissance maritale ne comporte plus aujourd'hui un droit de correction corporelle. Ce droit qu'on refuse au mari, certains auteurs permettent au père, à certaines conditions, de l'exercer sur son enfant. Le jour n'est peut-être pas éloigné où l'assimilation se fera entre les deux cas. L'évolution se sera opérée de la même manière : la répression des abus conduit à l'amoindrissement où à la suppression du droit (Planiol. Décadence de la puissance paternelle, Disparition du droit de correction. Dr. Civ., T. III, p. 78). Voilà par exemple un ouvrier qui vend au brocanteur le mobilier de la famille, tous les objets qui servent à l'usage, à la vie de sa femme et de ses enfants. Commet-il un abus de droit ? Tout dépend des motifs auxquels il a obéi ; ces motifs peuvent être légitimes ; ils peuvent aussi ne pas l'être, et dans ce dernier cas seulement nous dirons que le droit conféré par l'article 1421 du Code civil au mari chef de la communauté a été détourné de sa destination normale [La jurisprudence administrative permet de faire la même constatation : lorsque le Conseil d'Etat est saisi d'un recours pour détournement de pouvoir, il tient compte du but poursuivi par l'administrateur, et prononce l'annulation si ce but est contraire à la loi. Comme le dit M. Porcherot, « cette idée de finalité et de but poursuivi, qui caractérise le détournement de pouvoir, se retrouve dans la notion d'abus du droit » (p. 155). On peut rappeler aussi que Bufnoir rapprochait de l'abus du droit la théorie de la cause, parce qu'il apercevait dans ces deux cas cette préoccupation de but.".

[122] PARIS, 1904. Il considère qu'il y a "faute dans le fait d'exercer volontairement un droit contrairement à sa destination économique et sociale."(n°116, p. 111) La même idée est exprimée de façon un peu différente, lorsqu'il écrit un peu plus loin : "L'utilité sociale exige que tout droit soit exercé de façon normale, conformément à sa destination économique et sociale."(n°122, p. 119).

[123] Paris, 1904.

économique et social que ce droit doit réaliser : il doit être exercé en vue d'atteindre ce but déterminé. Mais dès qu'il est mis en œuvre pour obtenir un résultat différent de celui en vue duquel il a été créé, pour arriver à un acte illicite, injuste, nous nous trouvons en présence d'un abus de droit." [124].

31. Les travaux de REYNAUD ont été une incontestable source d'inspiration pour Louis JOSSERAND[125], qui publie en 1905 un ouvrage consacré à l'abus de droit, dans lequel il reprend les critères dégagés par REYNAUD : "Lorsque le législateur nous confère une prérogative, ce n'est pas pour que nous en fassions un usage quelconque ; il a en vue un objectif déterminé. Toute institution a sa destinée qui constitue sa raison d'être et contre laquelle elle ne saurait s'insurger. Chaque droit est appelé à suivre une direction déterminée, et il ne saurait dépendre des particuliers de l'aiguiller à leur guise dans une direction différente ; il y aurait alors, non pas usage, mais abus de ce droit"[126].

JOSSERAND évoque, à côté de la notion de droit subjectif, la notion d'institution, et insiste sur la finalité des droits subjectifs[127].

Il apparaît que la question de la finalité des droits subjectifs est ainsi au cœur de la réflexion sur l'abus : JOSSERAND considère que "pour décider, si un individu qui a exercé un droit et causé de ce fait préjudice à autrui doit être déclaré responsable pour abus de droit, il faut rechercher dans quel but il a agi. S'il s'est servi de son droit conformément à l'intention du législateur, pas de responsabilité ; ... s'il a fait usage de son droit dans le but de nuire à son voisin, il doit réparer le préjudice causé, car le droit accordé par la loi est détourné de son but social et économique, en effet, le titulaire a poursuivi une fin illicite et immorale." [128].

---

[124] P. 4.

[125] Louis JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, 1905, p. 1 et s., v. également p. 460 : "Car pourquoi est-ce abuser de son droit que de l'utiliser méchamment ? Evidemment, parce que c'est l'aiguiller dans une direction illicite, le faire dévier du but (Zweck in Recht) que le législateur ou l'opinion publique lui ont assigné".

[126] JOSSERAND estime en conclusion que "Nos tribunaux n'admettront pas qu'un droit, quel qu'il soit, puisse se réaliser antisocialement, contrairement à sa finalité." (*De l'abus des droits*, Paris, 1905, p. 18). Même des publicistes, comme HAURIOU, vont défendre le critère, dans une note au Sirey : "la théorie de l'abus de droit ... correspond à cette idée qu'on ne doit pas user des droits dans des buts qui ne sont pas ceux du commerce juridique, ou qui ne sont pas conformes aux sains principes du commerce juridique. HAURIOU ajoute que "dans la jurisprudence civile, il semble que l'on puisse distinguer deux catégories différentes de circonstances abusives : 1° Le cas où, en exerçant son droit, l'auteur a commis des actes tout à fait inutiles pour lui, mais nuisibles au voisin ... 2° Dans une seconde catégorie de circonstances abusives, les actes commis dans l'exercice du droit sont incontestablement utiles à l'agent. Mais l'espèce d'intérêt qu'ils présentent n'est pas admis par les principes du commerce juridique" (HAURIOU, note au S. 1905, 3, 17 ; p. 19, col. 2 et 3).

[127] "La distinction est faite très heureusement par M. Tissier « Il faut, à notre avis, bien séparer d'une part les limites du droit, d'autre part le but que poursuit l'exercice du droit. La notion d'abus de droit se rattache à l'idée de but : non seulement tout droit est limité dans son contenu, mais de plus, son exercice ne peut avoir lieu dans un but quelconque ; il y a abus si le droit est exercé en vue de nuire à autrui, peut être aussi si le droit est exercé sans intérêt ou sans motifs légitimes » (Rev. crit. DIP 1904, p. 509 et s.)." (Louis JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, 1905, note 1, p. 79).

[128] R. JANNOT, *De la responsabilité civile par suite de l'abus de droit*, Thèse, Dijon, Paris, 1906, p. 18. V. également p. 86 . La même année, CEZAR-BRU et MORIN, dans une publication consacrée aux notions de

Le critère du détournement de la finalité du droit est, au début du XXème siècle, bien fixé dans les travaux de la doctrine consacrés à la notion d'abus de droit[129].

32. Les réflexions sur le critère du détournement de finalité des droits reprennent à nouveau, après une interruption, dans les années 1920.

René DEMOGUE[130] écrit par exemple, à propos du droit de grève et de la mise à l'index : "Il est assez délicat de dire dans ces hypothèses s'il y a dépassement de droit ou abus de droit. Ici, il y a intention de nuire ou du moins conscience de nuire ... Il y a donc plutôt emploi du droit dans un but autre que son but normal ... il y a acte dans un but illicite." [131].

Georges RIPERT[132] s'interroge : "Ne viendra t'il pas un jour où le droit considèrera pour quelles fins nous usons des droits qui nous sont confiés ? Il ne suffira pas alors de dire pour sa défense que l'on a agi sans dol, il faudra prouver de plus que l'on a agi pour des fins légitimes. Celui qui détournera le droit du but pour lequel le législateur le lui a donné engagera sa responsabilité"[133].

faute, de risque et d'abus de droit, prenant appui sur l'affaire de la fausse cheminée (affaire Doerr), estiment également qu'il y a eu "un acte contraire au droit, auquel il n'est pas juste, auquel il serait antisocial que la loi vint prêter son concours. Tel est l'abus de droit." (CEZAR-BRU et MORIN, *La faute, le risque et l'abus du droit, Ann. Fac. Dr. Et des Lettres d'Aix, T. II, 1906, p. 91 et s.*).

[129] CEZAR-BRU et MORIN affirment qu'avec le critère du détournement de la finalité du droit, "les droits nous sont apparus non pas comme des fins en soi, mais comme des moyens destinés à réaliser une fin qui leur est extérieure.". Ils en concluent que «L'abus des droits consiste à prendre le moyen pour la fin». (CEZAR-BRU et MORIN, *La faute, le risque et l'abus du droit, Ann. Fac. Dr. Et des Lettres d'Aix, T. II, 1906, p. 91 et s.*).

[130] René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, T. IV, *Source des obligations*, Paris, 1924, n°650, p. 335. Cf. n°651, p. 335/336 : "La mise à l'index des chantiers patronaux ... devient illicite si on y donne une publicité inutile. On dépasse ici la limite objective du droit. L'abus du droit sous la forme d'emploi du droit dans un but illicite apparaît si, après une grève terminée le nouveau placement de tous les grévistes, on continue la mise à l'index. On abuse de son droit, l'acte ne s'expliquant plus que par le désir de nuire irrémédiablement à qui a osé résister au syndicat.". P. 337 : "Il y a également abus par emploi du droit dans un but illicite si on met un patron à l'index pour le forcer à embaucher un ouvrier dont il n'a pas besoin et avec lequel il n'est aucunement lié.". L'idée est reprise et développée plus loin : "Mais malgré l'utilité qu'elle peut présenter, le patron, le syndicat ne peuvent pas asseoir leur autorité en démolissant le syndicat, en ruinant le patron, l'ouvrier qui n'ont pas voulu obéir aux désirs du syndicat. L'autorité, l'organisation sociale peuvent se réaliser par des procédés conventionnels : par les contrats de réglementation, mais non par ces moyens de lutte, de véritable guerre économique. L'abus de droit a ici une couleur spéciale. C'est surtout une fantaisie haineuse, mais à côté il y a emploi d'une arme trop forte de guerre économique, l'emploi du droit dans un but autre que son but normal, son emploi dans un but illicite." (n°656, p. 341). V. encore, n°667, p. 354 : "Le jugement qu'il convient de porter sur toute cette jurisprudence qui peut se grouper sous l'étiquette d'abus du droit ou sous les termes plus précis d'emploi du droit dans le but de nuire ou dans un but antisocial a donné lieu à de vives discussions en doctrine.".

[131] DEMOGUE fait un parallèle entre les théories de l'abus de droit, de la fraude à la loi et du détournement de pouvoir et considère que "Cette théorie [l'abus de droit] est très voisine de celle de fraude à la loi et de celle du contrôle de la justice sur les actes concernant la famille. En vertu de ces idées on annule des émancipations qui ne sont pas inspirées par l'intérêt de l'enfant.". L'auteur cite de la jurisprudence : Trib. Marseille, 17 nov. 1921, Gaz. Pal 1921, 2, 542. Paris, 4 déc. 1894, S. 1897, 2, 73. Rappr. Req., 4 avril 1865, S. 1865, I, 257 ; D.1865, I, 387. (René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, T. IV, *Source des obligations*, Paris, 1924, n°655, p. 339/340).

[132] Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1925, p. 179/180.

[133] *C'est nous qui soulignons.* RIPERT considère que "Cette conception offre le redoutable 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. Elle correspond à un degré supérieur à la moralité publique. Pour que ce degré supérieur puisse être atteint sans compromettre la sécurité dans l'action que doit conférer le droit, il faut attendre que la

33. La première édition de « L'esprit des droits » de Louis JOSSERAND[134], parue en 1927, constitue une synthèse des travaux de la doctrine de cette époque sur l'abus de droit. Elle n'a donc pas eu l'aspect si révolutionnaire, que la doctrine opposée à ses idées, avait bien voulu laisser entendre ...

En effet, l'étude des écrits des différents auteurs du début du siècle, sur l'abus de droit, laisse apparaître clairement que toutes les idées systématisées par JOSSERAND en 1927 avaient déjà été proposées par d'autres auteurs.

L'idée que l'abus de droit est un détournement de finalité de droit aura séduit des auteurs tout au long du XXème siècle[135], y compris encore aujourd'hui : il y a abus de droit lorsque la finalité poursuivie par le législateur, «le but économique et social», n'est pas respectée par l'usager du droit[136], il y a utilisation d'une prérogative contrairement à son but ou à sa finalité, c'est-à-dire un détournement de sa finalité.

§2- Du détournement de finalité d'un droit au détournement d'une institution

34. Du détournement de finalité d'un droit au détournement d'institution, il n'y a qu'un pas. Et la notion de détournement d'institution apparaît, pour la première fois, dans la thèse que Lucien-Henri Camille REYNAUD consacre à « l'abus du droit », en 1904[137].

technique juridique dégage les règles permettant d'apprécier les fins poursuivies dans l'exercice des droits. Cette analyse ne peut être faite qu'en réglementant les fins de chaque droit déterminé. Il sera prudent de dire, à propos de chaque droit, dans quel cas l'exercice en deviendra abusif"(Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1925, p. 181).

[134] Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 1ère éd., Dalloz, 1927 et 2ème éd., Dalloz, 1939.

[135] V. par exemple Julien BONNECASE dans le *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de G. Baudry-Lacantinerie,* (T. III, Sirey, 1926, p. 412.) : "La notion d'abus des droits est essentiellement psychologique et subjective ; elle correspond à l'exercice d'un droit détourné de son but spécifique et transformé en moyen de vexation pour autrui sans utilité pour son titulaire.". BONNECASE assimile à nouveau abus de droit et détournement du droit : "un propriétaire en bâtissant ou en procédant à des fouilles exerce un droit. Pourtant la jurisprudence l'a déclaré ... responsable des conséquences de cet exercice sur la base de l'abus du droit, ou si l'on préfère, du détournement de ce droit." (p. 448/449). Paul ESMEIN s'empare également de la même idée, dans la 6ème édition de l'ouvrage d'AUBRY et RAU (AUBRY et RAU, *Droit civil français*, T. 6, 6ème éd., par Paul ESMEIN, Librairies Techniques Juris-Classeurs, 1951, §444, p. 459 et s.). ESMEIN voit en effet deux formes d'abus de droit : l'abus de droit "inspiré par l'intention de nuire", et celui qui a un "caractère déloyal" (*Ibid.*, p. 462).

Si le premier terme de la proposition ne suscite pas de difficultés particulières de compréhension, le second mérite de plus amples explications. Pour l'auteur, en effet, "Alors même que l'acte nocif a une utilité pour son auteur, les tribunaux le condamnent quand il est fait en vue de porter aux droits d'autrui une atteinte qui ne pourrait l'être par lui directement et qu'il est déloyal de réaliser par des voies détournées. C'est le cas quand un mari infidèle, et désirant amener sa femme à demander le divorce, use de son droit de puissance paternelle sur l'enfant commun pour le maintenir éloigné de sa mère ... C'est dans cette double série d'hypothèses qu'on peut parler d'abus d'un droit." (*Ibidem*, p. 460).

[136] V. note HARIOU, Sirey 1905, 3, 17, spéc. p. 19 : "on ne doit pas user des droits dans des buts qui ne sont pas ceux du commerce juridique, ou qui ne sont pas conformes aux sains principes du commerce juridique.".

[137] Lucien-Henri Camille REYNAUD, *L'abus du droit*, Paris, 1904, p. 4. Cf. *supra*, p. 37.

Selon l'auteur, abuser de son droit c'est commettre un détournement d'institution[138] : "dès qu'une institution juridique sert à obtenir un résultat autre que celui que lui a assigné le législateur, nous sortons des limites du droit, et l'abus commence.".

L'idée est reprise et développée[139] : "Un droit, nous l'avons déjà dit, n'est rien par lui-même ; ce n'est qu'un organisme mort, dépourvu de nerfs et de sang, qui a besoin d'être vivifié. Pour en faire une réalité vivante, il faudra qu'il soit mis en œuvre en vue d'un but économique et social donné, celui-là même en vue duquel il a été créé par le législateur. Au contraire, dès qu'une institution juridique sert à obtenir un résultat autre que celui que a lui assigné le législateur, nous sortons des limites du droit, et l'abus commence. **Il consiste donc à détourner une institution juridique de son but économique et social**"[140].

REYNAUD[141] illustre la proposition par un exemple tiré de la possession : "la possession, en tant qu'institution juridique[142], a pour véritable fondement l'intérêt du propriétaire : elle le dispense de faire la preuve toujours si difficile de son droit de propriété, en lui assurant le rôle de défendeur à l'instance ... Mais il pourra se faire qu'un usurpateur soit entré en possession aux dépens du véritable propriétaire et que, se fondant sur ce fait, il triomphe du *verus dominus* ... N'est-il pas manifeste que cette institution sera alors détournée de son but."[143].

REYNAUD assimile les notions d'abus de droit et de détournement d'institution.

35. Louis JOSSERAND, synthétisant une première fois les travaux de la doctrine, dans le premier ouvrage qu'il consacre à l'abus de droit[144], s'approprie la notion de « détournement d'institution », même si l'expression n'y apparaît pas en tant que telle[145].

---

[138] V. p. 50, et p. 54. Ce serait cependant une erreur de croire que ce que la Cour de cassation appelle aujourd'hui un détournement d'institution se réduise purement et simplement à un abus de droit, ainsi que nous aurons l'occasion de le démontrer plus loin.

[139] REYNAUD, *L'abus du droit*, Paris, 1904, p.49/50. V. également, p. 53/54 : "L'abus du droit, ainsi que nous avons essayé de la montrer, consiste à se servir d'une institution juridique en vue d'un but illicite, en vue de réaliser un acte contraire au droit : c'est donc un acte accompli en dehors du droit, un acte sans droit.".

[140] C'est nous qui soulignons. Pour l'auteur, le « but économique et social » se détermine de façon objective, ce qui permet d'exclure toute recherche de mobiles ou d'intention en matière d'abus. En effet, "L'abus du droit qui, selon nous, se ramène à l'idée de détournement d'une institution juridique de son but économique et social, est une notion qui ne peut être précisée nettement qu'au moyen d'une étude purement objective : toute recherche psychologique relative aux mobiles qui animent celui qui semble mésuser d ses droits devra être bannie." (*L'abus du droit*, Paris, 1904, p.57/58.).

[141] Lucien-Camille REYNAUD, *L'abus du droit*, Thèse, Paris, 1904, p.57.

[142] Le mot « institution » est donc pris comme synonyme du mot « droit » par REYNAUD. En effet, le mot « droit » est ensuite utilisé au singulier, alors que l'institution se caractérise précisément par le fait qu'elle rassemble un ensemble de droits, qu'elle est un complexe de règles de droit. Cf. *infra*, p. 109 et s.

[143] En l'espèce, la qualification de fraude serait plus appropriée : il faudrait distinguer dans l'exemple entre abus de droit et fraude aux droits des tiers d'une part, et entre abus de droit et détournement d'institution d'autre part. C'est en tout cas très certainement de cette manière que la situation décrite par REYNAUD serait analysée aujourd'hui.

[144] Louis JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, 1905.

[145] Il explique que "Lorsque le législateur nous confie une prérogative, ce n'est pas pour que nous en fassions un usage quelconque : il a en vue un objectif déterminé. Toute institution a sa destinée qui constitue sa raison d'être

JOSSERAND précise un peu plus sa pensée dans la première édition de « L'esprit des Droits et de leur relativité »[146], en indiquant "à chaque fois qu'il [l'individu] exerce un droit … c'est encore une prérogative sociale qu'il réalise, et c'est donc dans une direction sociale qu'il doit l'utiliser, conformément à l'esprit de l'institution, *civiliter*.".

Mais c'est surtout dans la deuxième édition de l'ouvrage, parue en 1939, que les développements s'approchent de l'expression de « détournement d'institution » : JOSSERAND[147] indique en effet que "l'abus implique la déviation d'un droit, son détournement du but en vue duquel il a été institué", ou encore que "la théorie de l'abus du droit de propriété … implique un détournement de ce droit, son utilisation dans une direction autre que la direction légale, en violation de l'esprit de l'institution."[148] . Surtout, il considère que les droits subjectifs "doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leur titulaire commet un détournement, un abus de droit ; l'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité."[149]

Même si Louis JOSSERAND[150] n'a jamais utilisé l'expression de « détournement d'institution » en tant que telle, il est cependant possible qu'il ait vu la distinction entre détournement d'institution et abus de droit, notamment lorsqu'il écrivait : "Notre jurisprudence proclame constamment que le droit de propriété est susceptible d'abus, et notamment que la responsabilité du titulaire est engagée par l'usage malicieux qu'il viendrait à en faire au détriment d'un tiers. Elle pose ce principe *sous une forme très générale, pour la propriété envisagée dans son ensemble, dans son universalité* ; mais il est à observer que *ses*

et contre laquelle elle ne saurait s'insurger. Chaque droit est appelé à suivre une direction déterminée, et il ne saurait dépendre des particuliers de l'aiguiller à leur guise dans une direction différente ; il y aurait … *abus* de ce droit." (Louis JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, 1905, p. 5).

[146] Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 1ère éd., Dalloz, 1927, n°5, p. 7.

[147] Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 2ème éd., Dalloz, 1939, n°16, p. 19.

[148] Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 2ème éd., Dalloz, 1939, n°17, p. 22. JOSSERAND rappelle que "les actes fautifs et, plus spécialement, abusifs, sont ceux qui ont été accomplis dans les termes de la loi, conformément à la règle du jeu, mais dans un esprit qui n'est point celui de l'institution." (Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 2ème éd., Dalloz, 1939, n°62, p. 90/91. Cf. encore n°142, p. 198 : "le motif légitime a pour fonction d'exclure l'accusation, portée contre la partie congédiante, d'avoir usé de son droit de résiliation dans un but illicite et d'être sortie de l'esprit de l'institution ; l'abus se caractérise ainsi très nettement par un « défaut de justification », par la déviation que le titulaire de ce droit lui aurait fait subir ; il peut donc exister en dehors de toute malveillance, du moment qu'une faute a été commise …". Et l'auteur prend l'exemple de l'abus du droit d'agir en justice "La voie légale est alors détournée de sa destination ..." (n°244, p. 330/331). Cf. également n°282, p. 386 : "l'abus consiste invariablement … dans le détournement d'un droit par rapport à sa destination … ce qu'il faut savoir et ce qu'il faut décider, c'est s'il a usé de son droit conformément à l'esprit de l'institution, c'est-à-dire pour la sauvegarde de ses intérêts légitimes, ou s'il ne lui a pas fait subir une déviation, s'il ne l'a pas faussé".).

[149] *Ibid.*, n°292, p. 395.

[150] Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 2ème éd., Dalloz, 1939, n°18, p. 21.

décisions sont invariablement intervenues à l'occasion de tel ou tel attribut de ce droit [151]; **ce n'est pas la propriété toute entière, dans sa puissante valeur synthétique, qui a été détournée de sa finalité, mais seulement une des innombrables prérogatives qui y sont attachées, en sorte que l'abus se présente sous une forme fragmentaire et spécialisée**[152]**.**".

JOSSERAND[153] estime qu'"il ne suffit pas d'exercer nos droits conformément à la bonne foi, il faut encore les réaliser correctement, prudemment, dans le plan de l'institution …".

L'auteur n'a pas approfondi la distinction suggérée entre détournement de la totalité de l'institution et détournement de certaines prérogatives faisant partie de l'institution, ce qui s'explique très certainement par le fait que son objectif était limité à l'étude de la question de l'abus des droits subjectifs (à l'époque, JOSSERAND a été l'un des artisans de la construction d'une théorie d'ensemble de l'abus de droit).

36. Une autre notion, celle d' « abus de l'institution », apparaît sous la plume de José VIDAL, dans la thèse qu'il consacre à la fraude à la loi[154]. Présentant la jurisprudence rendue à propos du phénomène dit des « mariages simulés », dans plusieurs pays, l'auteur écrit, à propos de la jurisprudence suisse : "Le Tribunal Fédéral Suisse après avoir refusé de prononcer la nullité de mariages contractés dans le seul dessein de procurer à la femme le droit de cité suisse du mari est revenu sur sa jurisprudence, et tout en déclarant ces mariages « fictifs », et tenant une simulation pour « possible », les a déclarés nuls par application du principe de l'abus du droit (art. 2 C. civ. Suisse). **Les parties abusent de l'institution du mariage en excluant ses effets essentiels pour n'accepter qu'une des conséquences accessoires**".

VIDAL de lui-même, presque instinctivement, rétablit la qualification qui aurait dû être utilisée en l'espèce, en se plaçant sur le terrain de l'abus "de l'institution du mariage". En effet, ces mariages « simulés » sont, à tout le moins, des déviations, voire des détournements de l'institution du mariage[155]. L'explication de la confusion opérée par la jurisprudence réside certainement dans le fait qu'une disposition du Code civil Suisse permet de sanctionner l'abus de droit, alors qu'il n'existe aucun texte dans ce Code permettant d'appréhender un détournement d'institution.

---

[151] C'est nous qui soulignons.

[152] C'est nous qui soulignons. Cf. également n°254, p. 359 : "il conviendra de rechercher s'il [l'acte] a été accompli conformément à la destination de ce droit, à l'esprit de l'institution".

[153] Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 2ème éd., Dalloz, 1939, n°286, p. 387.

[154] *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*. Dalloz, 1957, p. 198, note 2.

[155] Cf. *infra*, 2ème partie, p. 443 et s.

37. Le concept de « détournement d'institution », est en réalité apparu dans les années 1950, sous la plume de Roger PERROT.

Dans un ouvrage consacré à « l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques »[156], Monsieur PERROT montre, notamment, comment les juristes se servent des instruments juridiques à leur disposition pour leur faire jouer des rôles pour lesquels ils n'ont pas été conçus.

Ainsi, dans des développements consacrés à la fente[157], Roger PERROT[158] explique que la technique a été utilisée par le législateur (loi du 3 décembre 1930), afin d'accorder une amélioration à la situation du conjoint survivant succédant ab intestat. Pourtant, "Cette technique, conçue en vue d'opérer le maintien des biens au sein de la famille, est utilisée aujourd'hui pour les en faire sortir puisque, selon la conception du Droit français, le conjoint survivant est un étranger à la famille. Le but et la technique sont en opposition flagrante.". L'auteur considère que : "*L'institution est certainement détournée de son but*[159] parce que le législateur a coulé sa volonté dans un moule primitivement destiné à une autre fin."[160].

Monsieur PERROT, en mettant précisément l'accent sur le but des institutions juridiques, a certainement ouvert la voie qui a permis à la jurisprudence de sanctionner l'existence de détournements d'institution.

38. Quelques années plus tard, un autre auteur, Madame FOULON-PIGANIOL, dans un article consacré au mariage simulé[161], aborde la problématique du détournement d'institution telle qu'elle se présente aujourd'hui. Après avoir rappelé que le mariage était une institution[162], elle constate que la jurisprudence rendue en matière de mariage simulé retient souvent que "le mariage est formé « en vue d'un objet et d'un résultat entièrement étrangers à une véritable union matrimoniale »."[163].

---

[156] Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953.

[157] *Fente* : "nom traditionnel encore donné en doctrine et en pratique à la division (aujourd'hui forfaitaire et sans considérer l'origine des biens ; C.civ., a. 732) d'une succession en deux portions égales, l'une à la ligne paternelle, l'autre à la ligne maternelle, chaque portion étant dévolue dans cette ligne à l'héritier le plus proche, sans refente.". (Gérard CORNU, *Vocabulaire* juridique, 8ème éd. Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 406.

[158] Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 60/61.

[159] C'est nous qui soulignons.

[160] Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 60/61.

[161] Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Le mariage "simulé"*. RTD civ. 1960, p. 217 et s.

[162] Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Le mariage "simulé"*. RTD civ. 1960, p. 217, spéc. p. 220 : "Peut-on contracter mariage afin de changer de nationalité, de traverser une frontière ou d'obtenir un visa sans accepter les obligations constitutives de l'institution ?". V. également, p. 221 : "S'il n'y a pas vraiment défaut de consentement dû à une simulation, mais volonté de scinder ce qui, dans une institution socialement aussi importante, doit être normalement considéré comme indivisible, il n'est plus *a priori* évident que le mariage doive être annulé …".

[163] Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Le mariage "simulé"*. RTD civ. 1960, p. 217 et s., spéc. n°13, p. 229.

Contestant l'idée que la situation de tels mariages correspondent à une véritable simulation, et s'appuyant sur les travaux de PERROT[164], elle estime que l'"on est en présence d'une union dont certaines conséquences légales sont exclues par les intéressés, contrairement à l'esprit de l'institution."[165].

39. La notion de détournement d'institution s'est ainsi dégagée petit à petit[166] en doctrine à partir des travaux consacrés à l'abus de droit. L'expression n'y est pas employée en tant que telle, mais la notion semble se dégager peu à peu de la théorie de l'abus de droit. La notion de détournement d'institution y est encore utilisée comme synonyme de « détournement de finalité d'un droit subjectif »[167].

Souvent, il est apparu que le détournement d'institution restait mêlé à l'abus de droit et il a fallu attendre les travaux de Roger PERROT[168] pour voir accorder au détournement d'institution la signification qui est la sienne aujourd'hui.

Incontestablement, la notion de détournement d'institution a donc puisé ses racines au cœur de la théorie de l'abus de droit.

---

[164] Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Le mariage "simulé"*. RTD civ. 1960, p. 217 et s., spéc. n°19, p. 236 et n° 20, p. 237.

[165] Madame FOULON-PIGANIOL y voit en fait une application de la notion d'ordre public en ce sens que les époux concluraient, dans le mariage simulé, une convention contraire à l'ordre public, consistant à limiter les effets du mariage. (Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Le mariage "simulé"*. RTD civ. 1960, p. 217 et s., spéc. n° 29 p. 246). Elle ajoute que "la notion d'ordre public, en annulant la convention limitative des effets, détruit le moyen mis en œuvre pour détourner le mariage de sa fonction institutionnelle.".

[166] Une première tentative d'explication d'une telle lenteur peut être recherchée dans le contexte philosophico-politique qui a entouré l'émergence de la théorie de l'abus de droit, en raison de l'analyse globale du phénomène qu'ont tenté certains auteurs comme par exemple JOSSERAND. Pourtant, JOSSERAND est peut-être l'auteur qui a donné à l'abus de droit et au détournement d'institution ses lettres de noblesse. La présentation qu'il fait de l'abus de droit ne se limite pas à la seule élaboration d'une théorie de l'abus de droit, mais il se sert du concept d'abus de droit pour proposer une théorie de la relativité des droits.

Si une partie de la doctrine a pu suivre JOSSERAND lorsqu'il explique que le droit est un phénomène social qui doit se plier aux mécanismes sociaux qui lui servent d'assise ; lorsqu'il en tire la conséquence que le droit a donc une fonction sociale qui doit guider l'interprète alors qu'il s'agit de découvrir le but du droit, la rébellion a grondé dans les rangs des jurisconsultes, lorsque JOSSERAND a précisé comment il concevait la société servant d'assise à la vision des droits, objets de la relativité, ainsi que la place qu'il réservait à l'homme dans cette société. L'exemple pris par JOSSERAND de l'article 1er du Code civil soviétique a permis aux détracteurs de JOSSERAND d'agiter le spectre du bolchévisme, détournant ainsi nombre d'auteurs des travaux sur la relativité des droits, et par voie de conséquence, du critère du détournement du droit de sa fonction sociale.

Beaucoup ont alors perdu de vue l'idée qu'à la base de la théorie « politique » de la relativité des droits, il y avait une théorie juridique dont la genèse est l'abus de droit, conçu comme un détournement du droit de sa fonction sociale, l'objectif de la théorie consistant à montrer l'existence d'un but du (ou des droits).

La politisation de la question de l'abus de droit permet peut-être d'expliquer pourquoi l'abus de droit est encore si controversé aujourd'hui, avec la difficulté à en proposer un critère général, mais elle permet également, sans doute, et surtout de comprendre pourquoi la notion de « détournement d'institution » est apparue seulement à l'époque contemporaine, alors que le risque d'une « soviétisation » de l'ordre juridique français n'était plus « de mise ». Un regard plus objectif a été porté sur l'abus et ses manifestations, favorisant ainsi l'avènement du concept de détournement d'institution à la vie juridique.

[167] Cf. notamment JOSSERAND, réf. citées, Lucien-Henri Camille REYNAUD, *L'abus du droit*, Thèse, Paris, 1904, p.4.

[168] Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953.

Mais la jurisprudence a, de son côté, fait œuvre créatrice, en permettant au « détournement d'institution » de prendre vie dans le système juridique français.

SECTION II : L'EMERGENCE JURISPRUDENTIELLE DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

40. En jurisprudence, le détournement d'institution a essentiellement donné lieu à des décisions sur une période d'environ vingt ans, de 1975 à 1995. Après cette période, les décisions deviennent plus rares, mais confirment l'existence de la notion.

Bien avant cette période, il est apparu que le droit de la famille, et plus particulièrement le mariage ont été en fait le « berceau » de la notion de détournement d'institution, dans les années qui ont suivi la seconde guerre mondiale (§1). Pourtant, c'est le droit du travail qui a vu monter en puissance le concept de « détournement d'institution » dans le milieu des années 1970 (§2). Et, en fin de compte, le droit de la famille va donner à la notion ses lettres de noblesse, principalement avec l'utilisation du « détournement d'institution » à propos de l'adoption (§3).

La Cour de cassation a eu à plusieurs reprises l'occasion de sanctionner le comportement de personnes indélicates, par le biais de la notion de détournement d'institution.

§1-Le « berceau » du détournement d'institution est le droit de la famille

41. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 17 décembre 1975[169], évoqué en introduction, a paru opérer une véritable révolution en utilisant pour la première fois le composé de « détournement d'institution ».

Pourtant, en sondant la jurisprudence, force est de constater que certaines décisions peuvent recevoir le qualificatif de prémices de la « révolution jurisprudentielle » qui est intervenue en 1975.

En effet, une institution du droit de la famille a eu presque "naturellement" vocation à devenir le lieu de constatation de détournements d'institution, c'est l'institution juridique du mariage.

Le mariage, ainsi que le rappellent M. LAMARCHE et J.J. LEMOULAND[170], "fait partie des plus anciennes coutumes de l'humanité.".

Pourtant, la loi n'a pas défini l'institution du mariage[171].

---

[169] Soc. 17 décembre 1975, Bull. 1975, V, n°615, p. 517.

[170] Marie LAMARCHE et Jean-Jacques LEMOULAND, « *Mariage* » in Répertoire Dalloz de droit civil, 2002, n°1, p.2.

[171] En effet, le titre V du Code civil intitulé "du Mariage" débute par un Chapitre premier consacré aux "qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage". V. Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°522, p. 1139. François TERRE, Dominique FENOUILLET, Droit civil. Les Personnes, la Famille, les Incapacités, 7ème éd. 2005, Précis Dalloz, n°326, p. 301. Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE et

La définition communément admise du mariage est l'"union légitime d'un homme et d'une femme en vue de vivre en commun et de fonder une famille, un foyer (désigne l'institution même du mariage)"[172].

Or, des individus peu scrupuleux ont utilisé le mariage, dans un but autre que celui de fonder un foyer[173].

En pratique, c'est dans le cadre de demandes en nullité du mariage, fondées sur une absence de consentement, que des détournements sont apparus au grand jour.

En effet, l'article 146 du Code civil dispose que "Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement".

La doctrine a déduit de ce texte que la volonté des époux exprimée au moment de la célébration devait être consciente, mais aussi sérieuse[174].

Or, peut-on parler de volonté sérieuse lorsque deux époux "ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale"[175].

Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°124, p. 65 ; *Droit de la famille*, sous la direction de Pierre MURAT, Dalloz Action, 2008, n°110.12, p. 32.

[172] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, réf. citées supra, p. 577. Cf. Civ. 1ère, 13 mars 2007, Bull. civ., 2007,I, n°113 : rendu à propos de la célébration d'un mariage homosexuel, qui affirme que "selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme". Arrêt de la Cour d'appel de BORDEAUX, 6ème ch. Civ. 19 avril 2005, Gaz. Pal. 1er/2 juillet 2005, J., p. 2 et s., note E. B. V. Civ. 1ère, 22 novembre 2005, bull. civ., n°442, p. 369, et récemment Cour d'appel de Douai, 14 janvier 2008, n° RG 06/6780, www.legifrance.gouv.fr.

[173] Cf. à propos des fins du mariage : Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°522, p. 1139 et 524, p. 1144. E. LEVY, *Les fondements du droit*, Paris, Alcan, 1933, p. 143 : "Le mariage est la procédure qui, consacrant l'union de l'homme et de la femme, crée la famille.". Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°104 et s., p. 52 et s. A. BENABENT, *La liberté individuelle et le mariage*, RTD civ. 1973, n°3, p. 443. G. RAYMOND, note sous Cass. Civ. 20 novembre 1963, D. 1964, p. 467. C.I FOULON-PIGANIOL, *Le mariage simulé*, RTD civ. 1960, n°3, p. 220 et *Mariage simulé ou mariage à effets conventionnellement limités ?* D. 1965, chron., p. 14. Xavier LABBEE, Le faux PACS et les vrais papiers, note sous Tribunal administratif de LILLE, 3 juillet 2002, D. 2004, J, p. 587 et s., spéc. p. 588.

[174] J. CARBONNIER, *opus cité*, n°531, p. 1170. G. RAYMOND, *Jurisclasseur civil, Mariage, art. 180 à 193*, fasc. 100, 2001, n°111. Un auteur remet aujourd'hui en cause les buts traditionnels du mariage : cf. note Géraud de GEOUFFRE DE LA PRADELLE sous TGI de Bordeaux, 27 juillet 2004, Gaz. Pal. 8/9 octobre 2004, p. 9 et s., spéc. p.17 qui écrit : "contrairement à ce qu'affirment les juges de Bordeaux, la fonction première du mariage dans notre droit, n'est plus la fondation d'une famille. Ce n'est qu'un des moyens d'organiser la vie d'un couple.". L'auteur explique cette nouvelle orientation par le fait que "les liens juridiques, unissant jadis, mariage et famille se sont considérablement distendus.". L'auteur voit la preuve de ce « relâchement » dans plusieurs directions : "- la procréation n'est plus « de l'essence » du mariage depuis le Code civil, puisque ni l'absence de consommation, ni le grand âge, l'impuissance ou la stérilité, ne sont des causes de nullité ;
- à partir du rétablissement du divorce et, surtout, en raison de son développement contemporain, le phénomène dit « des familles recomposées, brouille les perspectives traditionnelles : en droit comme en fait, ces familles sont indifféremment fondées sur des mariages rompus, des remariages et des concubinages ;
- il résulte notamment de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, que la « famille », au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, est indifféremment légitime, naturelle ou adoptive ;
- d'ailleurs, de même que la filiation naturelle, celle qu'instaure l'adoption est parfaitement divisible, par conséquent, détachée – non seulement du mariage – mais, même, de toute vie de couple." (affaire du mariage entre homosexuels censurée par la Cour de cassation, décision du 13 mars 2007 précitée). Cf. François TERRE, Dominique FENOUILLET, Droit civil. Les Personnes, la Famille, les Incapacités, 7ème éd. 2005, Précis Dalloz, n°326, p. 301.

[175] Arrêt Apietto, Cass. civ. 20 novembre 1963, D. 1964, p. 467, note G. RAYMOND.

42. La jurisprudence a, de très bonne heure[176], été confrontée à une telle question et y a répondu notamment par le recours à la notion de «mariage simulé».

Mais, en réalité, il serait plus juste de voir dans de tels mariages, plutôt que de véritables simulations, des détournements d'institution, car les conditions de reconnaissance de la simulation ne sont pas réunies[177].

Même si l'expression de « détournement d'institution » n'est pas utilisée par la jurisprudence, les formules rencontrées au fil des décisions sont bien caractéristiques de la notion. Un auteur, Madame FOULON-PIGANIOL, en étudiant la construction jurisprudentielle élaborée à propos du mariage, relève dans les décisions rendues par les juges du fond des formules très proches de celles rencontrées en matière de détournement d'institution[178].

Et, en fin de compte, la Cour de cassation a admis la qualification de « détournement d'institution », pour justifier la sanction de tels mariages[179].

Une première décision du Tribunal civil de Bayonne du 9 avril 1936[180] pose les bases qui vont permettre l'émergence du détournement d'institution, en indiquant que « Lorsque les époux ont prononcé le *oui sacramentel*, leur consentement donné sous cette forme à l'officier de l'état civil, a produit, *qu'ils le voulussent ou non*, un ensemble de conséquences auxquelles il ne leur est pas possible de se soustraire. »[181].

La formule retenue pose le postulat de l'absence de prise en compte de la volonté des époux, sur les conséquences de l'entrée dans l'institution du mariage. L'idée qui est sous entendue est que si les époux ne peuvent choisir, parmi les effets du mariage, ceux qu'ils feront vivre, c'est parce que le mariage est un « bloc de droit »[182], pour reprendre l'expression de CARBONNIER, au sein duquel tout est lié.

Une autre décision du Tribunal civil de la Seine, du 7 janvier 1948[183] va aller plus loin en admettant, sur la base de l'article 146 du Code civil, la nullité d'un mariage pour absence de consentement sérieux à l'union, mais en ayant recours à la notion de détournement

---

[176] V. AIX 4 mars 1813 cité par C.I FOULON-PIGANIOL, *Le mariage "simulé"*, RTD civ. 1960, n°4, p. 224, note 6.

[177] Cf. *supra*, 2ème partie, p. 443 et s. Il y manque par exemple l'existence d'un acte « caché » qui serait masqué par un autre acte, qui lui, est apparent.

[178] Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Le mariage "simulé"*. RTD civ. 1960, p. 217 et s., spéc. p. 220 et s.

[179] Cf. *infra*, p. 83 et s.

[180] S. 1936, II, 124.

[181] Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Le mariage "simulé"*. RTD civ. 1960, p. 217 et s., spéc. n°10, p. 225 : "Le tribunal refuse d'appliquer l'article 146 du C. civ., en en donnant trois motifs. Le mariage a le « caractère d'une institution d'ordre public » à laquelle les parties ne peuvent apporter les modifications que leur intérêt ou les circonstances exigeraient ...".

[182] Cf. Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2ème éd. Quadrige, PUF, 2004, p. 339, cité *infra* (notion d'institution), p. 109 et s.

[183] Tribunal civil de la Seine, 7 janvier 1948, JCP 1948, II, 4430, note J. MAZEAUD ; RTD civ. 1948, p. 461 et s., obs. LAGARDE, cité par Madame FOULON-PIGANIOL in, *Le mariage "simulé"*. RTD civ. 1960, p. 217 et s., spéc. n°10, p. 225.

d'institution. L'affaire concernait un mariage effectué en vue de permettre à l'épouse, de nationalité allemande, d'acquérir la nationalité française[184].

Le tribunal indique en effet que le consentement au mariage fait défaut « au sens de l'article 146 du Code civil », lorsque les époux "se sont simplement prêtés à un semblant de mariage en vue uniquement *d'un objet et d'un résultat particulier entièrement étranger à une union matrimoniale* qu'ils n'entendaient point contracter."[185].

Le résultat « étranger » à l'union matrimoniale renvoie sans aucun doute possible au détournement de l'institution du mariage[186].

Le Tribunal civil de Meaux[187], quelques années plus tard, reprend quasiment les mêmes motifs et la tendance se confirme avec un arrêt de la Cour d'appel de Lyon qui, l'année suivante[188], annule un mariage aux motifs que pseudo-époux "n'ont jamais eu la volonté de se prendre mutuellement pour époux « en vue de fonder un foyer »."[189].

Puis la Cour d'appel de Paris du 16 octobre 1958[190], dans un arrêt avant-dire droit, adopte au mot près les termes de la décision précitée du Tribunal civil de la Seine de 1948, en autorisant, dans le cadre d'une procédure en annulation d'un mariage, le fait que la preuve puisse être rapportée "que dame P. et R. n'aient eu aucunement la volonté, même momentanée, de se prendre pour époux et se soient simplement prêtés à un semblant de mariage en vue d'un objet et d'un résultat entièrement étrangers à une véritable union matrimoniale qu'ils n'entendaient point contracter.".

Un mouvement jurisprudentiel, parti des juridictions du fond semblait donc petit à petit gagner du terrain, en matière de nullité de mariage, en sanctionnant des unions qui poursuivaient un but étranger au mariage, le but de l'institution étant selon la Cour d'appel de Lyon[191], de « fonder un foyer ».

---

[184] Bernard AUDIT présente ainsi l'affaire ayant conduit à une telle décision : "un prisonnier français en Allemagne avait épousé une Allemande pour permettre à celle-ci de fuir la zone orientale (« la demoiselle B … fut informée par les autorités américaines … que le libre passage lui serait accordé si elle justifiait avoir acquis la nationalité française par son mariage … »). Sur la demande du mari, ce mariage fut annulé, au motif qu'il n'y avait pas de véritable consentement matrimonial.". (Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°341, p. 260). Trib. Civ. Seine, 7 janvier 1948, JCP 1948, II, 4430, note J. Mazeaud, précité.

[185] C'est nous qui soulignons.

[186] Cf. *infra*, définition du détournement d'institution, p. 92 et s.

[187] Tribunal civil de Meaux, 23 mai 1951, Gaz. Pal. 1952, 2, T., v. mariage, n°3.

[188] Lyon, 16 juin 1952, Gaz. Pal. 1953, I, T. V° Mariage, n°1.

[189] Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Le mariage "simulé"*. RTD civ. 1960, p. 217 et s., spéc. n°12, p. 226.

[190] Paris, 16 octobre 1958, JCP 1958, II, 10897.

[191] Décision précitée.

43. La Cour de cassation allait consacrer le mouvement jurisprudentiel et faire un pas de plus en direction de la notion de détournement d'institution[192], dans une célèbre décision du 20 novembre 1963, l'arrêt *Appietto*[193].

En l'espèce, un homme et une femme n'avaient contracté mariage que dans le but avoué de légitimer l'enfant naturel commun. Le mari demandait la nullité du mariage en invoquant "sa propre turpitude", à savoir qu'il n'avait "consenti à cette union que dans le but de conférer la légitimité à l'enfant dont il était le père, mais qu'il n'avait aucune intention de fonder un foyer et qu'il fut convenu entre les futurs époux que le divorce serait demandé dès la célébration du mariage".

La Cour suprême propose de faire la distinction entre l'hypothèse où les époux "ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale" (dans ce cas, le mariage est nul, faute de consentement[194]) ; et le cas où "les conjoints ont cru pouvoir limiter ses effets légaux, et notamment n'ont donné leur consentement que dans le but de conférer à l'enfant commun la situation d'enfant légitime". (Le mariage est alors valable).

La Cour approuve les juges du fond qui ont relevé que "le mariage est «*une institution d'ordre public à laquelle les parties contractantes ne peuvent apporter les modifications que leur intérêt ou les circonstances exigeraient*»[195].

Cette décision confirme toute l'évolution jurisprudentielle antérieure et consacre, d'une certaine manière, la notion de « détournement d'institution », même si l'expression n'est pas utilisée.

En fait, l'expression de « détournement d'institution » n'apparaît en tant que telle que trente ans plus tard, dans une décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 8 juin 1993[196].

44. L'évolution de la jurisprudence sur les annulations de mariage a donc eu, sans aucun doute, une place non négligeable au sein de la réflexion qui a conduit à la reconnaissance du détournement d'institution par la jurisprudence. Mais, en réalité, le concept de « détournement d'institution » va être forgé par le droit du travail.

---

[192] Car si les juridictions du fond admettaient la notion de détournement de l'union matrimoniale, elles ne précisaient pas quelle était la nature de celle-ci.

[193] Civ. 1ère, 20 novembre 1963, D. 1964, p. 465 et s, note G. RAYMOND. Cf. *infra*, p 59.

[194] Il faut, semble t'il, rattacher cette solution à la maxime qui affirme qu'il n'y a "pas de nullité sans texte en matière de mariage". Cf. G. RAYMOND, *Jurisclasseur civil, cité supra*, fasc. 100, n°8 et s.

[195] C'est nous qui soulignons.

Ne peut-on trouver plus belle confirmation de l'idée que l'institution est un bloc de droit auquel le sujet peut ou non adhérer, mais dont il ne peut pas extraire certains éléments et en abandonner d'autres.

[196] www.legifrance.gouv.fr, pourvoi n°92-84.036. Cf. *infra*, 83 et s.

§2- La naissance du concept en droit du travail

45. La naissance du concept de « détournement d'institution », en droit du travail, a été évoquée en introduction de ce travail.

La Cour de cassation a été amenée à se pencher, à plusieurs reprises, entre les années 1975 et 1980, sur la validité de demandes liées à la désignation de salariés en qualité de délégués syndicaux, alors qu'ils étaient sous le coup d'une procédure de licenciement.

Les représentants du personnel, qui "ont en charge l'exercice collectif d'un droit individuel : celui des salariés à déterminer leurs conditions de travail et leur participation à la gestion des entreprises"[197], ont bénéficié dès 1945 d'un statut protecteur afin d'encadrer le pouvoir disciplinaire et le pouvoir de licenciement de l'employeur[198]. Le salarié qui est désigné comme représentant du personnel est notamment protégé en cas de licenciement, dans le sens où il bénéficie d'un régime dérogatoire au droit commun. Son licenciement doit faire l'objet d'un avis du comité d'entreprise (s'il existe) et être préalablement autorisé par l'inspection du travail[199].

Aussi, il s'est avéré être tentant, pour des salariés menacés de licenciement dans une entreprise, d'obtenir leur désignation par un syndicat comme délégué du personnel, aux fins de bénéficier du statut protecteur des représentants du personnel.

46. La Cour de cassation a eu à se prononcer sur la validité de telles désignations à plusieurs reprises, sur une période de temps assez courte (puisqu'elle s'étale sur cinq ans), et a été saisie de l'existence de « détournements d'institution ». Il est assez frappant de remarquer que les chambres sociales et criminelles de la Cour ont toutes deux admis l'existence de la notion.[200]

La première décision significative date du 18 juin 1975[201].

---

[197] Jean-Yves KERBOURC'H, *Statut protecteur. Domaine d'application*, Jurisclasseur Travail Traité, vol. 3, fasc. 15-94, 2003, n°1, p. 3. V. également, Patrick MORVAN, *Délit d'entrave*, Jurisclasseur Travail Traité, vol. 3, fasc. 15-92, 2000, n°105, p. 21. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°901, p. 1155 et s.

[198] Jean-Yves KERBOURC'H, *Statut protecteur. Domaine d'application*, Jurisclasseur Travail Traité, vol. 3, fasc. 15-94, 2003, n°5, p. 3. Sur ce statut, cf. article précité. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°901, p. 1155 et s.

[199] Article L 425-1 du Code du travail (ancien). Cf. article L2411-3 du Nouveau Code du travail (entré en vigueur le 1er mai 2008).

[200] Il n'est pas rare de voir des jurisprudences divergentes se développer entre certaines formations de la Cour de cassation saisies des mêmes questions de droit …

[201] Soc. 18 juin 1975, Bull. soc. 1975, n°338, p. 294. En l'espèce, le salarié avait été désigné par le syndicat comme représentant du personnel juste après avoir reçu une lettre de l'employeur le convoquant à l'entretien préalable au licenciement. Il était établi que la désignation intervenait en remplacement d'un délégué qui exerçait ses fonctions depuis plusieurs années, et qui avait encore quelques jours auparavant participé à un protocole d'accord avec l'entreprise.

Le juge d'instance, saisi d'une demande d'annulation de la désignation[202], avait fait droit à la demande, en retenant que "si la désignation était en principe juridiquement valable, il était établi qu'elle avait été faite à la hâte, non en vue de défendre les intérêts des travailleurs, mais uniquement pour assurer la protection de M. et qu'ayant été détournée de son but, elle devait être annulée.". Cette décision est approuvée par la Cour de cassation[203], qui rejette le pourvoi formé contre la décision du tribunal d'instance.

Evidemment l'expression de « détournement d'institution » n'apparaît pas dans cette décision, qui ne vise que le *détournement du but de la désignation*, mais les choses se clarifient quelques mois plus tard, avec l'intervention d'une nouvelle décision de la chambre sociale de la Cour de cassation[204], qui va consacrer la notion.

En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation, saisie de la validité de la désignation comme délégué du personnel d'un salarié postérieurement à la notification de son préavis de licenciement (le lendemain), alors que l'approbation de son licenciement par le comité d'entreprise était connue depuis deux mois, approuve le juge d'instance[205] d'avoir estimé que la désignation du salarié, « intervenue près de deux mois après la date à laquelle Dame Y … et son syndicat avaient connu la menace de licenciement qui pesait sur elle », s'expliquait « par son action constante en faveur de son organisation ».

Bien que l'on ne puisse pas non plus dire que l'expression de « détournement d'institution » ait été utilisée par la Haute juridiction, la formule du tribunal confirmée en l'espèce, à savoir que "la preuve n'était pas apportée que **la désignation ait eu pour objet de détourner à des fins particulières une institution d'intérêt collectif"**[206], peut, sans l'ombre d'un doute, recevoir la qualification de « détournement d'institution ».

L'aphorisme entériné par la Cour dans cette affaire va faire « jurisprudence », puisque l'expression est reprise au mot près, moins d'un an plus tard, dans des conclusions au soutien d'un pourvoi devant la même chambre sociale[207] : les auteurs du pourvoi soutenaient que "pour juger que C … s'était fait nommer délégué syndical dans le but d'éviter un licenciement ultérieur le tribunal a présumé l'existence d'une volonté concertée du syndicat **pour détourner à des fins particulières une institution d'intérêt collectif**[208], ce qui était en contradiction avec ses propres constatations".

---

[202] Sur cette compétence, articles R 2143-5, R 2314-27 et suivants et R2324-23 et suiv. du Code du travail et cf. *supra.* E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, Hypercours, 3ème éd. 2008, n° 1108, p. 611 et 1091, p. 607.
[203] Le tribunal « a ainsi justifié sa décision et que le moyen n'est pas fondé ».
[204] Soc. 17 décembre 1975, Bull. 1975, V, n°615, p. 517.
[205] « le tribunal a légalement justifié sa décision ».
[206] C'est nous qui soulignons.
[207] Soc. 26 octobre 1976, Bull. soc. n° 526, p. 432.
[208] C'est nous qui soulignons.

La Cour suprême valide la conclusion du tribunal[209], qui a retenu que la désignation du salarié "avait eu pour seul but d'assurer sa protection éventuelle contre le licenciement dont il relève que l'intéressé se sentait menacé". Par cette dernière formule, la Cour confirme implicitement la notion de « détournement à des fins particulières d'une institution d'intérêt collectif », qui est exactement le versant de la désignation dans le seul but d'assurer la protection éventuelle du délégué contre un licenciement.

47. Mais surtout, la notion de détournement d'institution, telle qu'elle apparaît alors, séduit à son tour la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui, dès 1977[210], s'empare du concept.

En l'espèce, un employeur avait été poursuivi pour entrave à l'exercice du droit syndical[211].

En défense, l'employeur invoquait une fraude dans la désignation du délégué syndical, pour enlever à l'infraction son caractère punissable.

La Cour d'appel avait débouté le syndicat de sa demande de réparation du préjudice causé par l'infraction, aux motifs que le changement de désignation de délégué syndical avait été effectué avec une « précipitation insolite », au lendemain de la demande de licenciement du salarié, alors qu'un autre salarié était juridiquement désigné comme représentant syndical.

La Cour en déduisait qu'"ayant pour seul objet de protéger l'intéressé contre le licenciement, qu'elle tendait ainsi à détourner l'institution de sa finalité propre et constituait une fraude dans l'utilisation de la loi du 27 décembre 1968".

La juridiction suprême valide la décision des juges du fond, en se retranchant derrière leur pouvoir souverain d'appréciation[212]. Mais, finalement, de manière indirecte certes, elle consacre le recours à la notion de « détournement d'institution » par les juges du fond.

La chambre criminelle de la Cour de cassation entérine deux ans plus tard la position prise, dans une décision du 6 novembre 1979[213].

L'affaire ne manquait pas de rebondissements : un employeur avait adressé le 3 novembre 1976 une lettre à un salarié l'informant qu'elle envisageait son licenciement pour faute

---

[209] La Cour de cassation estime que le juge d'instance « a justifié sa décision », en relevant d'une part l'absence de toute activité syndicale antérieure dans l'entreprise du salarié, et d'autre part l'éloignement géographique du salarié, qui travaillait sur un site situé à près de 400 kilomètres de l'entreprise principale, ce qui ne le mettait pas en mesure d'exercer normalement les fonctions de délégué syndical dans l'entreprise.

[210] Crim. 18 octobre 1977, Bull. crim. n°308, p. 781.

[211] Délit poursuivi par les articles L 483-1 et suiv. . Cf. article L 2316-1 du Nouveau Code du travail. Patrick MORVAN, *Délit d'entrave*, Jurisclasseur Travail Traité, vol. 3, fasc. 15-92, 2000. L'entrave est le fait "de porter atteinte à la libre désignation ou au fonctionnement régulier des diverses instances représentatives élues par le personnel au sein de l'entreprise" (Patrick MORVAN, précité).

[212] « Attendu que cette constatation de la fraude à la loi … repose sur une appréciation de fait entrant dans les pouvoirs de la Cour d'appel et s'impose à la Cour de cassation ».

[213] Crim. 6 novembre 1979, Bull. crim. 1979, n°308.

professionnelle, et le convoquait pour le 5 novembre à l'entretien préalable au licenciement. Par lettre datée du 4 novembre, reçue le 5, un syndicat avait notifié à l'employeur, la désignation du salarié visé par la procédure de licenciement, en qualité de représentant syndical.

L'employeur avait alors saisi le juge d'instance pour demander l'annulation de la désignation du salarié comme représentant syndical et avait saisi parallèlement l'inspection du travail pour obtenir l'autorisation de licencier le salarié.

Les choses se compliquent à partir de là. D'abord, parce qu'un jugement, rendu sur renvoi après cassation[214], avait annulé la désignation du salarié comme délégué syndical, en retenant l'existence d'un détournement d'institution : la désignation litigieuse "n'avait été qu'une manœuvre ayant pour seul objet de protéger l'intéressé contre le licenciement et qu'elle tendait à détourner l'institution de sa finalité".

Ensuite parce que le salarié avait été finalement licencié en janvier 1978[215].

La Cour de cassation approuve la décision rendue par les juges du fond[216], en indiquant que "la désignation comme délégué syndical de B., étant entachée de nullité pour fraude à la loi, n'avait pu être créatrice à son profit de prérogatives pénalement protégées.".

Même s'il est vrai qu'en l'espèce, la décision du tribunal d'instance ayant relevé un détournement d'institution, était définitive et s'imposait au juge pénal, il n'en demeure pas moins que la notion de « détournement d'institution » se trouve consacrée, sous la qualification plus générale de fraude à la loi[217].

48. La doctrine a relevé, dans ce domaine, que la jurisprudence n'annulait les désignations que si elles avaient eu "*uniquement* pour objet de mettre le salarié à l'abri d'une menace de licenciement en le faisant bénéficier de la protection spéciale assurée par la loi. Dès lors qu'elle a pour objet la défense de l'intérêt des salariés de l'entreprise ou de l'établissement, peu importe qu'elle ait aussi pour résultat de faire bénéficier du statut protecteur un salarié à l'égard duquel se profile une menace de licenciement ... la désignation d'un salarié ou sa candidature destinée à le mettre d'urgence à l'abri d'une menace de licenciement apparaît justifiée si elle constitue le seul moyen d'assurer une représentation des salariés ou une

[214] Qui témoigne de la pugnacité des parties en l'espèce …

[215] Mais au cours de la période précédant le licenciement, l'employeur avait infligé au salarié plusieurs sanctions disciplinaires. Celui-ci avait alors fait citer l'employeur devant le tribunal correctionnel, pour entrave à l'exercice du droit syndical. La Cour d'appel avait débouté la partie civile de l'action en réparation du préjudice causé par l'infraction, en retenant notamment que par l'effet de l'annulation judiciaire de sa désignation, le salarié était censé n'avoir jamais eu la qualité de délégué syndical. Il n'avait donc pu bénéficier des dispositions protectrices des délégués du personnel.

[216] « La Cour d'appel était fondée à écarter de ce chef la culpabilité du prévenu ».

[217] Cf. *infra*, p. 325 et s.

présence syndicale dans l'entreprise qu'accepte d'assumer ce salarié menacé pour cela d'exclusion." [218].

La jurisprudence rendue à propos des désignations des délégués syndicaux s'oriente dans les années qui suivent vers la notion de fraude à la loi, et la référence au détournement d'institution est abandonnée, au moins dans ce domaine[219].

49. Par contre, le détournement d'institution a été évoqué à trois reprises, pour d'autres institutions[220] : le congé sabbatique d'abord, dans une décision de la Cour d'appel de Versailles de 1990, le droit d'alerte ensuite, dans une autre décision de la même Cour, de 2003[221], puis le comité d'entreprise, à l'appui d'un pourvoi devant la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans une décision de 2006[222].

---

[218] Note J.M. VERDIER, sous Soc. 14 mai 1997, D. 1997, J, p. 479, spéc. n°7, p. 480 ; RJS 1/99, n°69.

[219] La jurisprudence fournit pourtant des arguments en faveur du rattachement de la sanction au détournement d'institution et non pas à la fraude : elle annule purement et simplement les désignations ou candidatures non conformes à la finalité de l'institution, et elle exige pour ce faire que la candidature « tende exclusivement à assurer la protection de l'intéressé ». (Par exemple, Soc. 24 novembre 1983, Bull., V, n°578 : "Attendu que le tribunal a relevé que la candidature de l'intéressé visait, compte-tenu des circonstances dans lesquelles elle était intervenue, à faire obstacle à sa mutation, que dès lors la candidature d'un salarié à des fonctions représentatives est nulle, lorsque tendant à assurer sa protection individuelle, elle revêt un caractère frauduleux ...". Or la sanction traditionnelle de la fraude n'est pas la nullité mais l'inopposabilité … Cf. *infra*. Sanction du détournement d'institution, p. 240 et s. et 2ème partie, p. 471 et s. V. par exemple, Crim. 22 octobre 1991, Bull. n°367, p. 914. Cette affaire est particulièrement intéressante, dans la mesure où il était établi en l'espèce que la salariée ne s'était portée candidate comme délégué du comité d'entreprise qu'afin d'éviter un licenciement et pour la seule protection de ses intérêts personnels, concrétisant sans aucun doute un détournement d'institution (l'arrêt d'appel évoque la fraude à la loi), mais la Cour fait prévaloir sur le détournement d'institution commis par la salariée, les règles relatives aux délais de contestation en matière électorale, qui « sont des délais judiciaires dont l'expiration entraîne forclusion sans qu'aucune exception ne puisse être admise. La justification de cette solution est fournie par la Cour de cassation elle-même, qui rappelle qu'en retenant la fraude, la Cour d'appel « qui a implicitement admis que l'employeur pouvait se faire juge de la validité des élections, a méconnu les textes susvisés. Le détournement d'institution n'est pas sanctionné parce qu'il se heurte à des principes juridiques qui lui sont supérieurs, en l'espèce le principe selon lequel l'employeur ne peut se faire juge de la validité des élections.

[220] Cf. *infra*, p. 56 et s.

[221] Cour d'appel de Versailles, 2 octobre 2003, n° RG 2002-4791. www.legifrance.gouv.fr.

[222] Crim. 6 avril 2005, www.legifrance.gouv.fr, n° 04-85.799. Dans cette affaire, une plainte avait été déposée pour abus de confiance et délit d'entrave au comité d'entreprise. Le comité d'entreprise et la société « victime » de l'abus s'étaient constitués parties civiles contre l'auteur des faits. (L'abus de confiance tenait à l'utilisation non conforme à sa destination de fonds du comité d'entreprise. Cf. Code pénal, article 314-1 : « L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende ». V. *infra*, notion de détournement, p. 141 et s. Sur le délit d'entrave, cf. *infra*, émergence jurisprudentielle du détournement d'institution, p. 54. (Délit poursuivi par les articles L 483-1 et suiv. du Code du travail. Cf. article L 2316-1 du Nouveau Code du travail. Patrick MORVAN, *Délit d'entrave*, Jurisclasseur Travail Traité, vol. 3, fasc. 15-92, 2000. L'entrave est le fait "de porter atteinte à la libre désignation ou au fonctionnement régulier des diverses instances représentatives élues par le personnel au sein de l'entreprise" (Patrick MORVAN, précité). Cf. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°863, p. 1095 et s.)

L'ordonnance de non lieu, rendue par le juge d'instruction, avait été frappée d'appel par la société partie civile, qui réclamait réparation du préjudice qu'elle avait subi.

La Chambre de l'instruction de la Cour d'appel avait déclaré l'appel irrecevable, pour défaut d'intérêt légitime, aux motifs que la partie civile ne pouvait justifier d'aucun préjudice personnel et direct résultant d'un

Pour prendre l'exemple de l'affaire du détournement d'institution du congé sabbatique[223], un salarié avait pris un congé sabbatique de six mois dans son entreprise et avait parallèlement signé avec une autre société un contrat de travail, lequel prévoyait une période d'essai de six mois. A l'issue de la période d'essai, le salarié était resté dans la seconde entreprise, mais n'avait pas démissionné de la première, dans le but de percevoir des indemnités suite à sa non réintégration dans l'entreprise d'origine.

La Cour d'appel[224] relève que le salarié "a tenté de détourner l'institution du congé sabbatique pour conduire son employeur à refuser de le réintégrer à l'issue de son congé et ainsi éviter de donner sa démission pour percevoir les indemnités qu'il réclame dans la présente instance". La Cour indique que l'intéressé "n'a jamais eu l'intention de reprendre ses activités au sein de la société intimée à l'issue de son congé sabbatique". Elle estime que son comportement doit s'analyser comme une démission, le refus de le réintégrer signifié par l'employeur n'étant que "la constatation maladroite de cet état de fait et le résultat des manœuvres de l'appelant"[225].

50. L'exemple montre que la notion de détournement d'institution s'est bien implantée en droit du travail, aussi bien chez les juges du fond qu'au niveau de la Cour de cassation. Est-ce la vitalité du détournement d'institution en droit du travail, qui a « contaminé » à nouveau le

« éventuel » abus de confiance ni d'une entrave au fonctionnement du comité d'entreprise. (L'intérêt de la décision prend un tour plus particulier lorsqu'on la rapproche de la jurisprudence qui dénie au chef d'entreprise, même es qualité de président du comité d'entreprise, de se constituer partie civile en cas d'entrave au fonctionnement de ce dernier. Cf. Patrick MORVAN, *Délit d'entrave*, Jurisclasseur Travail, vol. 3, fasc. 15-92, 2000, n°167, p. 30)

A l'appui du pourvoi en cassation, la société faisait notamment valoir "que lorsque le délit d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise est le fait des membres mêmes de ce comité, et tend à détourner de sa finalité l'institution, c'est l'entreprise entière qui subit un préjudice de ce fait …".

La Cour de cassation ne retient pas cet argument et confirme la décision de la Chambre de l'instruction. L'arrêt relève que la société ne peut invoque aucun préjudice personnel et direct découlant des délits commis en l'espèce.

L'intérêt de cette décision est que les auteurs du pourvoi avaient qualifié le comité d'entreprise d'« institution », qui pouvait être détournée de sa finalité.

Le Nouveau code du travail lui-même qualifie le comité d'entreprise d'institution puisqu'il lui consacre, au sein d'un livre III portant sur « les institutions représentatives du personnel », un titre II, comportant plusieurs articles, les articles L 2321-1 et suivants. (Articles L 431-1 et suivants du Code du travail, en vigueur à l'époque de la décision. Le Code ne les désignait pas, à l'époque, sous le nom d'« institutions », mais évoquait des « groupements professionnels »). V. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°938 et s., p. 1205 et s.

Ceci fait sans aucun doute du comité d'entreprise une institution juridique, au sens de corps de règles unies par une fin, expressément explicitée à l'article L 2321-1 dudit Code.

[223] Le congé sabbatique était réglementé par les articles L 122-32-12 et suivants du Code du travail (devenus articles L 3142-91 à L 3142-95 du Code du travail). Il s'agit d'un congé « non rémunéré » qui repose sur « une technique de suspension de travail : en fin de congé, le salarié retrouve son emploi ou un emploi similaire ». (Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°728 p. 929 et s.). Il s'agit sans aucun doute d'une institution juridique, s'agissant d'un ensemble de règles ayant pour objet d'organiser un congé de type particulier.

[224] Cour d'appel de Versailles, 5ème ch., 6 novembre 1990; Gaz. Pal. 1991, 2e sem., pan. jur., p. 6, n°4.

[225] En l'état actuel de la jurisprudence, la décision est restée isolée et la Cour de cassation ne paraît pas avoir eu l'occasion de se prononcer sur la question.

droit de la famille ? Il est difficile de l'affirmer. Mais en tout cas, il est de fait que la notion de détournement d'institution va resurgir en droit de la famille, au début des années 1980.

§3- La réappropriation de la notion par le droit de la famille

51. En fait, l'intérêt de la jurisprudence s'est à nouveau porté sur la notion de détournement d'institution, dans les années 1980, lorsque les tribunaux ont eu à faire face à des demandes d'adoption d'un genre nouveau, qui ne répondaient pas au but premier de l'institution[226]. (A)

Et la chambre criminelle de la Cour de cassation, a, pour sa part, parachevé l'évolution de la jurisprudence concernant la reconnaissance de la notion de détournement d'institution en matière de mariages « fictifs », en consacrant l'expression de détournement d'institution dans ce domaine. (B)

En outre, face à la fermeté de la position de la Cour de cassation, devant le phénomène des « mères porteuses », d'autres institutions que l'adoption ont été sollicitées, comme la reconnaissance, pour permettre la création d'un lien de filiation entre la mère « génétique » et l'enfant né de la mère porteuse. (C)

A – Le détournement d'institution et l'adoption[227]

52. Il convient d'abord de rappeler que le Code civil ne définit pas l'adoption[228].

La définition classique proposée par la doctrine est que "L'adoption crée une filiation entre des personnes qui ne sont pas parents selon le sang." [229].

Le système actuel offre deux techniques d'adoption : l'adoption plénière, organisée par les articles 343 et suivants du Code civil, qui réalise une assimilation de l'enfant adopté à un

---

[226] La doctrine a parfaitement mis en lumière les causes du phénomène : les détournements d'institutions constatés en jurisprudence ont ceci de commun qu'ils sanctionnent l'utilisation de l'adoption comme "technique indifférenciée d'établissement d'un lien entre les personnes." Jean HAUSER, *L'adoption à tout faire*, D. 1987, chron., p. 207. Dès 1967, Monsieur RAYNAUD avait, de façon prémonitoire, relevé qu'on ne pouvait "étendre indéfiniment le domaine d'une institution et en assouplir toujours les conditions sans en altérer la nature ; une nappe d'eau qui s'étend sur une plus vaste surface perd nécessairement de sa profondeur.". *La réforme de l'adoption*, D. 1967, chron., n°31, p. 83. Jean HAUSER, dans l'article consacré à "l'adoption à tout faire", dégage deux facteurs qui expliqueraient les détournements constatés ; le premier consiste en ce que "le modèle familial de référence s'est largement désagrégé" et le second, extérieur à l'adoption, vient du fait que "le droit de la filiation a connu un changement profond lié à la modification des mentalités mais aussi à celle de la biologie de la reproduction.".

[227] V. sur cette question le paragraphe consacré par Jean HAUSER et Danièle HUET-WEILLER, Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille, 2ème édition, LGDJ, 1993, n°917, p. 666.

[228] E. DE MONREDON, *L'adoption aujourd'hui*, JCP 1992, I, 3607, n°15, p. 362.

[229] Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°1400, p. 549.

enfant légitime ; l'adoption simple, prévue aux articles 360 et suivants du Code civil, qui laisse coexister, à côté du lien de filiation adoptive, le lien de parenté par le sang.

De fait, l'adoption a joué, au cours de son histoire, qui prend sa source dans le droit romain[230], plusieurs rôles[231] : "D'abord conçue comme un moyen de perpétuer un nom ou de transmettre une fortune, parfois utilisée abusivement comme une source de main-d'œuvre gratuite, souvent envisagée comme une consolation pour des couples stériles, cette institution a été progressivement orientée dans le sens de l'intérêt exclusif des enfants orphelins ou abandonnés.".[232]

D'abord apparue devant les juridictions du fond (1), la notion de détournement d'institution a été, en droit de la famille, en quelques années consacrée par la Cour de cassation (2).

1) – Le détournement d'institution devant les juges du fond

53. Dès 1967, Monsieur RAYNAUD[233] avait, de façon prémonitoire, relevé qu'on ne pouvait "étendre indéfiniment le domaine d'une institution et en assouplir toujours les conditions sans en altérer la nature ; une nappe d'eau qui s'étend sur une plus vaste surface perd nécessairement de sa profondeur."

Les détournements d'institutions constatés en jurisprudence ont ceci de commun qu'ils sanctionnent l'utilisation de l'adoption, à des fins diverses, comme "technique indifférenciée d'établissement d'un lien entre les personnes"[234]. L'adoption a en effet été utilisée aussi bien

---

[230] Cf. P. MALAURIE, *précité*, n°1401, p. 550. Dominique GRILLET-PONTON, *Le détournement fiscal de l'adoption simple : entre le cœur et la raison* …, Droit de la famille, janvier 1999, p. 6 et s. François TERRE, Dominique FENOUILLET, Droit civil. Les Personnes, la Famille, les Incapacités, 7ème éd. 2005, Précis Dalloz, n°873, p. 815.

[231] Jean-Pierre DUMAS, *La loi du 22 décembre 1976 sur l'adoption*, Defrénois 1977, 1ère partie, art. 31348, p. 417 ; François BOULANGER, *La toile de Pénélope ou le dernier visage de l'adoption après la loi du 22 décembre 1976*, JCP 1977, I, 2845. Dominique GRILLET-PONTON, *Le détournement fiscal de l'adoption simple : entre le cœur et la raison* …, Droit de la famille, janvier 1999, p. 6 et s. Jacques LEAUTE classe l'adoption dans la catégorie des institutions cycliques, qui présentent la particularité de n'être pas restées fidèles à leur raison d'être initiale (Jacques LEAUTE, *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, Sirey, 1946, p. 49 et s ; Jean HAUSER, *L'adoption à tout faire*, D. 1987, chron., p. 205. L'adoption fait précisément partie des institutions cycliques, soumises à éclipses et à renaissances, qui ont fait l'objet de l'étude de Jacques LEAUTE.).

[232] V. J. RUBELLIN-DEVICHI, *La gestation pour le compte d'autrui*, D. 1985, chron., p. 147 ; *Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption*, D. 1991, chron;, p. 209.

[233] *La réforme de l'adoption,* D. 1967, chron., n°31, p. 83. Les causes des phénomènes de détournement de l'adoption ont été parfaitement mises en lumière par Jean HAUSER dans un article consacré à "l'adoption à tout faire". Deux facteurs expliqueraient les détournements constatés ; le premier consiste en ce que "le modèle familial de référence s'est largement désagrégé" et le second, extérieur à l'adoption, vient du fait que "le droit de la filiation a connu un changement profond lié à la modification des mentalités mais aussi à celle de la biologie de la reproduction.".

[234] Jean HAUSER, *L'adoption à tout faire*, D. 1987, chron., p. 207. – V. aussi Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 16.

dans le but de créer un lien de couple (a), que dans un but patrimonial (b), ou encore pour satisfaire un désir d'enfant (c).

a) L'adoption utilisée dans le but de créer un lien de couple

54. Les premières manifestations de la notion de « détournement d'institution » se trouvent dans des conclusions d'appel, dans une affaire jugée par la Cour d'appel de Paris le 8 janvier 1981[235]. Un homme avait adopté à l'âge de 45 ans le second fils de sa sœur. A la suite d'une brouille intervenue entre eux, cet homme avait présenté, à l'âge de 80 ans, une requête en adoption de l'ex-épouse divorcée de l'un des frères du premier adopté. Le futur adoptant était décédé au cours de la procédure et le Tribunal de grande instance de Paris avait prononcé l'adoption simple. Le jugement était frappé d'appel par le premier fils adoptif et faisait l'objet d'une tierce-opposition de la part de l'ex-mari de l'adoptée et d'autres membres de la famille.
Le fils adoptif reprochait l'existence de relations équivoques entre la future adoptée et l'adoptant et souhaitait voir juger que, en application de l'article 353 al. 1 du Code civil[236], l'adoption serait de nature à compromettre la vie familiale.
Le mari divorcé lui, invoquait à l'appui de la tierce-opposition l'existence d'un détournement de l'institution de l'adoption : "Il soutient que l'adoption dissimule en réalité des motifs étrangers au but de l'institution et a pour seul résultat de détruire l'harmonie d'une famille"[237].
La première difficulté venait certainement dans cette affaire, du fait que les prétendues manœuvres émanaient de l'adoptée[238] ; la seconde, sans doute, de ce que le détournement d'institution n'est pas à proprement parler un cas d'ouverture à l'action en tierce-opposition à un jugement d'adoption[239].

---

[235] Paris, 1ère ch. suppl.,8 janvier 1981. Gaz. Pal. 1981, 2e semestre, p. 572, note VIATTE.
[236] Cité *supra*, Introduction, p. 13. Devenu depuis la Loi 96-604 du 5 juillet 1996 l'article 353-2.
[237] Les autres opposants faisaient état de manœuvres dolosives de la part de l'adoptée, dont le but était de frauder la loi sur l'adoption.
[238] La Cour a déclaré les tierce-oppositions irrecevables en considérant qu'en l'espèce "aucune manœuvre n'est alléguée de la part de l'adoptant, que le seul fait de consentir à dame B ... des avantages successifs ayant pour effet de réduire les droits de Philippe de G ..., premier enfant adoptif, ne peut constituer en soi une fraude.". Cf. Civ. 1ère 23 octobre 1973, Bull. civ., I, n°278 ; JCP 1974, II, 17689, DE LA MARNIERRE.
[239] Cf. *supra*, paragraphe précédent. Voir note VIATTE *précitée*. Cette affirmation est confirmée par la Cour de cassation, dans une décision du 6 février 2008, qui casse un arrêt qui avait fait droit à une tierce opposition à l'encontre d'un jugement d'adoption sur le fondement de l'article 353-2 du Code civil. La Cour d'appel avait décidé que « la fraude est constituée lorsque l'adoption est détournée de son but qui est de créer une filiation, que Janine X… n'entendait pas instaurer avec Mme Z… un lien de filiation et que l'adoption était entachée de fraude, qu'en raison de cette fraude la tierce opposition est recevable et bien fondée ». Cette décision est censurée par la Haute juridiction, pour manque de base légale, la Cour d'appel ayant eu recours "à un motif impropre à caractériser la fraude imputable à l'adoptante, alors que la recevabilité de la tierce opposition au jugement d'adoption ne se confond pas avec le bien fondé de la demande en adoption." (Civ. 1ère, 6 février 2008 ; Bull. civ. 2008,I, n°46 ; Dr. Famille 2008, n°59, note Pierre MURAT). C'est le fait que la décision ait été

La position de l'ex-mari était donc assez novatrice, mais la Cour y répond en se plaçant sur le terrain des manœuvres dolosives, et sans sortir du cadre de l'article 353-2 du Code civil, puisqu'elle écarte la tierce-opposition pour absence de preuve du dol invoqué[240]. Il s'agit donc, en réalité, davantage d'un problème de forme que d'un véritable rejet de la notion de détournement d'institution.

55. Mais la première espèce laissant véritablement entrevoir un détournement d'institution, sanctionné en tant que tel, est un arrêt de la Cour d'appel de Riom du 9 juillet 1981[241].

Dans cette affaire, un homme marié, mais séparé de corps de son épouse, avait entamé une procédure d'adoption simple de sa maîtresse, avec laquelle il était établi qu'il vivait en concubinage. Un enfant était issu de cette relation adultère, enfant qui avait été reconnu par son père. En l'espèce, toutes les conditions posées par la loi pour que l'adoption simple soit prononcée étaient réunies.

Pourtant, la Cour d'appel a confirmé la décision du Tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand, qui avait refusé de prononcer l'adoption sollicitée, en retenant que "s'il n'est pas contestable que E... et Melle M... remplissent les conditions exigées par les articles 344, 348 et suivants, ainsi que 363 du Code civil, il ne saurait être toutefois perdu de vue que la loi sur l'adoption a pour but de créer une filiation et qu'elle ne doit pas être *détournée de son esprit*."[242].

mal motivée qui a conduit à la censure de la Cour de cassation, il ne s'agit pas d'une remise en cause de la notion de détournement d'institution. Cf. Civ. 1ère 22 juin 2004, pourvoi n°02-10.136, Dr. Famille 2005, comm. 30, note Pierre MURAT. La Cour approuve les juges du fond qui ont d'abord constaté la fraude, puis ont caractérisé l'existence d'un détournement de l'adoption : "que rapprochant ces éléments de la manœuvre destinée à échapper à la juridiction du tribunal territorialement compétent, elle a pu en déduire l'existence d'un détournement de l'institution de l'adoption" .

La confirmation de cette analyse peut encore être tirée (*a contrario*) d'une décision du 19 décembre 2006 de la Cour d'appel de Nîmes, qui définit les notions de dol ou de fraude au jugement d'adoption : "le dol ou la fraude s'entend de toute tromperie ou manœuvre ou dissimulation ayant pour but de permettre l'adoption d'un enfant en éludant certaines prescriptions légales." (www.legifrance.gouv.fr, n° RG 647). En l'espèce, la Cour déclare irrecevable la tierce opposition, qui émanait de l'adoptée, en retenant l'absence de preuve de la fraude ou du dol car il n'était pas « établi, ni même soutenu que l'enfant Carole a été conçue en vue de son adoption ni qu'il y ait eu entre la mère et les adoptants un contrat tendant à l'abandon de l'enfant à sa naissance … qu'il n'y a eu aucun contact préalable ni accord conclu entre les époux X… et la mère de l'enfant, non plus qu'aucune contrainte ou manœuvre pour obtenir le consentement de celle-ci et l'inciter à abandonner son enfant ... que si le Docteur A… a informé les époux X… de la prochaine naissance de cet enfant, ses différents courriers produits à l'intimée … soulignent que la mère ne voulait pas le garder, qu'elle était "absolument décidée à l'abandonner" ; que ces précisions confirment que Monsieur et Madame X… souhaitaient procéder à une adoption conforme aux exigences légales et non détournée de sa finalité ni des règles légales …».

[240] La Cour a estimé qu'en l'espèce, la preuve des manœuvres dolosives invoquées n'était pas rapportée ni même celle d'un abus d'influence de la future adoptée sur "un homme affaibli et sans caractère", et sur le fond la Cour a considéré que l'adoption n'était pas de nature à compromettre la vie familiale.

[241] JCP 1982, II, 19798, note ALMAIRAC.

[242] C'est nous qui soulignons. La Cour relève également que le prononcé de l'adoption aurait pour conséquence que l'adoptant, qui est le père de l'enfant de sa maîtresse, deviendrait le grand-père de son propre fils, "ce qui

La Cour ne prononce pas l'expression de «détournement d'institution», mais en affirmant que "la loi sur l'adoption a pour but de créer une filiation et ... ne doit pas être détournée de son esprit", elle utilise une périphrase qui en est très proche.

56. Le détournement d'institution s'est également fait pressentir, à propos de l'utilisation, dans certains cas couronnée de succès, de l'adoption simple par des concubins, non plus hétérosexuels, mais homosexuels, dans le but de créer un lien de couple.

Le Tribunal de grande instance de Paris a eu à connaître de telles demandes à plusieurs reprises et notamment les 3 février et 3 novembre 1982[243].

La première décision concernait une demande d'adoption simple d'un homme âgé de 24 ans, demandeur d'emploi, par un homme de 52 ans, artiste-peintre de son état. L'adoptant faisait valoir à l'appui de sa demande qu'il connaissait l'adopté depuis plusieurs années, qu'il lui avait procuré une aide matérielle et que depuis trois ans il l'avait accueilli près de lui et le considérait comme son fils. Il indiquait en outre que l'adoption aurait pour résultat de resserrer les liens d'affection qui existaient entre eux.

Le tribunal s'appuie sur la notion «d'intérêt de l'enfant»[244] pour refuser de prononcer l'adoption, mais ajoute qu'"on ne saurait sous couvert d'adoption consacrer des relations qui ne correspondent en rien à la finalité de l'institution". On voit ici le détournement d'institution poindre le bout de son nez ...

Mais la Cour d'appel de Paris, saisie de cette affaire en appel[245], réforme le jugement du tribunal de grande instance, en relevant que les conditions d'application de la loi sur l'adoption étaient remplies et que l'adoption était conforme à l'intérêt de la personne à adopter.

serait pour le moins particulièrement choquant. Dans ces conditions, l'adoption sollicitée, étant de toute évidence contraire au but poursuivi par le législateur, ne saurait être prononcée.".

[243] Décisions citées en annexe à la chronique de Pierre RAYNAUD au D. 1983, p. 39. – V. obs. RUBELLIN-DEVICHI, RTD civ. 1984, p. 307.

[244] Le tribunal, face à cette demande peu orthodoxe, a considéré que le requérant invoquait "des motifs dont il n'est pas certain, compte-tenu de l'âge des intéressés et des conclusions de l'enquête effectuée, qu'ils soient conformes à l'intérêt de la personne à adopter". (C. civ., art. 353). Sur la notion d'intérêt, cf. Emmanuel DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, Méthodes du droit, 2005, p. 157 et s., spéc. p. 157 : "l'intérêt n'est pas seulement ce qui importe, il n'est pas non plus une utilité ou un avantage particulier que pourrait retirer l'enfant, il est le fruit d'une pesée rationnelle des avantages et des inconvénients. Il est l'affirmation d'une préférence, d'un choix.". L'auteur définit l'intérêt "d'une personne comme ce qui peut être raisonnablement considéré comme un avantage pour cette personne.".

[245] Cour d'appel de Paris, 1 ère ch. suppl., 2 juillet 1982, RTD civ. 1984, p. 307, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

Il semble que, comme précédemment dans la première décision de la Cour d'appel de Paris, ce soient les aléas liés à la preuve du détournement d'institution qui ont entraîné le revirement des juges du fond[246].

57. De fait, le Tribunal de grande instance de Paris a rendu une nouvelle décision le 3 novembre 1982[247], dans une affaire similaire, refusant de prononcer une adoption entre deux homosexuels.

Cette fois, le doute n'était plus permis, et le tribunal s'est attaché à le démontrer pour étayer sa décision[248] : celui-ci relève tout d'abord que la nature des liens affectifs invoqués par le demandeur était "pour le moins ambiguë", ensuite que l'adoptant n'a pas pourvu à l'entretien ou à l'éducation de l'adopté dont il n'a fait la connaissance qu'à l'âge de 26 ans, enfin que "on ne voit pas pourquoi, n'étant orphelin ni de père ni de mère, et étant pourvu d'un métier et de moyens d'existence, il avait besoin de trouver un «père» en la personne de B ...".

Le tribunal a constaté que ces deux personnes cohabitaient dans un appartement de 30m^2, meublé d'un lit à deux personnes et d'un petit divan, qu'ils détenaient chacun la moitié des parts d'une SCI et que l'adopté avait quitté son emploi de comptable et vivait de ses économies.

Le Tribunal est arrivé à la conclusion[249] que "la consécration de ces liens par l'adoption ne serait du reste pas davantage conforme à la finalité de cette institution, *laquelle n'a pas pour objet de consacrer une situation de couple de quelque sexe que soient les personnes en cause mais de créer un état de filiation analogue à celui résultant des liens du sang ...*"[250].

---

[246] Madame RUBELLIN-DEVICHI, commentant cette décision, précise : "ce sont les hésitations, au moins permises en l'espèce, qui nous en sommes convaincus, ont conduit en appel la Cour de Paris ... à considérer que «les conditions requises pour l'adoption simple sont remplies et que ... il apparaît que l'adoption est conforme à l'intérêt de ... »." (RTD civ. 1984, p. 307).

Il est intéressant de relever que c'était devant la même chambre de la Cour qu'en 1981, que la question du détournement d'institution était soulevée.

[247] En annexe à la chronique de P. RAYNAUD, *précitée.*

[248] Madame RUBELLIN-DEVICHI fait observer que "le tribunal est allé aussi loin qu'il est possible dans les constatations : le rappel des «faits et procédure» fait fortement songer aux constats d'adultère que l'on produisait naguère dans les divorces pour faute ..." (*Référence citée*, p. 308.).

[249] Le tribunal s'est attaché à démontrer préalablement que l'adoption n'était pas conforme à l'intérêt de l'adopté et a estimé que l'adoption ne procurerait aucun avantage à l'adopté sur le plan successoral ou fiscal et qu'en outre, l'adopté, encore jeune, pouvait "souhaiter ultérieurement mener une vie personnelle autonome ... il ne serait pas conforme à son intérêt que soit légalement «resserrés» ... des liens affectifs présentement fort étroits au point d'être exclusifs et dont la nature n'est exempte d'équivoque, ni la constance, de part et d'autre, assurée dans le temps".

[250] C'est nous qui soulignons. La finalité de l'adoption est précisée, et correspond à une « tradition bien enracinée depuis la loi du 11 juillet 1965 » Dominique GRILLET-PONTON, *Le détournement fiscal de l'adoption simple : entre le cœur et la raison …*, Droit de la famille, janvier 1999, p. 6 et s. L'auteur ajoute que « l'adoption est un procédé juridique très strictement finalisé ordonné à la création artificielle d'un lien de parenté … Elle tend à imiter la nature en donnant une famille à un enfant qui en est dépourvu en vertu d'une éminente fonction de **substitut parental** ». Là encore, la reconnaissance de l'existence de détournements

58. Malgré l'institution du PACS[251], certaines décisions montrent que des tentatives de détournements d'institution de l'adoption dans le but de créer un lien de couple perdurent toujours, avec, en outre, des visées successorales[252].

Dans une espèce, il était question non plus du prononcé de l'adoption simple, mais de sa révocation pour motifs graves, faculté offerte à l'adoptant par l'article 470 du Code civil[253].

L'adoptant invoquait l'existence d'un détournement d'institution, en ce que l'adoption aurait été faite dans le but de créer un lien de couple entre concubins. Il faisait également état d'une mésentente entre eux : la concubine-adoptée avait refusé d'accomplir les tâches ménagères et avait abandonné le domicile de l'adoptant.

La Cour d'appel de Paris[254] refuse de prononcer la révocation de l'adoption, en retenant que même en admettant que l'adoptant puisse invoquer sa propre fraude, il n'y avait pas lieu à révocation de l'adoption simple, dès lors que la preuve des liens intimes avec l'adoptée n'était pas établie.

La Cour ajoute que la mésentente entre les deux parties et le refus de l'adoptée d'accomplir les tâches domestiques ne constituaient pas des motifs graves au sens de l'article 470 du Code civil.

Ici le détournement d'institution était soulevé à titre principal par le demandeur, au soutien de l'action en révocation de l'adoption[255]. La demande ne pouvait que se heurter à la règle

d'institution, même implicites, a été l'amorce d'une intervention législative, pour donner un cadre juridique aux situations de fait créées par les sujets de droit.

[251] La loi n°99-944 du 15 novembre 1999 a institué un « pacte civil de solidarité » permettant à des concubins homosexuels ou non, de créer un lien juridique hors mariage, conférant un statut proche du statut d'époux. (Articles 515-1 et suiv. du Code civil). Quelques mois avant l'entrée en vigueur de la loi, la Première chambre civile de la Cour de cassation avait rendu une décision confirmant l'adoption prononcée entre deux homosexuels, en retenant que "la cour d'appel … a jugé qu'il n'était pas établi que l'adoption avait été sollicitée pour permettre la création de relations homosexuelles, ni même pour les favoriser ou les consacrer". Civ. 1ère 8 juin 1999, Bull. civ., I, n°195, p. 128. RJPF 2000, 1/36, obs. J. VASSAUX ; Droit de la famille 1999, n°124, p. 18, note critique Pierre MURAT ; RTD civ. 1999, p. 610, obs. Jean HAUSER. Ces deux auteurs voient dans cette affaire la consécration d'un détournement d'institution. V également, Cour d'appel de Versailles, 1ère chambre A, 4 novembre 1999, D. 2000, J., p. 716, note Thierry GARE, Defrénois 2001, art. 37353 ; . Dr. Famille 2000, n°141, note Pierre MURAT ; RTD civ. 2000, n°24, p. 309, obs. Jean HAUSER, qui prend une position radicalement différente, en estimant, après avoir rappelé la finalité de l'adoption que « le contexte des relations existant entre Monsieur G… et Monsieur C… ne répond nullement à ce schéma législatif et sociologique ».

[252] En effet, la loi 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, qui contient plusieurs dispositions relatives au PACS, n'a eu aucune incidence sur la situation des couples « pacsés » et ainsi que le rappellent Philippe SIMLER et Patrice HILT dans une étude consacrée au « nouveau visage du Pacs : un quasi mariage », JCP 2006, Doctrine, p. 1495 : " à aucun moment le législateur n'a souhaité accorder au partenaire survivant un droit légal dans la succession du partenaire prédécédé. ".

[253] A propos de l'action en révocation de l'adoption, cf. Martine LE BIHAN-GUENOLE, *La révocation de l'adoption*, JCP 1991, I, 3539.

[254] PARIS, 1ère chambre, section C, du 19 janvier 1993, Jurisdata n°020114.

[255] Pour un autre exemple de ce genre, *cf. infra*, Civ. 1 ère ,19 novembre 1991, Melle Petit, p. 76 et s.

«*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*»[256] ; c'est d'ailleurs ce que rappelle la Cour en énonçant qu'"en admettant que l'adoptant puisse invoquer sa propre fraude". Une telle motivation aurait pu largement suffire à justifier le rejet, mais la Cour va plus loin en rejetant les arguments de fond, ce qui démontre son intention de condamner le procédé.

Il est frappant de constater dans cette affaire que les "motifs graves" invoqués par l'adoptant à l'appui de son action en révocation de l'adoption, ressemblent étrangement à ce qui pourrait constituer des «violations graves ou renouvelées des obligations du mariage»[257], dans le cadre d'une procédure de divorce pour faute, c'est à dire l'abandon du domicile conjugal et la mésentente entre époux[258].

Une telle décision démontre, si besoin était, que l'adoption n'a pas été créée pour consacrer un lien de couple, et la procédure de révocation de l'adoption n'est pas un succédané à une procédure de divorce pour faute.

59. Dans une autre affaire, la Cour d'appel de Versailles[259] précise en quoi l'adoption est détournée de sa finalité, dans de telles hypothèses : "la loi consacrant l'adoption a pour but de créer un lien de filiation dans lequel les rôles respectifs sont très nettement distingués, le père adoptif, comme tout père, assumant un rôle éducatif, initiatique et de conseil envers l'adopté qu'il a pour objectif de conduire vers une vie adulte et autonome ; qu'à l'inverse, comme tout enfant, l'adopté doit reconnaissance et éventuellement assistance à son parent … que le contexte des relations existant entre Monsieur G… et Monsieur C… ne répond nullement à ce schéma législatif et sociologique".

60. Une autre décision du 5 septembre 2006, rendue par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence[260], rappelle que "la fraude est constituée lorsque l'adoption est détournée de son but qui est de créer un lien de filiation". La Cour poursuit en considérant " qu'il y a détournement du but de l'adoption lorsque les considérations successorales ou fiscales sont le ressort

---

[256] "*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" (Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude). Cf. Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999, p. 483. V. également, François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, Droit civil. Les Obligations, 10ème éd. 2009, Précis Dalloz, n°428, p. 441.

[257] Cf. Code civil, article 242.

[258] Sur ce point, voir les exemples cités au *Jurisclasseur civil*, art. 242 à 246, fasc. 20, p. 9 et s.

[259] Cour d'appel de Versailles, 1ère ch. A, 4 novembre 1999, D. 2000, J., p. 716, note Thierry GARE ; RTD civ. 2000, n°24, p. 309, obs. J. HAUSER ; Defrénois 2001, art. 37353 ; Dr. Famille 2000, n°141, note Pierre MURAT. Monsieur GARE approuve les motifs de la décision en indiquant que "C'est la notion même de filiation – qui porte en elle-même celle de descendance – qui est incompatible (sauf à supprimer l'interdit de l'inceste) avec la nature des rapports de couple.".

[260] Aix, 6ème ch., sect. A, 5 septembre 2006, Droit de la famille, mars 2007, n°54, p. 26 et s., note Pierre MURAT.

principal de la démarche ou lorsqu'il s'agit de créer des relations juridiques étrangères aux rapports filiaux, par exemple entre deux concubins ".

La Cour admet en l'espèce la tierce opposition soulevée par les petits neveux de l'adoptante, en se fondant sur plusieurs éléments de fait venant corroborer d'une part, l'absence de volonté de créer un lien de filiation, et le but successoral de l'opération.

Pour soutenir son raisonnement, la Cour prend appui sur un « faisceau d'indices » tels que l'existence de la preuve d'une relation homosexuelle entre l'adoptante et l'adoptée, ainsi que celle d'une vie de couple ; l'absence "d'indice d'une volonté de protection, caractéristique des liens filiaux", du point de vue de l'adoptante[261] (la cour relève que la condition de différence d'âge entre l'adoptante et l'adoptée était de juste quinze ans, ce qui excluait par voie de conséquence " l'intention de consacrer un lien de nature filiale"). Deux autres indices résultent encore du fait que l'adoptée n'avait jamais pris le nom de l'adoptante et que la requête en adoption n'était fondée que sur l'existence de liens d'affection, "sans aucune référence à l'intention de consacrer des liens de nature filiale ".

Le but successoral de l'opération était avéré pour les magistrats aixois par des déclarations effectuées par l'adoptée aux services de police[262].

Il est clair que l'adoption a, depuis toujours, eu une vocation patrimoniale[263] ou successorale[264] notamment en ce qui concerne l'adoption de personnes majeures. L'adoption est un moyen de transmettre un nom ou un héritage. L'adoption simple sert alors de vecteur pour réaliser cette vocation[265].

b) L'adoption dans un but patrimonial ou successoral

---

[261] La Cour prend soin de préciser que l'adoptée avait pris soin de l'adoptante pendant les périodes de maladie de cette dernière.

[262] Pour le commentateur de cette décision, " on comprend alors que l'adoptante était principalement animée par des considérations d'ordre successorale, voire fiscale, qui ne sont que la conséquence de la création du lien de filiation entre le intéressés mais qui, en aucun cas, ne constituent la fonction principale de l'institution ". (Aix, 6ème ch., sect. A, 5 septembre 2006, Droit de la famille, mars 2007, n°54, p. 26 et s., note Pierre MURAT).

[263] V. Dominique GRILLET-PONTON, *Le détournement fiscal de l'adoption simple : entre le cœur et la raison* …, Droit de la famille, janvier 1999, p. 6 et s., qui évoque le développement de l'adoption « rémunératoire » : "la tentation est forte pour des personnes âgées vulnérables, psychologiquement dépendantes d'une aide domestique ou médicale. Plus forte encore est la tentation de captation d'héritage par un personnel ancillaire cupide auquel la création d'un lien de filiation assure un statut d'héritier beaucoup plus puissant que celui de donataire ou de légataire.".

[264] Cf. CHAMPENOIS-MARMIER, *Jurisclasseur civil*, précité, n°2 et 21 et s. Sur les incidences fiscales, cf. Dominique GRILLET-PONTON, *Le détournement fiscal de l'adoption simple : entre le cœur et la raison* …, Droit de la famille, janvier 1999, p. 6 et s.

[265] Dominique GRILLET-PONTON relève qu' "en droit positif, l'adoption simple évolue graduellement vers des applications marginales dérivées qui renouent avec l'esprit du modèle initial à finalité strictement successorale : la fonction affective y devient résiduelle et se trouve supplantée par la recherche d'un arrangement successoral" (*Le détournement fiscal de l'adoption simple : entre le cœur et la raison* …, Droit de la famille, janvier 1999, p. 6 et s.)

61. Ainsi, dans une espèce[266], un homme avait adopté en la forme simple l'enfant majeur de son conjoint. Le frère de cet homme avait interjeté appel de la décision prononçant l'adoption, en soutenant que l'adoption demandée constituait un détournement de l'institution, l'adoption aurait eu en effet pour but de faire échec aux droits successoraux des cohéritiers de l'adoptant.

La Cour relève, en l'espèce, que la volonté de s'assurer une descendance par la voie de l'adoption simple ne saurait constituer à elle seule un détournement du *trust*[267], créé au bénéfice de l'adoptant et de ses frères, alors même qu'une clause prévoit la dévolution de la part de l'adoptant à ses frères en cas de prédécès sans descendance[268].

En fait, la Cour laisse entendre, dans cette décision, que pour qu'il y ait détournement d'institution, il faut quelque chose de plus[269] que la volonté de s'assurer une descendance par la voie de l'adoption simple. C'est ce «plus» qui faisait défaut en l'espèce.

62. Dans l'évolution du détournement d'institution en droit de la famille, au sein de la jurisprudence des juges du fond, un pas en avant a été franchi, avec l'apparition du concept de « détournement d'institution », dans des conclusions du ministère public, au soutien d'une procédure en vue de faire déclarer l'illicéité d'une association intitulée «Alma Mater»[270], qui s'était donné pour objet[271] "«la gestion des problèmes pratiques, notamment comptables posés par les prêts d'utérus» intervenus entre les couples demandeurs et les mères porteuses."[272].

c) L'adoption dans le but de satisfaire le désir d'enfant d'un couple[273]

---

[266] Cour d'appel de Paris, ch.1, section C, 25 juin 1993, Jurisdata, n°022540.

[267] Sur cette institution anglo-saxonne, v. J. P BERAUDO, *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, LGDJ, 1992, n°32, p. 19, qui propose comme définition celle donnée par l'article 2 de la convention de la Haye, signée par la France, du 1er juillet 1985, relative à la loi applicable au trust : "... le terme «trust» vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par un acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placées sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé." .

[268] La Cour ajoute que cette clause existe pour chaque membre du *trust* et a seulement pour but d'envisager toutes les éventualités.

[269] "ne saurait constituer *à elle seule* ...".

[270] procédure prévue par les articles 3 et 7 §1 de la loi du 1er juillet 1901 sur les associations.

[271] Cf. note PEDROT, sous Aix-en-Provence, 1ère ch., section D, 29 avril 1988, JCP 1989, II, 21191.

[272] Les uns et les autres ayant opté ... «pour une approche non lucrative des prêts d'utérus». Sur ce point, Christian ATIAS, *Le contrat de substitution de mère*, D. 1986, chron., p. 67. Sur la terminologie, J. RUBELLIN-DEVICHI, *La gestation pour le compte d'autrui*, D. 1985, chron., p. 147 et *Procréations assistées et stratégies en matière de filiations*, JCP 1991, I, 3505, p. 183.

[273] "Avoir un enfant est devenu un «must» dans le système de représentation de l'individu et de la famille", a écrit un auteur dans une formule révélatrice. (J. RUBELLIN-DEVICCHI, *La gestation pour le compte d'autrui*, D. 1985, chron., p. 147).

63. Le Ministère public avait en effet fait valoir dans des conclusions d'appel que "ce contrat est encore illicite parce qu'il constitue une fraude à la loi sur l'adoption plénière et détourne l'esprit de cette institution".

La Cour d'appel d'Aix-en-Provence[274], après avoir décrit le processus utilisé[275], est partie de l'existence, en l'espèce, d'une convention entre le couple demandeur et la mère porteuse, convention qu'elle qualifie de « synallagmatique », et dont elle précise qu'elle heurte l'article 1128 du Code civil "qui prohibe les conventions sur les choses hors commerce[276]". Puis elle conclut "en favorisant une telle convention et en s'impliquant pour qu'elle se réalise, l'association Alma Mater poursuit un objet illicite, contraire aux lois et aux bonnes mœurs", et la Cour ordonne la dissolution de l'association.

2) – Le détournement d'institution devant la Cour de cassation

64. Le concept de détournement d'institution, n'est pas repris par la Cour d'Aix dans sa décision, mais se trouve consacré, en fait, par la Cour de cassation, suite au pourvoi formé contre cette décision par le président de l'association Alma Mater[277].

La Cour de cassation a, tout comme les juges du fond, eu à décider de la validité d'utilisations de l'adoption pour satisfaire les buts les plus divers, allant du désir d'enfant d'un couple (a), de la volonté de faire échec aux relations de l'enfant avec les grands parents (b), du but patrimonial ou successoral (c), par des grands parents (d), afin d'acquérir la nationalité française (e) ou encore pour établir une paternité biologique (f).

a) L'adoption dans le but de satisfaire le désir d'enfant d'un couple

---

[274] Aix-en-Provence, 1 ère ch., section D, 29 avril 1988. – JCP 1989, II, 21191, note PEDROT.

[275] Qui consiste d'une part, en ce que le mari ou concubin du couple "demandeur" accepte d'inséminer artificiellement une femme, autre que son épouse ou sa concubine, et s'engage à reconnaître l'enfant qui va naître et à l'accueillir chez lui ; d'autre part, en ce que l'épouse "adultère", ou la concubine, consente à l'accueil à son domicile de l'enfant et consente à son adoption plénière.(Pour un examen des différentes «options» possibles en la matière, v. Jean HAUSER, *L'adoption à tout faire*, D. 1987, chron., p. 207).

La mère porteuse, de son côté, s'engage à porter et à mettre au monde cet enfant et renonce par avance à faire valoir ses droits de mère, afin de permettre l'adoption par l'épouse du couple demandeur. (Sur ce terme, cf. J. MASSIP, Defrénois 1991, art. 35088, p. 949, note 19 : "le terme «mère porteuse» ne serait véritablement adapté que dans le cas où un embryon conçu «*in vitro*» serait implanté dans l'utérus d'une femme autre que celle qui l'a conçu.").

L'association sert d'intermédiaire pour l'accomplissement des actes administratifs et médicaux, et pour faire verser à la mère naturelle une somme de 60000 francs.

[276] Sur cette notion, v. la thèse d'Isabelle MOINE, *Les choses hors commerce, Notion et Régime*, Dijon, 1993.

[277] Civ. 1 ère , 13 décembre 1989, D. 1990, p. 273, rapport MASSIP ; JCP 1990, II, 21526, note SERIAUX ; Defrénois 1990, art. 34802, p. 743, obs. AUBERT.

65. La Cour suprême, en effet, confirme d'abord la nullité des conventions qui portent "tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître"[278]. La Cour poursuit en indiquant que : "l'activité de l'association, qui tend délibérément à créer une situation d'abandon, aboutit à **détourner l'institution de son véritable objet**[279] qui est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu.".

La Cour rejette le pourvoi, sans se contenter, comme elle aurait pu le faire, de s'en remettre au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, mais en procédant à une véritable substitution de motifs[280], montrant, de cette manière, l'importance qu'elle entend donner à sa décision.

Ainsi, à l'issue d'une évolution jurisprudentielle relativement rapide, le détournement d'institution a accédé, en moins d'une dizaine d'années, au statut de mécanisme protecteur de l'adoption, permettant de stopper les utilisations abusives dont cette dernière pouvait être la victime.

L'évolution devait se poursuivre et s'amplifier avec la consécration du nouveau concept par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

En effet, la question tranchée par la Cour de cassation en 1989, à propos de la validité des adoptions des enfants nés de mères porteuses, était loin de faire l'unanimité, aussi bien en doctrine que dans les décisions des juges du fond, les questions en suspens dépassant de loin le cadre strictement juridique, pour toucher à des questions aussi fondamentales que celles de la dissociation entre mère génitrice et mère « porteuse », de « droit à l'enfant » ...

66. Confrontés à de tels enjeux, les juges étaient apparus hésitants sur les solutions à apporter et des décisions contradictoires furent constatées en jurisprudence.

C'est ainsi que deux décisions de la Cour d'appel de Paris du 15 juin 1990[281] ont cru possible de remettre totalement en cause et le raisonnement et la solution dégagée par la Cour de cassation en 1989.

---

[278] De telles conventions "sont donc nulles en application de l'art. 1128 C. civ. ... ces conventions contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibée, des droits reconnus par la loi à la future mère.".

[279] C'est nous qui soulignons.

[280] Cf. note SERIAUX, n°3, *citée supra*.

[281] JCP 1991, II, 21653, note EDELMAN et LABRUSSE-RIOU ; RTD civ. 1990, p. 457, obs. RUBELLIN-DEVICHI. L'une des deux décisions concernait un problème d'adoption internationale. L'affaire concernait aussi une maternité de substitution (mère porteuse de nationalité américaine). Cf. note BOULANGER, D. 1990, p. 542.

La Cour d'appel, dans des décisions fortement motivées, a adopté des motifs identiques sur le problème de la maternité de substitution ; la question à régler concernait notamment la demande d'adoption plénière de l'enfant issu de cette maternité substituée[282].

La Cour a réfuté les arguments tirés de la violation du principe d'indisponibilité de l'état des personnes et de l'article 1128 du Code civil.[283]

La Cour a indiqué au sujet de l'objet du contrat, à savoir la remise de l'enfant, que cet accord "ne consacre pas le don – ou la cession – d'une chose (l'enfant) qui n'est pas dans le commerce, dès lors que la faculté est réservée à la mère de reconnaître l'enfant et que le père biologique tient ses droits à l'égard de cet enfant ... de l'abandon volontaire consenti par la mère après la naissance.". La Cour a donc conclu que "l'adoption plénière réalisée dans ces conditions est seule de nature à assurer la parfaite cohésion de la famille constituée par le père biologique et son épouse".

67. Un certain malaise s'est alors installé en jurisprudence, à la suite de ces décisions apparaissant clairement comme contradictoires, avec la jurisprudence de la Cour de cassation : une illustration en est fournie par un arrêt de la Cour d'appel de Pau du 19 février 1991[284]. La Cour, tout en affirmant la nullité des conventions dites de «mère porteuse» et la violation des dispositions de l'article 353-1 du Code civil[285], avait tourné la difficulté en

---

[282] La Cour a commencé par poser que l'adoption trouvait sa cause dans l'engagement liant le couple demandeur à la mère porteuse et a déclaré qu'un tel engagement était valable "tant au regard des principes généraux que des règles légales applicables". La Cour en a appelé aux "droits naturels", au nombre desquels "figure celui de fonder une famille par la procréation, dans le respect des droits d'autrui." (V. A. SERIAUX, *Droit naturel et procréation artificielle. Quelle jurisprudence ?* , D. 1985, chron., p. 53). Elle a considéré que la maternité substituée n'était pas illicite ou immorale au sens de l'article 6 du Code civil : "la maternité substituée, qui réalise une procréation médicalement assistée par la méthode de l'insémination artificielle ... n'apparaît que comme l'application de techniques désormais reconnues, mises en œuvre avec le libre consentement des intéressés, de sorte qu'en l'état actuel des pratiques scientifiques et des mœurs cette méthode n'apparaît pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.".

[283] Elle a estimé que "le caractère artificiel de la filiation consacrée par la maternité de substitution ne distingue pas ce type de situation d'autres processus, prévus par la loi ou permis par elle, tels l'abandon volontaire à la naissance suivi d'une adoption plénière", que "l'engagement de la mère substituée ... ne méconnaît pas les règles sur la parenté et la filiation", au nom de la liberté de la mère de reconnaître son enfant. La Cour a ajouté que l'abandon ainsi réalisé ne constitue pas une cession illicite de droits d'autorité parentale au profit du père biologique "qui, en la circonstance, les possède au même titre que la mère". S'agissant de l'atteinte portée à l'article 1128 du Code civil, "il ne peut être déduit de ce texte l'illicéité de tout contrat ayant pour objet le corps humain, un certain nombre de dérogations étant ... intervenues – tel le don d'organes – en fonction de l'évolution sociale et des progrès de la technique.". V. P. KAYSER, *Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle*, D. 1987, chron., p. 189.

[284] D. 1991, p. 380, note LARRIBAU-TERNEYRE.

[285] Lequel disposait à l'époque que « Dans le cas d'adoption d'un pupille de l'Etat ou d'un enfant étranger qui n'est pas l'enfant du conjoint de l'adoptant, le tribunal vérifie avant de prononcer l'adoption que le ou les requérants ont obtenu l'agrément pour adopter ou en étaient dispensés. Si l'agrément a été refusé ou s'il n'a pas été délivré dans le délai légal, le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime que les requérants sont aptes à accueillir l'enfant et que celle-ci est conforme à son intérêt ». Depuis la loi n°2002-93 du 22 janvier 2002, ce texte dispose : « Dans le cas d'adoption d'un pupille de l'Etat, d'un enfant remis à un organisme autorisé pour l'adoption ou d'un enfant étranger qui n'est pas l'enfant du conjoint de l'adoptant, le tribunal vérifie avant de prononcer l'adoption que le ou les requérants ont obtenu l'agrément pour adopter ou en étaient dispensés. Si

énonçant qu'elle n'était "pas saisie de la validité ni même de l'existence d'une telle convention (et) n'a à statuer que sur la requête aux fins d'adoption.".

Elle avait donc choisi de se placer sur le terrain de l'adoption plénière, et notamment sur celui de l'article 353 du Code civil, qui charge le juge de vérifier "si les conditions posées par la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant.". Ainsi, après avoir constaté que les conditions légales étaient remplies, la Cour avait estimé que l'adoption était conforme à l'intérêt de l'enfant qui "n'a pas de filiation maternelle établie" et qui a été accueilli au foyer de l'adoptant dès les premiers jours suivant sa naissance par un couple doté de "très bonnes conditions de moralité."[286].

De telles décisions des juges du fond, qui méconnaissaient la position prise par la Cour de cassation en 1989, remettaient en cause l'autorité de cette Cour ; c'est la raison pour laquelle, à la suite des décisions rendues par la Cour d'appel de Paris en 1990, un pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi[287] fut formé contre l'une d'entre elles par le Procureur général près la Cour de cassation.

68. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a ainsi rendu le 31 mai 1991[288] un arrêt condamnant la pratique des maternités de substitution.

L'Assemblée plénière a choisi de réaffirmer haut et fort la position prise par la première chambre civile en 1989[289], condamnant par là-même les positions adoptées par les Cour d'appel de Paris et de Pau.

l'agrément a été refusé ou s'il n'a pas été délivré dans le délai légal, le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime que les requérants sont aptes à accueillir l'enfant et que celle-ci est conforme à son intérêt ».

[286] Madame RUBELLIN-DEVICHI constatait déjà, avant que n'intervienne cette décision, que "les tribunaux qui prononcent l'adoption sont généralement au courant, mais comme ils considèrent l'intérêt de l'enfant, ils n'envisagent pas de refuser le statut d'enfant légitime à celui qui était jusque là enfant adultérin du père." (RTD civ. 1990, p. 255 ; *La gestation pour le compte d'autrui*, D. 1985, chron., 147 ; *Procréations assistées et stratégies en matière de filiations*, article précité, p. 184). Pourtant, Madame LARRIBAU-TERNEYRE considérait que le seul moyen de décourager ces pratiques des mères porteuses consisterait à "leur interdire d'atteindre le but recherché – l'établissement d'un lien de filiation fictif entre l'enfant et la mère substituée – en refusant l'adoption, indivisiblement liée à une convention illicite. " (*Article précité* au D. 1991, p. 382. V. également B. EDELMAN et C. LABRUSSE-RIOU, JCP 1991, II, 21653, p. 114, n°27, qui condamnent le procédé).

[287] Sur cette procédure ne remettant pas en cause la décision des juges du fond, qui est devenue définitive, v. article 17 de la loi du 3 janvier 1967 et Jacques et Louis BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz Action, 2009, n°141 et s.p. 754 et s. ; M. GOBERT, *La maternité de substitution : réflexions à propos d'une décision rassurante*, Petites Affiches, 23 octobre 1991, n°127, p. 4.

[288] D. 1991, p. 417 ; JCP 1991, II, 21752 ; JCP 1992, I, 3547, RTD civ. 1991, p. 517 ; Petites Affiches 27 novembre 1991, n°142, p. 13 et s. Décision qu'appelait de ses vœux Madame RUBELLIN-DEVICHI dans un article au JCP 1991 (*Procréations assistées et stratégies en matière de filiations*, JCP 1991, I, 3505, p. 183) : "Il est opportun qu'un pourvoi dans l'intérêt de la loi permette à la Cour de cassation de dire le droit : vraisemblablement, la Haute juridiction ne se déjugera pas quant à l'illicéité du recours à une mère porteuse ; mais elle pourrait être conduite à protéger le juge de première instance de l'indécence avec laquelle les demandeurs se moquent des magistrats, en cachant à moitié le détournement d'institution.".

[289] Cette décision a présenté la particularité d'avoir été rendue après audition d'une personnalité extérieure à la Cour, le Professeur Jean BERNARD, en qualité d'«*amicus curiae*», ce qui, à notre connaissance, se produisait

La Cour déclare en effet que "la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ... **cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère,** et que, portant atteinte aux principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, **ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption.**"[290].

L'arrêt rendu a bénéficié *ab initio* d'une autorité incontestable, car la Cour casse l'arrêt pour violation de la loi, ce qui est le motif de cassation le plus grave, et indique par là que les juges du fond ont mal appliqué le droit.

Le concept de détournement d'institution a donc reçu la consécration de la plus haute juridiction française[291].

Cependant, tout en consacrant la notion, la Cour n'a pas pris le soin de préciser le sens qu'elle attribuait à cette expression.

69. La Cour de cassation[292] a eu, après 1991, l'occasion de réaffirmer la position condamnant la pratique des maternités de substitution dans deux autres affaires ; dans l'une, la seconde, la Cour a d'ailleurs purement et simplement repris en «chapeau», la solution dégagée par l'assemblée plénière en 1991, alors que dans la première, la Cour affirme que "la

pour la première fois. (Président du Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la vie. V. – le texte de sa communication au D. 1991, p. 417 et s.). *L'amicus curiae*, ou ami de la Cour : v. sur cette pratique, cf. Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 27ème éd. Refondue, 2003, n°1000, p. 791. Tanguy BARTHOUIL, *La filiation contractuelle : épilogue ou moratoire ? (Commentaire de l'arrêt du 31 mai 1991 de l'assemblée plénière de la Cour de cassation)*, RRJ 1991, 3, p. 846.

[290] Le rapporteur de cette affaire, Yves CHARTIER avait écrit : "l'adoption plénière en l'occurrence est la fin d'un processus d'ensemble dont il est artificiel de l'isoler. Elle n'est que la partie, l'ultime partie d'un tout. Ainsi, dès lors que le «contrat» de maternité de substitution est nul, admettre l'adoption, n'est-ce pas donner indirectement force de loi à cette convention ? Est-il logique d'accepter de faire produire effet à ce qui est prohibé ?" (v. D. 1991, p. 421/422).

[291] La position adoptée par la Cour de cassation en 1991, sur la question des mères porteuses, a reçu l'aval du législateur, avec la loi 94-653 du 29 juillet 1994, dite loi relative au respect du corps humain, qui a inséré dans le Code civil un article 16-7 disposant : "Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle." (Ch. BYK, *La loi relative au respect du corps humain*, JCP 1994, I, 3788). Ceci constitue une nouvelle illustration du phénomène de prise en considération du détournement d'institution par le législateur). Cette nouvelle loi a sanctionné également, sur le plan pénal, le fait de "s'entremettre, même sans but lucratif, entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de leur remettre." (Ch. BYK, *article précité*, et article 227-12 al. 3 du Code pénal).
Déjà en 1992, le législateur avait incriminé "le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître." (Loi 92-684 du 22 juillet 1992, article 220-12 al. 2 du Code pénal). Actuellement, un mouvement en faveur de la légalisation des mères porteuses semble prendre de l'ampleur : cf. Le Monde du 30 mars 2009, qui évoque un appel lancé sur le web par 60 personnalités et chercheurs.

[292] Civ., 1 ère , 29 juin 1994, Bull. civ. , I, n°226 ; JCP 1994, 2153, p. 285 ; D. 1994, p. 581 ; JCP 1995, II, p. 15, note RUBELLIN-DEVICHI ; Gaz. Pal. 12-13 juillet 1995, n°193-194, somm. p. 60.

maternité pour autrui, dont le caractère illicite se déduit des principes généraux du Code civil et, aujourd'hui, de son article 16-7, réalise un détournement de l'institution de l'adoption"[293].

La deuxième affaire a permis d'illustrer un des dangers que Madame LARRIBAU-TERNEYRE[294] avait essayé de dénoncer, à propos de la jurisprudence sur les mères porteuses, en affirmant qu'il ne fallait pas faire de "l'enfant une victime encore plus pitoyable du système utilisé par ceux qui revendiquent un droit à l'enfant.".[295]

En effet, en l'espèce, la Cour d'appel s'était fondée sur la notion d'intérêt de l'enfant, pour ne prononcer qu'une adoption simple, en considérant qu'il était "du devoir de la société de protéger l'enfant contre les erreurs des adultes et que l'adoption est conforme à l'intérêt de la jeune Solène, qui vit depuis sa naissance auprès de Mme B..."[296].

La Cour de cassation casse l'arrêt pour violation de la loi, en indiquant "qu'en se déterminant ainsi, alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption, la Cour d'appel a violé les textes susvisés"[297].

---

[293] Civ. 1ère, 9 décembre 2003, Bull. civ. 2003, I, n°252 ; Defrénois, 30 avril 2004, n°8, p. 592-594, note Jacques MASSIP. L'un des arguments de l'épouse, demandeur à l'adoption, était de dire que la conception de l'enfant (enfant née en 1987) avait eu lieu « à un moment où ni la loi, ni la jurisprudence, ne s'étaient prononcées sur la maternité pour autrui ; qu'il n'était pas prévisible, avant que l'assemblée plénière n'en décide ainsi …. qu'il serait impossible d'adopter les enfants nés à la suite d'une convention de "mère porteuse". Il y aurait, en suivant ce raisonnement, une sorte de « droit acquis » à l'adoption, pour les enfants conçus de mères porteuses avant 1991. V. également, Civ. 1ère 17 décembre 2008, Bull. civ. 2008, n°289. La Cour de cassation fonde désormais la nullité des conventions de mères porteuses sur l'article 16-7 du Code civil.

[294] note sous Pau, 19 février 1991, D. 1991, p. 380, spéc. p. 382.

[295] Sur ce «droit», Pierre RAYNAUD, *L'enfant peut-il être objet de droit ?* D. 1988, chron., p. 109. En effet, les faits étaient les suivants, un couple marié avait eu recours aux services d'une mère porteuse pour avoir un enfant, lequel était né en 1985. En 1986, la mère porteuse, qui avait reconnu l'enfant, avait donné son accord pour l'adoption plénière de la jeune Solène, mais le mari ne s'était pas associé à la procédure d'adoption, l'épouse ayant quitté le domicile conjugal avec l'enfant et formé une action en divorce. L'épouse avait déposé une requête en adoption plénière de l'enfant et a assigné son mari devant le Tribunal de grande instance. Le tribunal avait accueilli la demande.

[296] Madame LARRIBAU-TERNEYRE, à l'issue d'un commentaire sur la jurisprudence concernant les maternités de substitution, concluait : "Autrement dit, l'adoption d'un enfant issu d'une relation de mère porteuse ne peut être refusée, sur le terrain de l'opportunité, au seul motif qu'elle consacre un détournement manifeste de l'institution de l'adoption.".

Elle indiquait, à propos de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière que "c'est sur le terrain de la légalité que se place l'Assemblée plénière ; elle atteint l'adoption par l'intermédiaire de la convention de mère porteuse en retenant l'existence d'«un processus d'ensemble», donc l'indivisibilité entre les deux opérations. Un refus ne pourrait ainsi être justifié, sur le terrain de l'opportunité, que par une référence directe à l'intérêt de l'enfant.".

[297] Et pour marquer sa détermination, la Cour a eu recours à la procédure exceptionnelle de l'article 627 du Nouveau code de procédure civile, lequel déclare que la Cour de cassation "peut ainsi, en cassant sans renvoi, mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée.". Sur cette procédure, cf. VINCENT et GUINCHARD, *Procédure civile*, 27ème éd., 2003, n°1568, p. 1107.

La Cour refuse de prononcer une adoption qui aurait eu pour conséquence, dans l'hypothèse inverse, de cautionner indirectement le système des mères porteuses[298] : si l'on admet la nullité de la convention liant le couple demandeur à la mère porteuse, il faut admettre la nullité subséquente de l'adoption de l'enfant né dans de telles conditions. C'est ce que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait entendu marquer, en retenant que ces pratiques relevaient d'un «processus d'ensemble». La convention de mère porteuse et l'adoption sont indissociables[299], au nom du détournement d'institution qu'elles ont pour objet de réaliser, l'adoption ne peut donc être prononcée sans remettre en cause cette affirmation.

70. Ce qui est finalement reproché par la sanction du détournement d'institution de l'adoption, c'est le caractère programmé de la chose ou «anticipé»[300], qui confère au processus la nature d'un détournement d'institution et qui est ici sanctionné[301].
L'existence du concept de détournement d'institution, en matière d'adoption, avait fait l'objet d'une première décision de la Cour de cassation, dès avant la problématique des mères porteuses, s'agissant d'adoptions faites dans le but de nuire à autrui, dès le début de l'année 1989[302].

b) L'adoption pour faire échec aux relations de l'enfant avec ses grands-parents

[298] V. note LARRIBAU-TERNEYRE, *citée supra ;* obs. MASSIP, Defrénois 1991, art. 35088, p. 950 : "Mais en réalité, une telle solution eût été une véritable dérobade. Il y aurait eu, à n'en pas douter, quelque hypocrisie à condamner le procédé tout en admettant qu'il était juridiquement efficace, à approuver ce qui n'est, en somme, qu'un montage juridique. Car il ne saurait faire de doute que l'ensemble de l'opération est indivisible".
[299] V. note J. MASSIP aux Petites Affiches du 27 novembre 1991, n°142, p. 14 qui parle d'«indivisibilité» de l'opération et note V. LARRIBAU-TERNEYRE, au D. 1991, *citée supra*..
[300] "contrairement à l'adoption qui donne une famille à un enfant existant et abandonné – (la maternité de substitution) consiste à créer délibérément et un enfant et une situation d'abandon par la mère pour satisfaire un désir d'enfant du couple." (J. MASSIP, *rapport précité*, D. 1990, p. 275, n°4). V. obs. J. L. AUBERT, Defrénois 1990, art. 34802, p. 744. Comment ne pas reprendre ici la citation de Napoléon, alors Premier Consul (cité par DELANGLE, conclusions sous Cass. 1er avril 1846, D.P 1846,p. 81) : "L'effet le plus heureux de l'adoption sera de donner des enfants à celui qui en est privé, de donner un père à des enfants devenus orphelins ...". Les enfants **deviennent** orphelins, ils ne le sont pas programmés ...
[301] Comme le relève à juste titre Philippe PEDROT "Une chose est d'organiser, sous le contrôle du juge, l'accueil d'un enfant abandonné en raison d'une situation de détresse. Tout autre chose est de programmer délibérément la naissance d'un enfant «réservé» à l'avance par un foyer d'accueil. Dans ce cas, il s'agit d'un remède à une situation de fait. Dans l'autre cas, on est en présence d'une situation créée volontairement où l'on confond l'intérêt de l'enfant avec celui des parents stériles ... dans la maternité de substitution, l'abandon est sciemment prévu et les parents demandeurs sont directement à l'origine de l'existence même de l'enfant et de son abandon. Nul ne peut s'arroger le droit de se passer de la procédure habituelle de l'adoption et détourner ainsi l'esprit de cette institution." (note sous Aix-en-Provence, 29 avril 1988, *citée supra*, Cf. également note SERIAUX, JCP 1990, II, 21526, n°15).
[302] *Cf. supra*, Introduction, p. 12.

71. Pour mémoire, l'institution en cause était l'adoption, en la forme plénière, de l'enfant du conjoint[303].

L'un des effets de l'adoption plénière est de conférer "à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang, sous réserve des prohibitions au mariage visées aux articles 161 à 164."[304].

L'adoption de l'enfant du conjoint a été utilisée par des conjoints divorcés ou veufs puis remariés, dans le but non pas de resserrer les liens autour du nouveau noyau familial[305], mais de faire échec aux relations de l'enfant avec ses grands parents par le sang[306].

Or, la Cour de cassation a considéré que, dans ce cas de figure, il y avait lieu de sanctionner un détournement de l'institution de l'adoption.

Les faits ayant donné lieu à l'arrêt du 7 mars 1989 ont été présentés en introduction[307].

La Cour d'appel, qui avait retenu l'existence d'un dol pour déclarer la tierce-opposition recevable, voit sa décision être approuvée par la Cour de cassation[308].

Mais la Cour va plus loin, en affirmant, sur le fond[309], l'existence d'un détournement de l'institution de l'adoption[310]. La Cour de cassation consacre ainsi en l'espèce, par sa motivation, une notion large du dol[311]. La Cour laisse également entendre que l'utilisation d'une institution dans le but de nuire à autrui correspond à un détournement, ce que Louis JOSSERAND n'aurait sans doute pas désavoué[312] …

---

[303] C. civ., art., 343-2, 344 et 356. Elle permet, précise Jean CARBONNIER, à un conjoint épousé en seconde noces, de "consolider en un rapport de parenté le rapport d'alliance qu'il a déjà avec des enfants du premier lit." (*Droit civil, T. I, La famille*, PUF, 14e éd. rev. et mise à jour, 1991, n°355, p. 521).

[304] C. civ; art. 356.

[305] Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°1405, p. 554 : "L'adoption faite par **un seul conjoint** peut intervenir, soit du vivant de l'autre époux, soit après son décès. Généralement, elle tend à rattacher à l'adoptant des enfants présents lors de l'union conjugale : enfants nés d'un précédent mariage ou de relations hors mariage, ou accueillis au foyer.".

[306] Cf. HAUSER, *L'adoption à tout faire*, D. 1987, chron., p.207. Sur le contentieux entre grands-parents et enfants, cf Hubert BOSSE-PLATIERE, *La présence des grands-parents dans le contentieux familial*, JCP 1997, I, n°4030, p. 267 et s., spéc. n°4 et s.

[307] Cf. *supra*, p. 12.

[308] La Cour indique que "le fait de s'être abstenu sciemment d'informer le tribunal ... de circonstances qui auraient pu influer de façon déterminante sur sa décision, comme le fait de dissimuler la procédure d'adoption aux grands-parents par le sang des adoptés, alors que ces grands-parents entendaient maintenir avec leurs petites filles des liens affectifs, constitue un dol au sens de l'article 353-1 C. civ.". V. sur l'importance de caractériser la fraude ou le dol quant la recevabilité de la tierce opposition, Civ. 1ère 28 février 2006, Bull. civ. 2006, I, n°125, p. 114.

[309] Cf. décision du 28 février 2006, précitée.

[310] "l'adoption en la forme plénière de Céline et Delphine par le second mari de la mère, dans le but ... de couper les enfants de leur famille paternelle et notamment de leurs grands-parents, **loin de correspondre à la finalité de l'institution en constituait un véritable détournement**".

[311] Pourtant, le texte de l'article 353-1 (applicable à l'époque) est assez restrictif et ne vise comme cas d'ouverture à la tierce-opposition que la fraude ou le dol, de la part de l'adoptant. Ce texte, inchangé, est devenu l'article 353-2, depuis la loi 96-604 du 5 juillet 1996. Cf. J. MASSIP, note à la Gazette du Palais, 1990, *citée supra*, p. 132 et Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, note 95, p.566.

[312] Cf. développements consacrés à l'abus de droit, *infra*, 2ème partie, p. 312 et s.

En outre, il est frappant de constater que, l'effet recherché par l'adoptant, en l'espèce, était précisément l'un des effets de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, à savoir la rupture des liens avec la famille d'origine[313].

La doctrine, de son côté, voyait, dans l'utilisation de l'adoption dans le but de nuire à autrui, des détournements de l'institution de l'adoption[314].

Répondant aux vœux que cette dernière avaient formulés, le législateur est intervenu en 1993 pour que de telles hypothèses ne se reproduisent plus, en insérant un nouvel article 345-1 dans le Code civil[315], afin de ne permettre désormais que l'adoption simple, dans de telles de situations[316].

72. Toujours dans les années 1990, l'adoption a encore servi de cadre à la sanction de détournements d'institution, dans des tentatives d'utilisation de cette technique, dans un but successoral.

c) L'adoption dans un but patrimonial ou successoral

73. Dans une espèce, jugée par la Cour de cassation le 19 novembre 1991[317], une personne, propriétaire de terres agricoles qui étaient louées à des fermiers, avait adopté en 1982 un jeune homme, en ayant recours à une adoption simple. Les fermiers avaient alors formé tierce-opposition au jugement d'adoption, en arguant du fait que "leur bailleresse n'avait eu pour but que de se soustraire à la législation sur les baux ruraux.".

---

[313] V. obs. MASSIP à la Gazette du Palais, 1990, *citées supra*. La doctrine a été amenée à constater que de nos jours, de telles adoptions manifestaient "le souci d'effacer le passé, d'assumer la nouvelle situation conjugale dans sa totalité, de consolider essentiellement les structures familiales tournées vers l'avenir en tirant un trait sur le passé." (M. P. CHAMPENOIS-MARMIER, Jurisclasseur civil, art. 343 et s., fasc. 2, 1985, n°44, p.8 (V. Claire NEIRINCK, Filiation adoptive. Adoption plénière. Conditions préalables à l'adoption. Jurisclasseur civil, art. 343 et s., fasc. 20, 2003, n°10 et s. , p. 5 et s. V. également J. HAUSER, note au D. 1989, *précitée*, p. 480 ; RUBELLIN-DEVICHI, RTD civ. 1990, p.253 ; C. PHILIPPE, *Volonté, responsabilité, filiation*, D. 1991, chron., p. 47 ; E. DE MONREDON, *L'adoption aujourd'hui*, JCP 1992, I, 3607, n°27). En pratique de tels litiges avaient donné lieu à de nombreuses décisions, mais les magistrats s'étaient surtout concentrés sur les problèmes liés au droit de visite et d'hébergement. S'agissant des recours fondés sur l'article 353-1 du Code civil, les juges du fond semblaient divisés quant à l'attitude à adopter. (Obs. J. RUBELLIN-DEVICHI, RTD civ. 1984, p.312 et 313. J. MASSIP, sous Civ. 21 juillet 1987, Defrénois 1988, art. 34186, p. 320, qui parle dans de tels cas de figure de fraude à la loi.). Cf. sur le droit de visite et d'hébergement, CA AIX-EN-PROVENCE, 6e chambre, 7 janvier 1994; Jurisdata, n°049375, qui accorde un droit de visite aux grands-parents par le sang dans une affaire où le premier mari était prédécédé, en retenant l'existence d'un détournement d'institution comme circonstance exceptionnelle, justifiant l'action sur le fondement de l'article 371-4 al. 2 du C. civ.

[314] J. RUBELLIN-DEVICHI, RTD civ. 1984, p.312 et 313, ou J. HAUSER, D.1989, p. 479. Comp. cependant M. P CHAMPENOIS-MARMIER, Jurisclasseur civil, art. 343 et s. , fasc. 2, 1982, n°44, qui y voit une déviation de l'institution, ce qu'a finalement consacré la Cour de cassation dans la présente décision.

[315] Repris par la loi n°96-604 du 5 juillet 1996.

[316] Loi 93-22 du 8 janvier 1993, art. 29 : "L'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est permise que lorsque cet enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint." (Voir Introduction).

[317] Civ., 1ère 19 novembre 1991, Petites Affiches, 29 juillet 1992, n°91, p. 37, note J. MASSIP.

L'adoptant avait reconnu s'être cherché un héritier, à la suite d'une brouille avec les fermiers, pour faire échec à leurs droits puis avait alors décidé d'engager une action en révocation de l'adoption[318], pour motifs graves.

La Cour d'appel avait rejeté l'action en révocation de l'adoption.

L'un des intérêts de cette procédure était que l'adoptante avait fait état du détournement d'institution dont elle s'était rendue coupable, à l'appui de son action en révocation de l'adoption[319] et elle prétendait, au soutien de son pourvoi en cassation, que la Cour d'appel avait mal appliqué[320] l'adage «*fraus omnia corrumpit*» en lui opposant le règle «*nemo auditur* ....»[321], pour refuser la révocation, alors qu'elle constatait dans le même temps que l'adoption avait été poursuivie pour des "motifs étrangers à la finalité de l'institution"[322]. L'adoptante invoquait également un manque de base légale de la décision au regard de l'article 370 du Code civil, les juges ayant affirmé que l'absence de relations affectives entre l'adoptant et l'adopté ne constituait pas un motif grave de révocation, alors que l'adoptant faisait valoir que le détournement d'institution était un motif grave, suffisant pour justifier la mesure sollicitée.

---

[318] Sur cette action, Martine LE BIHAN-GUENOLE, *La révocation de l'adoption*, JCP 1991, I, 3539.

[319] V. également Civ. 1ère 28 février 2006, Bull. civ. 2006, I, n°125, p. 114, qui confirme la jurisprudence.

[320] Le motif de cassation est tiré de la «fausse application » de l'adage «*fraus omnia corrumpit*» (la fraude corrompt tout). Cf. Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999. V. également Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 27ème éd., 2003, n°145-3, p. 183, qui voient dans cette espèce une application de l'obligation de loyauté, dont la violation serait sanctionnée par une fin de non recevoir : "*Cette notion de fin de non recevoir pourrait s'étendre à la sanction d'une obligation de loyauté que constitue l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*. En effet, sont récemment apparues en droit interne français des hypothèses, où le juge a rejeté la prétention d'un plaideur à remettre en cause, devant les tribunaux, une situation qu'il avait lui-même provoquée, sans que ce rejet ne soit fondé sur les théories traditionnelles de la fraude à la loi, de l'apparence ou de la règle *nemo auditur* : ainsi lorsqu'une « mère » adoptive sollicita la révocation de l'adoption du jeune homme qu'elle n'avait en fait adopté que pour échapper en tant que bailleur à la législation sur les baux ruraux". L'hypothèse de la paralysie des effets d'une fraude à la loi non sanctionnée par la règle « *nemo auditur* » est évoquée par Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°142, p. 111/112 : "Lorsque l'intéressée s'est rendue devant un for étranger pour divorcer au mépris de sa loi personnelle, elle a créé un conflit qui était sur le moment un faux conflit. A mesure que le temps s'est écoulé sans que l'intéressée se prévale de son nouvel état dans le ressort de la loi évincée, le conflit s'est élevé, le conflit s'est révélé être un vrai conflit. Avec le décès du mari, le conflit est redevenu un faux conflit, mais dans lequel c'est la loi autrefois évincée qui à un intérêt moindre à s'appliquer. En réclamant des droits successoraux au motif que son divorce est sans effet au regard de la loi du for, la femme ne fait qu'exploiter ce faux conflit. S'il y a une fraude à sanctionner en pareil cas, ce n'est pas celle qui aurait été commise plusieurs années auparavant et qui a cessé d'en être une, mais celle qui est en train de se commettre. Aussi bien en pareil cas le droit français s'opposerait-il sans doute à la demande de la femme par application de l'adage *Nemo auditur*. Ce moyen permettrait tout à la fois de préserver l'équité tout en maintenant la qualification de fraude.".

[321] *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude). Cf. Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999

[322] En matière de fraude à la loi, et spécialement en droit international, Bernard AUDIT aborde la question de la sanction « de la fraude pour la fraude » : "lorsque l'intention de fraude qui animait le sujet dans la mise en œuvre d'une loi étrangère incompétente est établie sans équivoque, c'est souvent parce que le fraudeur lui-même, désireux d'échapper à un statut qui lui pèse plus que pourchassé par le remords, étale avec complaisance sa propre fraude. Dans ces conditions, la solution répressive que constitue le refus de reconnaître les droits acquis ne fait qu'entériner une nouvelle fraude du sujet. Cette situation n'est pas propre au droit international … On sait que le droit français a parfois recours dans des situations analogues à un adage de droit coutumier : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" (Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°179, p. 136).

La Cour de cassation approuve la solution et les motifs retenus par la Cour d'appel[323] et retient qu'"après avoir constaté que Melle Petit avait pris elle-même l'initiative des démarches ayant conduit à l'adoption de Christophe Lagache et qu'elle avait déposé sa requête en pleine connaissance de cause, consciente de toutes les conséquences de son acte, la Cour d'appel a estimé à bon droit que l'adoptante ne pourrait se prévaloir de la fraude dont elle était l'auteur pour solliciter la révocation de cette adoption."[324].

74. La Cour de cassation est venue préciser, à l'occasion de deux espèces, l'une jugée le 22 juin 2004[325] et l'autre le 11 juillet 2006[326], les critères pour qu'une adoption à but successoral ne soit pas qualifiée de « détournement d'institution ».

Dans la première affaire, l'existence du détournement d'institution est déduit du rapprochement entre d'une part, le fait que l'adoptant était atteint d'une « sénescence normale », « manquait d'objectivité » et « était suggestible », et encore que l'adoptée s'était prévalue, pour l'obtention d'un prêt de la qualité de conjoint de l'adopté, et d'autre part, des éléments de la fraude ayant consisté à échapper à la juridiction du tribunal normalement compétent[327].

Dans la seconde, les auteurs du pourvoi soutenaient que l'adoption avait « pour objet de consacrer, entre l'adoptant et l'adopté, un lien filial et ne saurait avoir un but essentiellement successoral étranger à la finalité de l'institution »[328]. Ils reprochaient à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si « compte tenu de l'âge de l'adoptant, de leur rapport de parenté et de la situation familiale de l'adopté, un intérêt autre que successoral ».

La Cour leur répond que "la conscience chez l'adoptant des effets successoraux que l'adoption ne manquerait pas d'entraîner ne pouvait être considérée comme constitutive d'un

---

[323] "La Cour d'appel a estimé *à bon droit*."

[324] Analysant l'espèce évoquée ci-dessus, certains auteurs voient plutôt dans de telles situations la sanction d'une obligation de loyauté, qui consisterait dans "l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui" et serait sanctionnée par une fin de non-recevoir. Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 27ème éd. Refondue, 2003, n°145-3, p. 183.
En fait, commentant la décision du 19 novembre 1991, Monsieur MASSIP écrit : "Il est vrai que dans notre affaire, le détournement d'institution de l'adoption présente un caractère anecdotique et il y a peu de chances, nous semble t' il, de voir se multiplier des affaires de ce type. (Petites Affiches, 19 juillet 1992, p. 38). La position prise en 1991 concernant le recours au détournement d'institution, pour obtenir la révocation de l'adoption pour motifs graves a été confirmée quelques années plus tard, en 2006, par la même première chambre civile, dans une affaire où l'adoption avait été demandée pour établir une paternité biologique. V. Civ. 1ère 28 février 2006, Bull. civ. 2006, I, n°125, p. 114.

[325] Cf. Civ. 1ère 22 juin 2004, Dr. Famille 2005, com. 30, note Pierre MURAT.

[326] Civ. 1ère 11 juillet 2006, Bull. civ. 2006, I, n°384.

[327] Sur la nécessité de démontrer préalablement l'existence de la fraude ou du dol dans le cadre de la procédure en tierce opposition au jugement d'adoption, cf. *supra*, p. 60, note 239.

[328] Cf. Cour d'appel d'Aix en Provence, 5 décembre 2007 ; www.legifrance.gouv.fr, n° RG 06/17298 : qui estime « qu'en l'absence d'un lien filial, le projet d'adoption apparaît avoir un but purement patrimonial, et ce au détriment de l'enfant de l'adopté, ce qui constitue, d'une part, un détournement d'institution, d'autre part, un élément de nature à compromettre gravement la vie familiale ». Cf. *infra*, preuve du détournement d'institution, p. 228 et s.

détournement de l'institution dès lors que le dossier révélait qu'il existait d'autres motifs justifiant l'adoption …". Dans le cas précis qui lui était soumis, l'adoptée[329] avait apporté la preuve de la réalité des liens d'affection avec l'adoptant[330] et la preuve des soins qu'elle lui avait prodigués. La Cour en conclut que "l'adoption était conforme à la finalité de l'institution.".

75. L'adoption a aussi été utilisée par des grands parents pour adopter leurs petits enfants[331]. Si les motifs de telles adoptions ont, le plus souvent, des visées patrimoniales ou fiscales[332], elles sont parfois réalisées dans un but que l'on peut qualifier de frauduleux[333].

d) L'adoption par les grands parents

76. Une décision de la première chambre civile de la Cour de cassation, du 16 octobre 2001[334], a rejeté une requête en adoption simple, présentée par une grand-mère de six de ses sept petits enfants. Sur pourvoi, la Cour de cassation confirme la décision des juges du fond, en retenant trois motifs : le premier, tiré de ce que "la Cour d'appel n'a pas dit que l'adoption aurait pour effet d'avantager les 6 petits enfants adoptés, mais qu'elle avait un but essentiellement successoral, étranger à l'esprit de la loi" ; le second, "qu'elle engendrerait une confusion des générations et qu'elle était inutile en présence d'un lien de parenté déjà très

[329] L'adoptant était décédé après avoir déposé la requête en adoption.

[330] Le critère de l'existence de liens d'affection est déterminant pour déterminer si l'adoption est ou non conforme à la finalité de l'institution. Cf. Civ. 1ère, 28 février 1995, Légifrance, n°pourvoi 93-12774 : « après avoir constaté que Mme Z... avait vécu, depuis sa naissance, dans la famille X..., l'arrêt relève que Marie Y... la considérait comme sa fille et que, loin de créer une situation nouvelle, l'adoption n'était que la "concrétisation juridique" des liens d'affection qui avaient toujours uni l'enfant à l'adoptante … qu'il ajoute que, eu égard à cette circonstance et aux âges respectifs des intéressés, une telle adoption n'était pas de nature à compromettre la vie familiale et que la participation de Mme Z... à la succession de Marie Y... n'était que la conséquence normale de la situation qui s'était créée et de l'adoption qui en résultait … qu'en l'état de ces énonciations et constatations, la cour d'appel, qui a souverainement estimé que les conditions prévues par l'article 353 du Code civil étaient réunies, a justement décidé que l'adoption de Mme Z... par Marie Y... correspondait à la finalité de l'institution

[331] Jean HAUSER rappelle qu'aucun « texte n'interdit l'adoption d'un enfant par ses grands parents et le procédé fut fort utilisé avant 1972 pour créer un lien juridique entre grands-parents naturels et petits-enfants alors que la loi ne le reconnaissait pas. (Note sous Cour d'appel de Bordeaux, 21 janvier 1988, D. 1988, J., p. 454).

[332] Dominique GRILLET-PONTON, *Le détournement fiscal de l'adoption simple : entre le cœur et la raison …*, Droit de la famille, janvier 1999, p. 6 et s.

[333] Cour d'appel de BORDEAUX, 21 janvier 1988, D. 1988, J., p. 454, note Jean HAUSER : demande en adoption plénière par les grands parents, pour faire échec à une reconnaissance par le père naturel. Jean HAUSER note : "Utiliser l'adoption pour faire échec au droit qu'a tout individu d'établir sa paternité paraît tout aussi bien un détournement que pour faire échec aux droits des grands-parents aux relations avec leurs petits enfants.".

[334] Civ. 1ère, 16 octobre 2001 ; Bull. civ., I, n°256, p.162 ; D. 2002, J., p. 1097, note François BOULANGER ; Petites Affiches, 28 février 2002, n°43, p. 21, note J. MASSIP ; Defrénois 2002, art. 37478, n°6, p. 195 ; Droit de la famille 2002, n°41, note P. MURAT.

proche"[335] et enfin que l'adoption n'était pas conforme à l'intérêt des petits-enfants "en dehors de leur intérêt financier".

La Cour de cassation n'emploie pas l'expression de « détournement d'institution », mais la doctrine ne s'y trompe pas, en évoquant la prise de conscience des tribunaux "du phénomène de détournement de l'adoption de son objet véritable"[336]

77. Pourtant, une décision antérieure de la Cour d'appel de Douai, du 6 mars 2000[337], avait pris une position totalement différente sur cette question. La Cour avait infirmé la décision de première instance, qui avait rejeté la demande, en rappelant d'abord que les conditions de l'adoption étaient réunies, qu'il n'y avait pas de fraude par dissimulation de la procédure à la mère, que l'adoption était conforme à l'intérêt de l'« enfant », qui avait été confié à la garde de ses grands parents depuis son enfance par plusieurs décisions de justice, qu'il avait été entièrement élevé par ses grands parents, que l'adoption viendrait conforter des liens affectifs réels et anciens. La Cour avait rejeté l'argument de bouleversement des liens et structures de la filiation en raison de l'existence d'une situation particulière : « celle de D. M. élevé continûment par ses grands parents ». La Cour avait estimé enfin qu'il n'y avait « aucun détournement caractérisé de l'institution de l'adoption ».

En fait, il faut voir dans cette décision un cas d'espèce, qui s'explique par les circonstances particulières de la cause (l'enfant avait été élevé de façon continue par les grands-parents).

---

[335] *Contra* Dominique GRILLET-PONTON, *Le détournement fiscal de l'adoption simple : entre le cœur et la raison* …, Droit de la famille, janvier 1999, p. 6 et s., qui estime au contraire que "semblable risque de confusion est étranger à l'adoption simple qui offre ainsi le support juridique de très nombreuses démarches.". S'agissant de la modification des structures familiales, Madame FENOUILLET rappelle que "L'adoption modifie l'ordre familial, la place juridique de chacun : elle conduit souvent à avantager une ligne sur l'autre (la ligne paternelle ou la ligne maternelle), rompt l'égalité qui existait jusque-là au sein d'une même catégorie de parents (entre collatéraux du même degré, ascendants ou descendants du même degré …) puisque l'un d'eux acquiert une autre qualité, modifie les hiérarchies qui existaient jusque-là (l'enfant, qui passait devant le neveu, sera placé dans le même ordre et au même degré après l'adoption). UN tel remodelage modifie profondément le statut juridique de chacun dans la famille, les droits et les devoirs qu'il avait jusque-là, dans l'ordre alimentaire, successoral, dans l'ordre du nom … Adopter un neveu revient à lui donner des droits successoraux en concours avec le conjoint, qui devait pourtant prévaloir sur un collatéral privilégié.". (Dominique Fenouillet, *L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit*. Dr. Famille 2003, n° 29).

[336] Commentaire aux Petites Affiches, 28 février 2002, n°43, p. 21. Monsieur MASSIP cite une partie des motifs retenus par la Cour d'appel, qui a estimé que « l'institution de l'adoption avait pour objet de créer un lien de filiation et ne saurait avoir pour finalité de détourner les règles de la dévolution successorale et de la représentation en ligne directe ». V. également la note de Pierre MURAT, *précitée*. Monsieur BOULANGER, évoquant les décisions des juges du fond sur la question de l'adoption des petits enfants par les grands-parents, observe que « la plupart des arrêts de cours d'appels rendus sur ce sujet ont considéré que l'adoption … constituerait une sorte de détournement de l'adoption ». Note au D. 2002, J., p. 1097.

[337] Cour d'appel de Douai, 6 mars 2000 ; www.legifrance.gouv.fr, n° RG 1999/04595. Une grand-mère avait déposé une requête en adoption simple de son petit fils. La mère avait consenti à l'adoption de son fils (la Cour a relevé que la formalité était « superfétatoire » car l'intéressé était majeur), mais cela démontrait que la mère était informée de la procédure, « ce qui écarte tout soupçon de fraude ».

78. La doctrine rappelle que "le contexte familial ne constitue pas une fin de non recevoir à la démarche d'adoption, pour autant qu'un intérêt légitime anime les candidats."[338].
Mais en l'absence d'intérêt légitime, ou lorsque l'adoption sert, comme cela a été le cas dans l'affaire jugée par la Cour de cassation en 2001, à déshériter certains des petits-enfants[339], l'adoption n'est pas permise par les magistrats.
L'adoption sert aussi parfois de succédané au mariage, afin d'acquérir la nationalité française.

e) L'adoption pour acquérir la nationalité française

79. Ainsi, une décision est venue montrer que l'adoption, tout comme le mariage, pouvait être utilisée pour permettre à l'adopté d'acquérir la nationalité française[340]. La nationalité française peut en en effet s'acquérir de plusieurs façons, mais l'acquisition par filiation est, d'une certaine manière, depuis toujours, la voie « royale » pour devenir français[341]. Même si le législateur a pris des précautions, pour éviter que l'adoption ne soit précisément utilisée dans le but d'acquérir la nationalité française[342], la tentation a été grande, face au

---

[338] Dominique GRILLET-PONTON, *Le détournement fiscal de l'adoption simple : entre le cœur et la raison …*, Droit de la famille, janvier 1999, p. 6 et s. Cf., pour un exemple d'adoption entre frère et sœur, Cour d'appel de PARIS, 10 février 1998, Dr. Famille 1998, n°83, p. 14, note Pierre MURAT. Madame FENOUILLET estime que la jurisprudence se montre plus réservée s'agissant des adoptions « intrafamiliales » : "en l'absence de précision législative, elle semble plutôt réticente à prononcer l'adoption, que doivent justifier des circonstances exceptionnelles ; ainsi s'explique qu'elle procède à une appréciation concrète et globale, qui prend en compte toutes les circonstances du cas : âge des intéressés, conditions actuelles d'accueil de l'enfant … finalité poursuivie par la demande d'adoption (successorale, symbolique, de nom, d'autorité parentale …), …L'élément déterminant est bien souvent le contexte affectif réel : si le lien juridique se borne à habiller après coup un lien filial avéré en fait, la jurisprudence tendrait à prononcer l'adoption. Mais la finalité poursuivie pourra interférer avec le premier critère. (Dominique Fenouillet, *L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit*. Dr. Famille 2003, n° 29). V. *Droit de la famille*, sous la direction de Pierre MURAT, Dalloz Action, 2008, n°223 et s., p. 666 et s.

[339] Civ. 1ère, 16 octobre 2001 ; Bull. civ., I, n°256, p.162 ; D. 2002, J., p. 1097, note François BOULANGER ; Petites Affiches, 28 février 2002, n°43, p. 21, note J. MASSIP ; Defrénois 2002, art. 37478, n°6, p. 195 ; Droit de la famille 2002, n°41, note P. MURAT. Monsieur MURAT note qu' « Utiliser de surcroît l'adoption à des fins d'exhérédation partielle était manifestement aller au devant de difficultés … ».

[340] Pour des exemples de demandes d'adoption en vue d'éviter une expulsion du territoire français d'un étranger en situation irrégulière, cf. Cour d'appel de COLMAR, 2ème ch. Civ., sect. A, 7 mars 2002, RJPF 2003, 6/36, note Thierry GARE. Monsieur GARE relève que « la requérante était la tante par le sang de celui dont l'adoption était demandée ; l'enfant était majeur ; il se trouvait en situation irrégulière sur le territoire français. ». La Cour rappelle dans les motifs de la décision que "l'adoption a pour finalité de créer un lien de filiation entre l'adoptant et l'adopté.". Cf. Cour d'appel de PARIS, 6 février 1996, Dr. Famille 1996, n°8, obs. Pierre MURAT ; RTD civ. 1996, p. 377, obs. Jean HAUSER et Civ. 1ère, 14 mai 1996, Bull. civ., n°204 ; RTD civ. 1996, p. 597, obs. Jean HAUSER. Pour un exemple d'adoption par un homme âgé de son salarié, aide à domicile, qui n'avait pu rentrer et se maintenir en France, que grâce à l'existence de ce contrat de travail, Cour d'appel de PARIS, 6 février 1996, RTD civ. 1996, p. 377, obs. Jean HAUSER ; Dr. Famille 1996, n°8, obs. Pierre MURAT.

[341] C'est le premier mode d'acquisition de la nationalité qui est envisagé par la Code civil. Le Code contient un chapitre troisième, dans le titre un bis consacré à la nationalité française, intitulé « Des modes d'acquisition de la nationalité française ». Le paragraphe 1er de ce chapitre 3 concerne « l'acquisition de la nationalité française à raison de la filiation » et comporte un article unique, l'article 21, qui dispose : « L'adoption simple n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité de l'adopté ».

[342] L'article 21 du Code civil précité précise bien que l'adoption simple ne permet pas d'acquérir **de plein droit** la nationalité française. Si l'acquisition est possible, elle n'est pas automatique et est soumise à contrôle.

durcissement des conditions d'acquisition de la nationalité par mariage, de chercher refuge dans l'adoption. Evidemment, dans de tels cas, ainsi que le relève fort à propos Madame RUBELLIN-DEVICHI[343] "il ne s'agit pas de donner un enfant à une famille, ni même une famille à un enfant".

Une décision, illustrant ce nouveau rôle dévolu à l'adoption, est un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 24 septembre 1996[344]. Elle donne au juge pour mission de s'assurer que l'adoption n'est pas demandée dans un but étranger à l'institution.

La Cour rejette la demande en adoption simple faite en l'espèce, alors que "l'ensemble des éléments établit que le but essentiel de la demande est de permettre à l'adopté de nationalité étrangère d'obtenir un titre de séjour en France.".

80. Mais surtout, deux décisions de la Cour de cassation[345], que l'on peut certainement rattacher à la catégorie des adoptions pour acquérir la nationalité française, tant les faits sont pour le moins « troublants », suggèrent que la Cour de cassation pourrait être amenée à sanctionner de tels détournements de l'institution.

En effet par deux requêtes déposées le même jour, un homme marié, né en 1938, avait sollicité l'adoption simple d'un individu né en 1971, dont le consentement avait été recueilli par le Vice-consul de Fez, au Maroc, et d'un autre individu, né en 1957. Le demandeur à l'adoption avait formé un pourvoi en cassation contre les décisions de la Cour d'appel qui lui avaient refusé les deux adoptions, en raison du fait que le futur adoptant ne démontrait pas entretenir avec les futurs adoptés « une relation à caractère filial ».

La Cour de cassation confirme ces deux décisions, aux motifs « qu'après avoir rappelé à juste titre qu'il lui appartenait d'apprécier l'opportunité de l'adoption sollicitée en considération de l'intérêt de l'enfant et de la vie de famille, qu'elle pouvait la refuser si le but poursuivi constituait un détournement de l'institution et que la finalité de l'adoption résidait dans la création d'un lien de filiation, la cour d'appel a relevé que M. P…, qui avait précisé que M. R… , son beau-frère, vivait à l'étranger (1ère espèce) / S… ne vivait pas chez lui (2ème espèce), ne s'était pas exprimé sur les liens personnels qui les unissaient et qu'il ne justifiait, ni même n'alléguait dans ses écritures entretenir avec lui une relation à caractère filial … a souverainement déduit que sa requête devait être rejetée ».

---

[343] *Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption*, D. 1991, chron., p. 210.
[344] Jurisdata n°023275.
[345] Civ. 1ère, 25 janvier 2005. Gaz. Pal. 2005, Somm., 2784 ; www.legifrance.gouv.fr, n° de pourvois 01-12.108 et 01-12.109.

Le recours à la notion de détournement d'institution est validé par la haute juridiction, qui approuve[346] la Cour d'appel d'avoir rappelé qu'elle pouvait refuser de prononcer l'adoption « si le but poursuivi constituait un détournement d'institution ».

81. L'adoption viendrait-elle concurrencer le rôle que des candidats à la nationalité française ont essayé de faire jouer depuis de nombreuses années au mariage ?
Le recours aux adoptions « à tout faire »[347] a été tenté, non seulement dans le but d'acquérir la nationalité française, mais également comme moyen d'établir une paternité biologique.

f) L'adoption pour établir une paternité biologique

82. Dans une espèce, jugée en 2006[348], qui concernait une demande de révocation de l'adoption pour motifs graves, pour vice du consentement et comportement injurieux de l'adopté, la Cour de cassation confirme la décision des juges du fond. Ceux-ci, "après avoir constaté que M. Georges Y… avait sollicité l'adoption simple de M. Jean-Denis X… pour des motifs étrangers à ceux mentionnés dans sa requête en adoption et à la finalité de l'institution qui n'a pas pour objet d'établir une paternité biologique, ont considéré que "l'adoptant ne pouvait se prévaloir d'une fraude dont il était lui-même l'auteur pour solliciter la révocation de l'adoption.
La position prise en 1991[349], à propos de l'affaire de l'adoption utilisée pour faire échec à la législation sur les baux ruraux est réaffirmée, car la formule utilisée par la Cour en 2006 est identique en tous points à celle de 1991.
C'est aussi dans les années 1990 que l'institution du mariage, que l'on a pu qualifier de « berceau » de la notion de détournement d'institution, a enfin vu reconnaître l'existence de détournements en tant que tels.

B – Le détournement d'institution et le mariage

83. La doctrine[350] avait, à plusieurs reprises, utilisé l'expression de «détournement d'institution» pour caractériser les utilisations du mariage effectuées en vue d'un "effet secondaire du mariage étranger aux buts de l'institution".[351]

---

[346] « après avoir rappelé à juste titre ».
[347] Pour reprendre l'expression de Monsieur HAUSER.
[348] Cf. *supra*, note 319 : Civ. 1ère 28 février 2006, Bull. civ. 2006, I, n°125, p. 114.
[349] Cf. Civ., 1 ère 19 novembre 1991, Petites Affiches, 29 juillet 1992, n°91, p. 37, note J. MASSIP.

La consécration de la qualification de « détournement d'institution » est venue, non pas des juridictions civiles, mais de la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 juin 1993[352].

Dans cette affaire, un ressortissant guinéen, sur le point d'être expulsé, alors qu'il n'avait pas de titre de séjour, avait contracté mariage avec une française. Il était établi que le mariage n'avait d'autre but que de procurer un titre de séjour au mari, afin qu'il puisse continuer à séjourner en France.

Le prévenu était poursuivi dans le cadre des dispositions de l'ordonnance du 2 novembre 1945 pour délit d'obtention indue de documents administratifs et de séjour irrégulier en France (article 154 du Code pénal ancien[353]).

La Cour d'appel de Versailles avait déclaré le mari coupable du délit qui lui était reproché en retenant "qu'un mariage blanc car simulé est un mariage dépourvu de consentement réel, les conjoints n'ayant en réalité jamais consenti à une communauté de vie et s'étant seulement prêtés, par une mise en scène, à la cérémonie du mariage en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale".

La Cour de cassation approuve la Cour d'appel dans son raisonnement et valide l'indication donnée sur la nature du processus juridique en cause en précisant : "qu'elle retient que, grâce à ce moyen frauduleux *ayant consisté en un détournement de l'institution du mariage*,[354] K. s'est procuré des documents administratifs lui permettant de séjourner en France".

84. La jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation a été confirmée par plusieurs décisions de la Cour d'appel de Rouen, rendue à propos de la même affaire[355], dans

[350] Notamment I. CORPART-OULERICH, *De l'intention matrimoniale ou le mariage était en blanc*, Gaz. Pal. 21 octobre 1993, Doct., 1257 ; note VAUVILLE sous Civ. 1ère, 26 juin 1990, JCP 1991, II, 21688, p. 213 et références citées au cours des développements précédents.

[351] Le mot institution doit être pris ici au sens de « corps de règles ayant une finalité commune », ce qui a pour résultat d'éviter d'avoir à prendre parti sur l'ancienne querelle du mariage-contrat ou du mariage-institution ; le mot institution étant alors pris dans son premier sens d'"éléments constituant la structure juridique de la réalité sociale ; ensemble des mécanismes et structures juridiques encadrant les conduites au sein d'une collectivité".(V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, précité.).

[352] Lexilaser Cassation, pourvoi n°92-84.036.

[353] « Quiconque se sera fait délivrer indûment ou aura tenté de se faire délivrer indûment un des documents prévus en l'article précédent, soit en faisant de fausses déclarations, soit en prenant un faux nom ou une fausse qualité, soit en fournissant de faux renseignements, certificats ou attestations, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 500 F à 15.000 F.

Les mêmes peines seront appliquées à celui qui aura fait usage d'un tel document, soit obtenu dans les conditions susdites, soit établi sous un autre nom que le sien ». Cf. articles 441-6, 441-9, 441-10 et 441-11 du Code pénal.

[354] C'est nous qui soulignons.

[355] Cour d'appel de Rouen, Chambre de l'instruction, 5 janvier, 16 février et 9 mars 2006 ; www.legifrance.gouv.fr, n° 2005/00817, n° 2006/00067, 2006/00132.

laquelle une ressortissante de nationalité marocaine, qui était mise en examen du chef d'organisation de mariage frauduleux[356], avait été placée sous mandat de dépôt et écrouée.
Pour rejeter les différentes demandes de mise en liberté présentées par la personne mise en examen, la Chambre de l'instruction a notamment retenu, que "l'ordre public est perturbé d'un trouble exceptionnel et persistant par ces faits en ce qu'ils portent sur un détournement de l'institution du mariage à seule fin de résider régulièrement sur le territoire français"[357].

85. Evidemment, la décision concernait des dispositions de droit pénal et présente de ce fait, une autonomie certaine par rapport aux décisions rendues en matière civile[358].
En matière civile, précisément, la jurisprudence récente tourne toujours autour de la notion[359], mais sans oser l'utiliser et réaffirme le fondement de l'article 146 du Code civil pour

[356] Article L 623-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile : « Le fait de contracter un mariage ou de reconnaître un enfant aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 Euros d'amende.
Ces mêmes peines sont applicables en cas d'organisation ou de tentative d'organisation d'un mariage ou d'une reconnaissance d'enfant aux mêmes fins.
Elles sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 750 000 Euros d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée ».
[357] Cf. l'article 144 du Code de procédure pénale, qui dispose que « La détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs suivants et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire :
1° Conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité ;
2° Empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ;
3° Empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices ;
4° Protéger la personne mise en examen ;
5° Garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice ;
6° Mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement ;
7° Mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé. Ce trouble ne peut résulter du seul retentissement médiatique de l'affaire. ». Ce texte, issu de la loi 2007-291 du 5 mars 2007, a conservé la même règle, qui se trouvait antérieurement au 3°de l'article 144.
[358] C'est d'ailleurs un petit peu ce que soutenait le mari «simulateur» dans cette affaire, qui faisait valoir que l'annulation du mariage blanc aurait dû constituer un préalable aux poursuites.
La Cour d'appel répond que "l'annulation du mariage contesté ne saurait constituer un préalable aux poursuites, la constatation des infractions commises n'impliquant aucunement qu'il soit d'abord statué sur l'irrégularité de la convention critiquée". Et en effet, il est constant en jurisprudence que les questions de nullité du mariage ne constituent pas "une exception préjudicielle devant nécessairement être soumises à une juridiction civile". V. note DOUCET à la Gazette du Palais du 20 mars 1993, sous Crim. 5 octobre 1992 et références citées. Cf. Crim. 5 octobre 1993, Lexilaser cassation, pourvoi n°92-85.770 : "la validité du mariage ne constituant pas une exception préjudicielle au jugement, il [les juges du fond] leur appartenait seulement de rechercher si, pour obtenir la délivrance du récépissé, le prévenu n'avait pas contracté un mariage simulé".
[359] Les formules retenues par la jurisprudence sont pourtant caractéristiques de la notion de détournement d'institution : il s'agit « de se marier dans un but étranger à l'institution matrimoniale » (Cour d'appel de Douai, 14 janvier 2008, n° RG 06/6780, www.legifrance.gouv.fr., Cour d'appel de Versailles, 9 mars 2006, n° RG 149, www.legifrance.gouv.fr.; Cour d'appel d'Agen, 22 février et 26 avril 2006, www.legifrance.gouv.fr.); ou parce que l'épouse « était animée d'une motivation étrangère aux buts du mariage » (Cour d'appel de Colmar, 11 janvier 2007, n° RG 05/03689, www.legifrance.gouv.fr.,). La Cour de cassation retient des formules similaires : « mariage contracté dans un but totalement étranger à son institution » (Civ. 1ère 12 novembre 1998, pourvoi n°96-19701, www.legifrance.gouv.fr.; Civ. 7 juin 2006, n° de pourvoi 05-15679, www.legifrance.gouv.fr.), ou « le but par elle poursuivi était, de manière exclusive, étranger à la finalité du mariage » (Civ. 1ère 6 juillet 2000,

prononcer la nullité du mariage. C'est le cas par exemple d'une décision de la Cour d'appel de Versailles du 8 juillet 2005[360].

Il s'agissait en l'espèce d'un mariage-provocation[361], dans le sens où il concernait un transsexuel homme-femme qui voulait épouser un homme, et les futurs époux ne cachaient pas leur « activisme et leur militantisme pour la cause des lesbiennes et des homosexuels »[362].

La Cour estime qu'en l'espèce, "la revendication affichée par Bénito L… de sa féminité alliée à sa détermination de se marier sous l'identité d'usage de Monica et non sa véritable identité confinant à la provocation et témoignant d'une inspiration essentiellement militante que relaie vigoureusement Camille B… font que l'intention matrimoniale alléguée n'est pas conforme à ce qu'induit l'institution matrimoniale du mariage en l'état du droit positif".

Le « but étranger à l'institution », ou l'absence de conformité à « l'institution matrimoniale du mariage », renvoient sans nul doute au « détournement d'institution ».

Mais la Cour explique aussi, préalablement, comment le détournement d'institution s'articule avec le défaut de consentement au mariage, visé par l'article 146 du Code civil : "la véritable intention matrimoniale sans laquelle il n'y a point de consentement valable s'entend de la volonté de fonder une union librement consentie en s'obligeant mutuellement aux devoirs et obligations que le mariage induit entre l'homme et la femme qui le contractent, et que la recherche au travers du mariage d'un but étranger à l'institution équivaut à un défaut de consentement". Le détournement d'institution est assimilé à un défaut de consentement, au sens de l'article 146 du Code civil, ce qui conduit soit au prononcé de la nullité du mariage, soit comme en l'espèce, au refus de donner la mainlevée de l'opposition faite par le Parquet.

L'adage « *pas de nullités sans texte* » pourrait certainement permettre d'expliquer l'attitude de la jurisprudence en l'espèce[363] et sa timidité à viser la nullité des mariages sur le seul fondement du détournement d'institution. Le législateur a eu, en ce qui le concerne, moins d'états d'âmes, puisqu'il a, à l'occasion de la loi 2003-1119 du 26 novembre 2003[364],

n° de pourvoi 98-10462, www.legifrance.gouv.fr.), ou encore « n'avait pas eu l'intention de créer un foyer au sens de l'institution matrimoniale (Civ. 1ère 22 novembre 2005, Bull. civ., I, n°442, p. 369).

[360] Cour d'appel de Versailles, 1ère ch., 8 juillet 2005 ; D. 2006, J., n°11, p. 772, note V. BONNET.

[361] Voir la note de V. BONNET, précitée.

[362] D'ailleurs, le futur « mari » avait déclaré vouloir se marier sous le prénom de « Monica ».
Le Procureur de la République avait fait opposition au mariage et le futur « mari » avait saisi le tribunal de grande instance d'une demande en mainlevée de l'opposition. Sur la question du mariage homosexuel, cf. Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille,* par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°171 et s., p. 90 et s.
Les premiers juges ayant confirmé l'opposition, la Cour d'appel de Versailles a été saisie par le « futur » mari.

[363] Cf. *infra*, sanction et fondement du détournement d'institution, p. 239 et s.

[364] J.O. 27 novembre 2003, p. 2018, cité par Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 239. Sur l'évolution de la législation, cf. François TERRE, Dominique FENOUILLET, Droit civil. Les Personnes, la Famille, les Incapacités, 7ème éd. 2005, Précis Dalloz, n°362, p. 332.

consacré la notion de « détournement d'institution », en indiquant que la loi visait à « éviter un détournement de l'institution du mariage ».
Le mariage est donc bien un terrain fertile pour la notion de « détournement d'institution ».

86. Une autre institution du droit de la famille s'est avérée être la cible de détournements. En effet, la fermeté manifestée tant par la Cour de cassation, que par le législateur, en matière de détournements d'adoption, dans le cadre de maternités de substitution, n'a pas eu raison du comportement de couples en mal d'enfant, qui, ne trouvant pas en France des réponses à leurs demandes, se sont alors tourné vers des pays où la législation admet la pratique des mères porteuses, comme par exemple les Etats-Unis.
Tout n'a pas été résolu pour autant pour ces couples qui, certes, ont obtenu l'enfant qu'ils étaient venus chercher, mais qui se sont heurté à leur retour en France à la prohibition des maternités de substitution.
La difficulté à contourner est toujours la même que celle qui a donné lieu à la jurisprudence de la Cour de cassation : l'enfant a juridiquement un père, mais n'a pas de mère. Comment faire pour que l'enfant puisse également être rattaché à l'épouse du père ?
La voie de l'adoption étant verrouillée, certains couples non mariés, habilement conseillés, ont alors songé à avoir recours à la reconnaissance.

C – Le détournement d'institution et la reconnaissance

87. La reconnaissance est prévue par l'article 316 du Code civil. Elle consiste en une "libre démarche par laquelle l'homme ou la femme affirme sa paternité ou sa maternité autant qu'il la reconnaît"[365]. Il s'agit d'un mode d'établissement de la filiation naturelle.
Il s'agit incontestablement d'une institution juridique, qui a été organisée par plusieurs dispositions du Code civil, mais aussi grâce au travail de la jurisprudence[366].
Dans une espèce, la reconnaissance[367] a été utilisée par une concubine, afin de tenter d'obtenir la création d'un lien de filiation avec l'enfant, issu d'une maternité de substitution.

---

[365] Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille,* par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°1172, p. 464. La reconnaissance est traditionnellement définie comme "l'acte volontaire par lequel un parent déclare être l'auteur de l'enfant et vouloir établir le lien de filiation." (Alain BENABENT, *Droit civil. La famille*. 10ème éd., Litec, 2001, n°669 et s., p. 376 et s.).
[366] Elle est organisée par plusieurs dispositions du Code civil actuel que sont les articles 62 et 62-1, 310-3, 317, 332 et suivants du Code civil. C'est un acte juridique (Cf. A. BENABENT, précité), mais c'est aussi et surtout une institution juridique, au même titre et pour les mêmes raisons que la possession d'état. Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille,* par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, *précité*. Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille,* par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°1171 et s., p. 464 et s.

La jurisprudence là aussi, s'est montrée très ferme, en estimant qu'il y avait "détournement des règles de la filiation maternelle"[368].

Dans une autre espèce, il avait été établi que la reconnaissance de deux enfants, effectuée par l'ex-concubin, n'avait d'autre but que de nuire à la mère. Le père savait, en effet, pertinemment que les enfants n'étaient pas les siens et ne les avait pas reconnus pendant les cinq années de vie commune passées avec la mère, obligeant celle-ci à agir en contestation[369]. Monsieur HAUSER[370] a estimé qu'on était en l'espèce en présence d'un « détournement de reconnaissance ».

Une autre décision a estimé qu'une "reconnaissance détournée de son objet portait manifestement atteinte à l'ordre public"[371]. La formule utilisée correspond, sans aucun doute, à la notion de détournement d'institution.

[367] Cour d'appel de Rennes, 6ème ch., 4 juillet 2002 (trois arrêts), D. 2002, p. 2902 ; Droit de la famille 2002, n°142, p. 16, note Pierre MURAT. Comp. obs. Jean HAUSER, sous Civ. 1ère 16 février 1999, RTD civ. 1999, n°22, p. 372. V. pour la possession d'état, *infra*, Domaines du détournement d'institution, p. 173 et s. En fait le même raisonnement pour la qualification d'institution peut être retenu pour la possession d'état et la reconnaissance. En effet, ces deux institutions ont pour point commun d'être des modes d'établissement de la filiation, et avant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 qui a réformé le droit de la filiation, elles constituaient des modes d'établissement de la filiation naturelle (article 334-8 du Code civil (ancien) et articles 310-3, 316 et 317 du Code civil issus de l'ordonnance 2005-759 du 4 juillet 2005).

[368] Voir Cour d'appel de Rennes, 6ème ch., 4 juillet 2002 (trois arrêts), D. 2002, p. 2902 ; Droit de la famille 2002, n°142, p. 16, note Pierre MURAT. La Cour d'appel estime « qu'en se rendant en Californie pour y souscrire sciemment, en violation de la loi française, une convention sur la gestation tendant à l'abandon du ou des enfants par leur mère aux fins de se voir désignés par l'état civil comme père et mère des enfants, issus des opérations et de l'exécution du contrat, pour ensuite les reconnaître en France les consorts C… ont violé les principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituant un détournement des règles de la filiation maternelle et ayant pour objet d'éviter de procéder à une adoption prohibée … » Comp. cependant Cour d'appel de VERSAILLES, 17 mai 2001, n°RG 1998-3717 ; www.legifrance.gouv.fr. En l'espèce, le ministère public soupçonnait une « fraude à l'adoption », car la mère de l'enfant avait accouché sous X, puis l'enfant avait été reconnu par un homme marié. L'enfant était élevée depuis sa naissance au foyer du père et de son épouse. L'épouse avait entamé une procédure d'adoption plénière de l'enfant. Le ministère public avait alors saisi le tribunal d'une contestation de la reconnaissance, sur le fondement de l'article 339 du Code civil. L'article 339, alors applicable à l'époque, prévoyait dans son alinéa 2 que « L'action est aussi ouverte au ministère public, si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable la filiation déclarée. Elle lui est également ouverte lorsque la reconnaissance est effectuée en fraude des règles régissant l'adoption. ». (L'ordonnance 2005-759 du 4 juillet 2005 a remplacé ce texte par l'article 336, qui dispose « La filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi »). L'action du ministère public a été rejetée tant en première instance qu'en appel, les juges ont estimé qu'elle était irrecevable car le ministère public ne rapportait pas la preuve du caractère mensonger de la reconnaissance. En l'espèce, il ne faisait aucun doute dans l'esprit du ministère public, et au vu des circonstances que l'enfant était né d'une mère porteuse, mais la Cour d'appel considère que « tous ces faits, pris séparément ou ensemble, ne constituent pas des éléments suffisants à étayer l'allégation de fraude aux règles régissant les lois de l'adoption. La Cour écarte les divers arguments du Parquet : « le fait que Monsieur X. n'ait pas eu d'enfant né de ses deux mariages ne renferme pas la preuve de son incapacité à procréer … que l'accouchement sous X étant licite, il ne saurait en être tiré l'existence d'une présomption de fraude, dès lors que la clandestinité de cette maternité peut trouver sa justification dans la situation d'homme marié du père, que les pièces administratives produites aux débats attestent de la présence de monsieur X... lors de la naissance qu'il a personnellement déclarée à la mairie du 16ème arrondissement, qu'il a reconnu l'enfant le même jour, que le fait pour madame X... d'avoir accueilli l'enfant dès sa naissance n'est pas nécessairement suspect si l'on considère que la mère biologique avait manifesté sa décision d'abandon en accouchant sous X et que l'enfant ne se trouvait avoir de filiation qu'avec son époux, que le père s'est soumis au test de compatibilité sanguine, qui conclut à la totale compatibilité , le médecin précisant que les examens sont tout à fait en faveur de sa paternité ».

[369] Cour d'appel de PAU, 13 février 1995, RTD civ. 1996, p. 376, obs. Jean HAUSER.

[370] Réf. précitées.

88. D'autres tentatives ont été faites avec la possession d'état, sur les suggestions de la doctrine[372], mais la jurisprudence s'est montrée vigilante[373].

La difficulté concerne en fait les enfants nés de mère porteuse à l'étranger, pour lesquels, en l'état de la prohibition du recours aux mères porteuses en France, se pose la question de la reconnaissance, en France, de leur filiation. Toute la question est alors de savoir si on doit faire produire des effets juridiques au recours aux mères porteuses prohibé, ce qui risque en fait de vider de sa substance l'interdiction édictée, ou s'il faut refuser tout effet juridique à ces situations, afin de décourager les fraudes[374] …

89. L'étude de l'émergence du détournement d'institution a permis de montrer l'existence d'une nouvelle notion juridique, qui s'est d'abord, petit à petit, dégagée de la doctrine relative à l'abus de droit, et dont la jurisprudence s'est emparée, pour appréhender un phénomène consistant à détourner une institution de sa finalité. Précisément, il convient maintenant de circonscrire le détournement d'institution, en le définissant et en examinant les domaines dans lesquels il peut trouver vocation à s'appliquer.

[371] TGI de PARIS, 1er mars 1994, citée par Sylvie BERNIGAUD, Les diverses filiations et les reconnaissances mensongères, Petites affiches, 3 mai 1995, n°53, p. 97, spéc. p. 99.
[372] V. note Pierre MURAT, sous Cour d'appel de RENNES, 4 juillet 2002 ; Droit de la famille 2002, n°142, p. 16.
[373] Cf. *infra*, domaines du détournement d'institution, p. 173.
[374] Sur ces questions et les solutions proposées, cf. étude du Conseil d'Etat du 6 mai 2009, La révision des lois de bioéthique, p. 50 et s.

Chapitre II : Définition et domaine du détournement d'institution

90. La notion de détournement d'institution est le fruit d'une évolution récente, qui a pris sa source dans les travaux de la doctrine du début du XXème siècle sur l'abus de droit.
Or, il ressort de l'examen des écrits qui ont mis en lumière le détournement d'institution qu'une identité de vue se dégage quant à la conception de la notion.
Le même constat peut être dressé s'agissant de l'étude de la jurisprudence qui a procédé à l'utilisation de la notion.
Si l'on rapproche les formules proposées de part et d'autre par la doctrine et la jurisprudence, force est de constater qu'une identité de vue se dégage autour du concept.
Pour la doctrine, en effet, le détournement d'institution consiste dans l'utilisation du mécanisme « en violation de l'esprit de l'institution », ou « dans une direction autre que la direction légale »[375], mais encore dans l'utilisation d'une institution « en vue d'un objet et d'un résultat étranger » à la finalité de celle-ci[376].
Pour la jurisprudence, le détournement d'institution correspond à l'utilisation d'une institution « en vue d'un objet et d'un résultat particulier étranger »[377] à celle-ci, à « détourner à des fins particulières une institution »[378], ou à « détourner l'institution de sa finalité ou de son esprit (ou encore de son véritable objet) »[379].

91. Le rapprochement des formules utilisées tant par la doctrine, que par la jurisprudence, d'avec les définitions des notions de détournement et d'institution[380], desquelles il ressort que le détournement se caractérise par le fait que l'action engagée ou l'utilisation d'un mécanisme était totalement étrangère au but (ou à la finalité de l'action ou du mécanisme en question), et que les institutions juridiques sont des ensembles de règles relatives à un même objet, constituant un tout ordonné autour d'une finalité, et qui s'imposent aux sujets de droit, est très révélateur.

---

[375] Cf. *infra*, p. 138 et s. Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 2ème éd., Dalloz, 1939, n°17, p. 22, précité.
[376] Cf. *supra*, Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Le mariage "simulé"*. RTD civ. 1960, p. 217 et s., précité.
[377] Cf. Tribunal civil de la Seine, 7 janvier 1948, cité *supra*, jurisprudence sur les « mariages blancs », p. 47.
[378] Cf. Soc. 17 décembre 1975, citée *supra*, jurisprudence sur les délégués syndicaux, p. 52.
[379] Cf. Civ. 1ère 7 mars 1989, citée *supra*, jurisprudence sur l'adoption, Introduction, p. 12.
[380] Cf. *infra*, 138.

Il permet d'affirmer que **le détournement d'institution peut être défini comme l'utilisation d'une institution juridique contrairement à sa finalité (ou dans un but totalement étranger avec sa finalité)[381].**

Il s'agit ainsi, avec le détournement d'institution, d'éviter le fractionnement des effets d'une institution légalement indivisible[382].

92. Dans le détournement d'institution, le but immédiat de l'utilisateur de l'institution est de bénéficier des règles ou du statut conféré par l'institution, mais sans adhérer complètement à l'esprit desdites règles, ni poursuivre la finalité de l'institution. L'utilisateur cherche en réalité à dissocier les règles de l'esprit qui les fédèrent : soit il ne recherche que les effets de l'institution, soit il n'en poursuit pas la finalité[383]. Les motifs de cette opération peuvent alors être l'intention de nuire (adoption dans le but de couper l'enfant de ses grands-parents), la création d'un lien de couple non consacré par le droit (adoption entre homosexuels), obtenir grâce au mariage un titre de séjour ou la nationalité française (mariages « blancs ») ...

Le juge va tenir compte des motifs poursuivis par l'utilisateur de l'institution, en ce qu'ils vont être le révélateur de l'absence de conformité à la finalité de l'institution. Lorsque la Cour de cassation affirme que l'adoption « a pour but de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu »[384], elle indique ce faisant qu'elle entend vérifier que c'est bien pour cette raison que des parents entreprennent les démarches de l'adoption, et non pas pour d'autres motifs « étrangers à l'institution »[385].

Après avoir défini le détournement d'institution (Section I), il conviendra de se pencher sur les domaines possibles qui peuvent être les siens (Section II).

SECTION I : DEFINITION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

SECTION II : LES DOMAINES POSSIBLES DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

---

[381] Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 241 : "Le « détournement d'institution » désigne en effet, en doctrine comme en jurisprudence, le procédé consistant à utiliser une institution-objet hors de sa destination, en la déviant de cette destination.". Comp. Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°520, p. 520 : "S'il y a détournement d'institution dès que l'institution est employée à une autre fin que sa fin légale …".

[382] Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Le mariage "simulé"*, précité, p. 247.

[383] J. P. GRIDEL, note au D. 1995, chron., p. 275 ; A propos de la nullité des conventions de mères porteuses : "cette nullité ne rend inefficace que les effets recherchés par les parties au mépris des règles régissant, à un titre ou à un autre, la filiation ou l'état.".

[384] Cf. *supra*, Emergence jurisprudentielle, p. 68.

[385] Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 241.

SECTION I : DEFINITION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

93. Le détournement d'institution est donc caractérisé par le « détournement de finalité d'une institution juridique »[386].

L'expression de « détournement d'institution », qui constitue d'un point de vue linguistique, une « composition binaire à cheville »[387] présente une caractéristique, commune à ce genre de phénomènes[388], de dépasser, sur le plan de la définition, la simple juxtaposition des sens des unités formant le composé, pour former "une nouvelle unité sémantique"[389].

L'existence de significations propre à chacun des vocables, formant de telles compositions de termes juridiques, est constante et tel est précisément le cas pour les « éléments constitutifs »[390] de l'expression de « détournement d'institution »

Or l'étude séparée des notions d'« institution » et de « détournement » permet de confirmer, si besoin était, la définition du concept de « détournement d'institution ».

La stricte logique aurait dû conduire à commencer par présenter la notion de « détournement », avant celle d'« institution ».

Mais en réalité, pour comprendre en quoi une institution peut être détournée de son objet ou de sa finalité, il est d'abord nécessaire de commencer par cerner ce qu'est une institution juridique (§1). Ensuite il devient beaucoup plus facile de s'attacher à son détournement (§2) …

§1- L'institution juridique

94. La jurisprudence consacrant l'existence de détournements d'institutions ne donne à aucun moment de définition de ce qu'est une institution, elle précise seulement que telle ou telle « notion » sont des institutions (l'adoption, le mariage, le délégué syndical), lesquelles ne doivent pas être détournées de leur finalité.

Si l'on s'intéresse au sens du mot « institution » dans le langage courant, il faut constater que le dictionnaire LITTRE ne propose pas moins de six significations possibles[391], le terme

---

[386] Cf. *supra*, Définition du détournement d'institution, p. 92 et s. Le «détournement de finalité d'une institution juridique» n'est pas une notion inconnue du droit civil, puisqu'elle est apparue à de nombreuses reprises, sous la plume d'auteurs ayant procédé à l'étude du mécanisme de l'abus de droit.

[387] Cf. Introduction.

[388] Gérard CORNU, *Linguistique juridique*, 3ème éd., Montchrétien, 2005, n°33, p. 168.

[389] *Ibid.*

[390] pour emprunter une notion chère aux pénalistes.

[391] « 1. Action par laquelle on institue, on établit ...

2. Tout ce qui est inventé et établi par les hommes, en opposition à ce qui est de nature ...

3. La chose instituée. Les hôpitaux, les écoles, les caisses d'épargne, sont des institutions utiles ... Dans le langage de la politique, les institutions, les lois fondamentales qui régissent un Etat.

4. Terme de jurisprudence. Institution d'héritier... Institution contractuelle ...

5. Terme de droit canon ...

«institution» présentant également un sens particulier pour les historiens et les sociologues[392], sans oublier non plus les philosophes[393].

Pourtant, la richesse apparente de la notion n'est pas un véritable obstacle sur le plan juridique, même si à aucun moment les magistrats n'ont précisé quelle signification du mot « institution » devait être retenue. La raison tient au fait que la notion d'institution est, en droit, une notion unique (A).

Cependant, elle présente diverses facettes et appliquée au détournement d'institution, force est de constater que la signification à réserver à ce mot, prend un tour plus particulier, où l'importance de la finalité est fondamentale (B).

A- Institution et institution juridique[394]

95. En droit, il existe aussi une indéniable richesse de la notion d'institution[395], certains auteurs[396] n'ayant pas hésité à qualifier l'institution de « Protée insaisissable »[397].

6. Ecole, maison d'éducation. Ouvrir, établir, tenir une institution ».

[392] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4e éd., Dalloz, 2003, n°165, p. 194 : "Pour les historiens, il s'agit de la description de phénomènes sociaux tels qu'ils se sont manifestés et développés dans le passé d'une société donnée et qui relèvent à la fois du droit et des mœurs : ils étudient les classes sociales, la famille, l'Etat, l'Eglise ,l'économie ... comme l'expression d'une époque et de l'évolution d'une civilisation.
Les sociologues observent les faits sociaux humains dans leur ensemble. Le droit leur apparaît comme une institution sociale et les institutions désignent pour eux des groupements humains organisés selon les règles qu'ils secrètent et qu'ils imposent à leurs membres par voie d'autorité."

[393] Pour un étude de l'évolution des idées en la matière v. André DESQUEYRAT, *L'institution, le droit objectif et la technique positive*, thèse, Sirey, 1933, p. 7 et s.

[394] L'utilisation de la majuscule a été le moyen pour la doctrine de distinguer l'institution-organe ou organisme d'HAURIOU et de ses partisans, de l'institution-corps de règles des privatistes. Cf. *infra*. D'autres auteurs distinguent l'institution « au sens propre » et l'institution « au sens figuré », cf. Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. de la 2ème éd. Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT, Dalloz, 1975, p. 25/26.

[395] De fait, le Vocabulaire juridique de Gérard CORNU ne donne en effet pas moins de six sens différents du mot "institution" (8e éd. Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 499).
Il faut rechercher, parmi les diverses significations du mot évoquées par l'auteur, quelles sont celles qui se rapprochent le plus de l'institution objet de détournement.
Peuvent, en premier lieu, être exclue de la recherche plusieurs des significations proposées par CORNU, qui ne présentent pas de lien suffisant avec le détournement d'institution tel qu'il ressort de la jurisprudence. Par exemple, l'hypothèse dans laquelle le terme d'institution est complété par un adjectif qualificatif, plus concrètement en ce qui concerne l'institution contractuelle ou l'institution corporative etc. En effet, dans cette hypothèse, la définition des concepts est par trop spécialisée pour pouvoir être retenue comme élément caractéristique du détournement d'institution. Les définitions quatre et cinq évoquent l'"Action d'instituer, fait de créer et résultat de cette création. Ex. «instituer» un pays signifie au XVIII e siècle lui donner une constitution" puis la définition suivante : "Collectivité humaine organisée en vue de la réalisation d'une fin supérieure et au sein de laquelle les individus acceptent ou subissent l'existence d'une autorité commune. Ex. l'Etat. V. organe, organisme, corporation". Elles ne semblent pas non plus s'adapter à l'hypothèse du détournement d'institution, puisqu'il est question dans cette hypothèse d'une création, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il s'agit de détournement. Il y est plutôt question de la mauvaise utilisation de l'objet ou de la chose détournée, et s'agissant de la cinquième, l'institution visée dans le détournement n'est certainement pas une collectivité humaine, mais plutôt un mécanisme juridique (l'adoption, le mariage).
Par contre, deux propositions méritent un examen plus attentif :
Par exemple : "ensemble des mécanismes et structures juridiques encadrant les conduites au sein d'une collectivité ; on parle ainsi de l'histoire des institutions (par opposition à l'histoire des événements ou à l'histoire des mentalités). Ex. les institutions de la Ve République, le mariage, la propriété, le contrat, l'entreprise,

Malgré la diversité des significations proposées, il apparaît que la notion d'institution est une notion unique[398] ; les institutions "correspondent alors à toute construction juridique

institutions fondamentales des sociétés individualistes et libérales", ou encore "par opposition à une règle de droit particulière, ensemble de règles concernant un même objet. Ex. l'institution de la tutelle, v. corps de règles". Reste enfin un sixième sens, faisant état de la théorie d'Hauriou : "réalité que constitue soit un organisme existant (ex. un établissement administratif) lorsque s'y dégagent la conscience d'une mission et la volonté de la remplir en agissant comme une personne morale, soit une création lorsque le fondateur, découvrant l'idée d'une œuvre à réaliser, entreprend cette réalisation en suscitant une communauté d'adhérents, ou encore, organisation sociale établie en relation avec l'ordre général des choses dont la permanence est assurée par un équilibre de forces ou par une séparation des pouvoirs et qui constitue par elle-même un état de droit ... en droit privé, théorie surtout utilisée pour rendre compte du phénomène de la personnalité morale (société, association, fondation, syndicats) et qui, par contraste avec les instruments techniques habituellement utilisés (contrat, obligation, etc.), se caractérise par l'accent mis sur le facteur de durée ...".

[396] J. T. DELOS, *La théorie de l'institution. La solution réaliste du Problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif*, Arch. Phil. Droit 1931, p. 97 et s., p. 97 : "L'Institution fait encore aujourd'hui figure de Protée insaisissable … Institutions, la famille et le mariage, les Eglises et la Société des Nations … Tant d'aspects divers ne sont pas sans incommoder, voire décourager, les esprits les moins prévenus.". V. également, Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°164, p. 193. Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 5. Jacques CHEVALLIER *L'analyse institutionnelle, in L'institution (ouvrage collectif)*, PUF, 1981, p. 6. René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1ère série, Panorama des mutations, 3ème éd., Dalloz, 1964, n°95, p. 10.

[397] Jacques CHEVALLIER explique par exemple dans un article intitulé "L'analyse institutionnelle" que "largement utilisé dans les domaines les plus divers des sciences sociales, le concept d'institution semble en effet avoir perdu en compréhension ce qu'il a gagné en extension ... devenu fuyant et insaisissable, il est, comme le souligne justement R. LOURAU «polysémique, équivoque, problématique» : non seulement le sens qui lui est donné varie d'une discipline à l'autre, mais encore il désigne des réalités différentes, sans que sa véritable portée apparaisse pour autant clairement"(*in L'institution* (ouvrage collectif), PUF, 1981, p. 6. – Cf. également J.T DELOS, *La Théorie de l'institution. La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif*, APD, 1931, p.97 déjà frappé à l'époque par la difficulté de la notion. – Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p.5. – René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. 1ère série. Panorama des mutations*, 3e éd., Dalloz, 1964, n°95, p. 110. – Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale de droit*, 4e éd., Dalloz, 2003, n°164, p. 193).

[398] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, p.194, section I. V. également André DESQUEYRAT, *thèse précitée*, p. 161. Certains auteurs ont même été jusqu'à nier l'intérêt de la distinction d'HAURIOU et de ses disciples entre les institutions-personnes et les institutions-choses : "Il n'y a pas lieu d'attacher grande importance à cette distinction. Certes, l'idée directrice d'un *groupe* diffère de celle d'une loi, mais en quoi ? L'une exprime le but final du groupe comme tel ; l'autre un but par lequel le groupe se donnera une partie de son ordre interne, une de ses «formes»" (J. T. DELOS, *Les buts du droit : bien commun, sécurité, justice*. 3ème annuaire de l'institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1938, p. 36). L'élargissement ainsi réalisé par HAURIOU a été vivement contesté par d'autres auteurs, emmenés par Julien BONNECASE, qui a stigmatisé ceux qu'il a appelé les «prophètes de l'Institution». Il leur a reproché de jeter "*en vrac* dans le cadre de l'institution toutes sortes de notions qui doivent être distinguées et séparées les unes des autres : la personnalité morale, l'indivision, la copropriété, l'universalité de fait, l'universalité de droit, la famille considérée comme entité *organique*" (*La science du droit civil. Considérations sur son état présent*, Rev. Gén. Droit 1931, p. 175 ; Gabriel MARTY, Gabriel MARTY, *La théorie de l'Institution*, Annales Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse, T. XVI, fasc. 2, 1968, p. 42 ; Claude DUPASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 3e éd., Delachaux et Niestlé SA, 1948, n°279, p. 257 ; Jean BRETHE DE LA GRESSAYE, Recueil Dalloz, 1973 , v. Institution, n°2). V également, Georges RENARD, *La théorie de l'Institution*, note 1, p. 31 ; Jean DABIN, *Théorie générale du Droit*, nouvelle éd., Dalloz, 1969, n°85, p. 99.

BONNECASE estimait que l'institution devait être entendue au sens technique où IHERING l'avait définie, à savoir comme un complexe de règles de droit.

François GENY combinait, pour sa part, la distinction entre les institutions-personnes et les institutions-choses avec la distinction de la science et de la technique : "Au fond, il s'agit d'isoler l'élément spécifique du droit, de discerner, dans les institutions sociales, ce qui fait qu'elles sont juridiques ... Si maintenant, nous considérons que la matière des institutions sociales se confond avec ce que nous avons appelé le *donné* de l'ordre juridique ... il reste que la forme consiste en l'œuvre artificielle, par laquelle le juriste doit s'efforcer de modeler ce que lui offre le monde, en vue de réaliser ... les exigences un peu théoriques et générales, issues du donné" (*Science et*

d'ensemble – organisme ou mécanisme – formée d'un complexe durable de règles et destinée à gouverner un certain type de situations juridiques en fonction d'une finalité et d'une inspiration déterminées ... l'institution ... est toujours, plus qu'une simple règle de droit, un complexe systématique de règles organisé autour d'un but et d'un esprit communs"[399].

Derrière en effet une multitude de présentations de l'institution, se cache en réalité une unité de vue de la doctrine sur le concept.

96. Dans le Code civil, le vocable « d'institution » apparaît à sept reprises[400], mais n'y est à aucun moment défini.

En doctrine, un auteur[401] explique que "le mot «institution» (du latin : *stare*, *instituere*, fonder, organiser)[402], évoque l'idée d'organisation, c'est à dire d'arrangement ordonné, et l'idée de stabilité, de permanence. Ce qui est institué s'oppose à ce qui est inorganisé, séparé, strictement individualisé, et à ce qui est éphémère, passager".

Si la notion d'institution se présente comme une notion unique, elle est cependant susceptible de revêtir deux visages et peut apparaître[403] :

technique en droit privé positif, T. III, Sirey, 1921, n°182, p. 17) ; v. également n°213, p. 167 : "pour qu'un phénomène sorte du chaos de la vie sociale et obtienne les sanctions précises du droit, il faut, avant tout, qu'il soit caractérisé par des traits, qui le mettent à part et l'érigent en institution juridique.".

[399] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit, précité*, n°169, p. 181. Les institutions sont des "ensembles organiques et systématiques de règles de droit qui régissent, en fonction d'un but commun, une manifestation permanente et abstraite de la vie sociale" (n°166, p. 178). Elles constituent «un composé de règles de droit qui embrasse une série de relations sociales tendant aux mêmes fins»". Il décrit l'institution comme "l'ordonnancement cohérent et systématique d'un ensemble de règles et de techniques, manifesté ou non par des organes spécifiques, autour d'une inspiration et d'une finalité commune" (*Ibid.*, n°169, p. 180).

[400] Trois articles concernent le droit des successions (article 833 : institution contractuelle ; article 967 et 1002 : institution d'héritier), trois autres articles concernent l'institution en tant qu'organisme (article 375 : institution d'aide à l'enfance dans le cadre de l'assistance éducative ; article 2015 : institutions financières dans le cadre de la fiducie ; article 2331 : institutions agréées par le service des allocations familiales …). L'article 370-3 concerne l'adoption, désignée par le texte comme une institution.

[401] Jean BRETHE DE LA GRESSAYE, Recueil Dalloz, 1973 , v. Institution, n°1. – V. également Julien BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit. Notions élémentaires*, 3e éd., Sirey, 1939, n°67, p. 92. – Pierre COULOMBEL, *Introduction à l'étude du Droit et du droit civil*, LGDJ, 1969, p.5.

[402] Pour Georges RENARD, "Instituer semble venir de deux mots latins : *in statuere*, établir sur. *Statuere* viendrait à son tour de *statos*, dérivé lui-même du verbe *istêmi* qui évoque l'idée fondamentale de définitif, d'immobile, d'arrêté, de séparé, de dressé, d'établi définitivement"(*La philosophie de l'Institution*, Sirey, 1939, p. 59/60).

Pour d'autres auteurs, le mot "institution" est tiré du verbe *stare*. Dans le "Grand dictionnaire de la langue latine" de G. FREUND, figure une définition de l'*institutio*, qui correspond sensiblement aux propositions qui précèdent. (Trad. N. THEIL, T.2, MDCCCLXII, p. 251. Par contre, rien à ce sujet dans le dictionnaire Berger de droit romain (Encyclopedic Dictionary of roman law, Adolf BERGER), American philosophical society, 1953.

[403] *Lexique de termes juridiques*, Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, sous la direction de Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER, 17e éd., Dalloz, 2010, p. 395. Dans un ouvrage d'Introduction à l'étude du droit et du droit civil, Pierre COULOMBEL explique à propos de l'institution que "ce terme a deux sens : – un courant, public. L'institution est un ensemble de règles juridiques organisant un aspect de la vie sociale. Ex. : L'institution du mariage, l'institution du Parlement ... En ce premier sens, les institutions sont les pièces de l'ordre juridique.

– un sens plus particulier, celui de M. Hauriou (1854-1929). L'institution est un centre durable et organisé de la vie sociale où se forment les règles de droit nécessaires à la vie de ce groupe. Ex. : association, syndicat, entreprise industrielle ... Ce second sens du mot institution est plus riche, il implique quelque chose de vivant.

Soit “une manifestation créatrice, et organisatrice de la volonté humaine. On distingue habituellement :

- les institutions-organes, qui sont des organismes dont le statut et le fonctionnement sont régis par le droit, comme le Parlement, ou la famille ;
- les institutions-mécanismes, qui sont des faisceaux de règles régissant une certaine institution-organe ou une situation juridique donnée, tels que le droit de dissolution, le mariage ou la responsabilité civile.

Soit un “concept *fondamental* de la théorie juridique du Doyen Hauriou[404], défini comme une organisation sociale, créée par un pouvoir, dont l’autorité et la durée sont fondées sur l’acceptation par la majorité des membres du groupe de l’idée fondamentale qu’elle réalise, et qui repose sur un équilibre de forces ou une séparation de pouvoirs ...

L’institution, dans cette perspective, correspond à une partie des institutions-organes définies ci-dessus”.

Sur le plan juridique, semblent ainsi se dégager des définitions du mot « institution » deux notions : l’institution est une organisation, un organe, une organisation sociale (la famille, le mariage) ; mais l’institution est aussi un corps de règles de droit, organisées entre elles, ayant vocation à régir une institution-organisation, ou une situation juridique donnée (exemple le mariage, les tutelles).

La jurisprudence consacrant la notion de « détournement d’institution » n’ayant pas précisé à quelle signification du mot « institution » elle entendait se référer, toute la difficulté est alors de déterminer si l’institution impliquée dans le détournement d’institution est l’institution corps social ou l’institution corps de règles.

L’intérêt d’une telle précision n’est pas seulement théorique. En effet, la distinction conditionne directement l’étendue du domaine que l’on peut réserver aux institutions … et à leur détournement.

Pour cela, il est nécessaire de se pencher sur l’évolution des idées à propos de la notion d’institution (a), afin de cerner au mieux ce qu’est l’institution objet du détournement (b).

a) L’évolution des idées à propos de l’institution

97. Pour prendre pleinement la mesure des enjeux de la distinction entre « institution-organisme » (Institution) et « institution corps de règles juridiques » (institution juridique), il

Les institutions sont des ordres juridiques secondaires, subordonnées à l’ordre juridique de l’Etat” (LGDJ, 1969, p. 516).

[404] Maurice HAURIOU, Sirey, 1910, p. 126 et s. et du même auteur, *La théorie de l’Institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, Cahiers de la nouvelle journée, IV, 1925, p. 1 et s.

n'est pas inutile de procéder à quelques rappels sur l'évolution des idées en matière d'« institution ».

Le concept d'« institution » a d'abord été utilisé au sens de « corps de règles juridiques », par les historiens du droit romain, pour décrire les "groupements de droit gouvernant les mêmes rapports"[405], auxquels les romains avaient procédé.[406]

C'est un juriste allemand[407], IHERING[408], qui, le premier[409], s'est intéressé de près au concept d'institution.

IHERING écrit en effet dans "L'esprit du droit romain"[410] : "Il faut souvent le concours de plusieurs règles [de droit] pour établir la forme juridique d'une seule relation de la vie ; elles trouvent alors dans ce point commun leur point de réunion, elles l'entourent comme les muscles entourent les os. La relation de vie ainsi traduite en forme juridique, peut être à son

---

[405] Edouard CUQ, *Institutions juridiques des Romains*, LGDJ, 1891, p. 17 et s. et p. 19/20.

[406] Mais l'origine de la notion d'institution n'a pas été découverte. S'agit-il d'un concept forgé par la doctrine ou bien, comme dans beaucoup d'autres domaines, d'un emprunt fait au droit romain ?

L'un des seuls éléments de réponse à la question est tiré de l'article de O. BERHENS, précité, qui rapporte que "Dans la *Topique*, Cicéron traite la même *ratio iuris* de l'Académie et oppose, d'une part, *natura* et d'autre part, *institutio* et *instituta*, donc l'élément naturel du droit et les institutions formelles créées par l'homme. (note 59 : *Topica 23, 90 : Cum autem de aequo et iniquo disseritur, aequitatis loci conligentur. Hi cernuntur bipertito, et natura et institutio …Institutio autem aequitatis tripertita est ; una pars legitima est, altera conveniens, tertia moris vetustate firmata*" (O. BEHRENS, *Anthropologie juridique de la jurisprudence classique romaine*, Rev. Hist. Droit, n°68, juillet/septembre 1990, p. 337 et s., p. 352/353).

Dans un tel système, "parce que toutes ces institutions du système de l'équité civile donnent une forme civilisée aux intérêts naturels et constituent ainsi une imitation de la nature sur le plan juridique ; le reflet matériel des institutions, l'équité naturelle, l'idée de la justice matérielle, qui sous-tendent ce système formel et permettent de le faire évoluer, restent eux-mêmes strictement individualistes." (O. BEHRENS, *Anthropologie juridique de la jurisprudence classique romaine*, Rev. Hist. Droit, n°68, juillet/septembre 1990, p. 337 et s., p. 361).

Un autre auteur, Pierre COULOMBEL cite également un extrait de CICERON, utilisant le vocable : «Encore une autre absurdité, et la plus forte, c'est de tenir pour juste ce qui est réglé par les *institutions* et les lois des peuples ».(Introduction au Droit et au droit civil, LGDJ, 1969, p. 75, extrait "Des Lois", L.I, 15). Le mot «institution», dans le contexte évoqué par CICERON, paraît viser les institutions au sens large.

L'ancien droit n'accorde pas, de son côté, semble-t-il, de signification particulière au vocable « institution » (Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET, *Un contrat entre l'homme et le femme ? Quelques points à travers l'histoire en occident,* p. 17 et s, spéc., p.33, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001), et la plupart des historiens du droit attribuent à HAURIOU la mise en lumière de la notion d'institution, qui définit l'institution non plus comme un corps de règles, mais comme un corps social.

[407] L'explication pourrait reposer sur le fait qu'à cette époque en France (1880), le culte de la loi et du Code civil était si fort que les juristes n'avaient pas encore pris le recul nécessaire pour conceptualiser la structure de ce que nous appelons aujourd'hui le système juridique. Cf. Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Introduction au Droit,* 5e éd., Litec, 2000, n°230 et s., p.100 (sur l'évolution de la pensée de la doctrine de cette époque).

[408] *L'esprit du Droit romain dans les différentes phases de son développement*, Trad. O DE MEULENAERE, 3e éd. revue et corrigée, T. 1, 1936.

[409] Dans "L'esprit du Droit romain dans les différentes phases de son développement", l'auteur aborde la notion pour la décrire, tout en précisant qu'il n'en est pas "l'inventeur". Il précise que la "conception ci-dessus, qui m'a valu de vives attaques, n'a pas été inventée par moi ; je l'ai seulement le premier poussée dans ses dernières conséquences. On en trouve des traces chez d'autres, bien longtemps avant moi ; par exemple chez SAVIGNY, *Ueber Beruf unserer Zeit*, 3e éd., p. 29 : «Les *notions* sont devenues pour les juristes des êtres réels, dont la présence et la généalogie leurs sont devenues familières par une longue fréquentation"(Trad. O DE MEULENAERE, 3e éd. revue et corrigée, T. 1, 1936, p. 36).

[410] *L'esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement,* trad. O. de MEULENAERE, 3e éd. , T. I, 1936,, p. 36/37. Il ne nous a pas été possible de nous procurer la première édition de cet ouvrage, afin de vérifier si des modifications avaient été apportées par l'auteur sur ce point.

tour dans un rapport de dépendance envers une autre relation, avec laquelle elle est connexe ... De cette manière, les divers rapports juridiques de la vie, qui, comme tels, peuvent être l'objet d'un examen séparé, se réunissent autour de quelques grandes unités systématiques : les ***institutions juridiques***[411]. Celles-ci, pour employer un langage figuré, nous représentent l'ossature du droit, à laquelle se rattache sa substance entière, composée des règles de droit".

IHERING est l'auteur qui a été sans doute le plus loin à l'époque dans l'étude de la notion d'« institution ».

En effet, la description de l'institution, à laquelle il se livre, aboutit à une certaine personnification de la «chose» : si l'expression *«être juridique»*[412] est avancée par cet auteur, il optera néanmoins plus sagement, selon ses dires, pour la notion de «corps juridique».

D'autres auteurs[413], tels Edouard CUQ dans la première édition des "Institutions juridiques des Romains"[414], reprennent la notion pour expliquer que " Les institutions juridiques des romains peuvent être envisagées d'un double point de vue :

1° On peut étudier les règles qui les composent ...

2° On peut aussi rechercher ... comment elles ont été coordonnées pour devenir de véritables organismes sous le nom d'institutions juridiques ... A Rome, les jurisconsultes ont donné vie à cette matière, en groupant les règles de droit gouvernant un même rapport pour en former les institutions juridiques".

98. A l'origine, le terme d'institution désignait donc, par opposition à une règle de droit particulière, un corps de règles ayant un même objet[415].

Mais, au début du XXème siècle, la notion d'institution a été amenée à prendre une autre dimension, car une véritable théorie de l'Institution[416], dont le promoteur a été Maurice HAURIOU, spécialiste de droit public, a vu le jour[417].

---

411 C'est nous qui soulignons.

412 C'est nous qui soulignons.

413 GIFFARD, *Précis de Droit romain*, T.I, 4e éd., Dalloz, 1951. O. BERHENDS, dans un article consacré à l'« Anthropologie juridique de la jurisprudence romaine classique » explique que "le droit est une création introduite et établie par l'homme, une *institutio* au sens littéral, composée d'*instituta*, et non pas un phénomène dû à une nature divine." (O. BEHRENS, *Anthropologie juridique de la jurisprudence classique romaine*, Rev. Hist. Droit, n°68, juillet/septembre 1990, p. 337 et s, spéc., p. 346).

414 LGDJ, 1891, p. 17 et s. et p. 19/20. Il existe une deuxième édition refondue en 1904.

415 Cf. Alfred LEGAL et Jean BRETHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées* Sirey, 1938, p. 27 et note 8, qui indiquent que c'est là le sens premier du mot qui a été ensuite repris par les publicistes. Jean BRETHE DE LA GRESSAYE, *Recueil Dalloz*, v. institution, n°3, 1973.

416 L'utilisation de la majuscule était censée traduire la personnification de la notion, pour les partisans de la théorie de l'Institution. Certains auteurs qualifient cette théorie de "sociologique". V. BRETHE DE LA GRESSAYE, *Recueil Dalloz*, précité, n°3, et BRETHE DE LA GRESSAYE et LABORDE-LACOSTE, *Introduction au Droit*, Sirey, 1947, n°392, p. 360, qui attribue à HAURIOU la qualité de «juriste sociologue». Un autre auteur reprend grosso modo la distinction établie par HAURIOU; la différence résidant essentiellement dans la terminologie employée (bien que très proches l'une de l'autre), et dans la sous-distinction à l'intérieur de la catégorie de l'institution-règle de l'institution-mécanisme. Paul CUCHE distingue en effet non pas deux, mais trois catégories d'institutions: les «institutions-règles», les «institutions-mécanismes» et les «institutions-organismes» : "D'abord l'institution-règle, simple limitation ou simple direction imposée à notre activité, en

La théorie d'HAURIOU a renouvelé complètement la matière dans la mesure où l'angle d'approche a été totalement différent de ce qui précédait. HAURIOU s'est intéressé au phénomène de l'intérieur[418], en ciblant sa recherche sur le fait social qui est au cœur de l'Institution.

Incontestablement, HAURIOU a marqué de son influence la conception de l'institution, et, quoi qu'en disent certains auteurs[419], on retrouve, consciemment ou inconsciemment, des marques de ses conceptions chez les privatistes[420].

HAURIOU a en réalité établi la distinction entre les institutions qui constituent ce qu'il appelle des "moyens de la technique du droit" et les institutions "éléments de l'organisation sociale"[421], qui fait toujours foi dans la doctrine contemporaine.

dehors de toute base contractuelle, par une autorité poursuivant un but d'intérêt collectif. C'est en ce sens ... que l'on dit : les institutions d'un pays, pour désigner les lois et les usages qui y sont en vigueur.
En second lieu, l'institution-mécanisme, variété de la première, constituée par une combinaison de règles, dont l'application automatique procure satisfaction d'un intérêt général ou collectif. Exemple : le casier judiciaire, les retraites ouvrières. Enfin, l'institution-organisme, dont l'armature n'est plus une combinaison de règles jouant automatiquement, mais un groupement d'individus dont les activités sont coordonnées à la poursuite d'un but commun ...Aussi les institutions-organismes nous apparaissent-elles habituellement comme des corps ; nous avons tendance à les personnifier. Une société anonyme, un syndicat professionnel, certaines associations peuvent être pris comme exemple d'institutions-organismes." (*Manifestations nouvelles d'autorité dans la vie sociale par le développement de l'institution*, Semaine sociale Lyon, Paris-Lyon, 1926, p.349 et s. spéc. p. 353. V. également André DESQUEYRAT, *L'institution, le droit objectif et la technique positive. Essai historique et doctrinal*, Thèse, Sirey, 1933, p. 167 et s.).

417 Maurice HAURIOU aborde pour la première fois la notion d'institution dans un ouvrage intitulé les "Principes de droit public", mais en réalité, c'est seulement en 1925 qu'il élabore une véritable théorie de l'Institution. (Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, 1910, p. 126 et s. et du même auteur, *La théorie de l'Institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, Cahiers de la nouvelle journée, IV, 1925, p. 1 et s.). Il propose une première définition du mot «institution», et explique qu'il comporte "dans le langage juridique ... plusieurs acceptions. Dans une première acception, il signifie toute organisation créée par la coutume ou la loi positive, fût-elle un simple moyen de la technique juridique, en ce sens l'action possessoire ou l'action en revendication ou le recours pour excès de pouvoir sont des institutions. Nous ne nous arrêtons pas à cette première acception ... nous cherchons des institutions qui soient des éléments de l'organisation sociale et non pas seulement des moyens de la technique de droit. De celles-là il y a deux espèces, il y a les institutions sociales qui forment corps, qui s'orientent vers l'individualité vivante de la personnalité morale, et puis celles qui, au contraire, sont de la catégorie des choses inertes" (Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, 1910, p. 126).

418 Cf. Julien BONNECASE, *introduction au Droit. Le problème du Droit devant la Philosophie, la Science et la Morale*, Sirey, 1926, p. 31. Alfred LEGAL, Jean BRETHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées. Etude de sociologie juridique*, Sirey, 1938, p. 27/28, note 8 : "M. Bonnecase … a fort bien exprimé la notion classique d'institution juridique : on entend par là un ensemble de règles de Droit, formant un tout organique régissant les diverses sortes de relations qui découlent d'un fait unique fondamental … Cette notion de l'institution est exacte, mais elle n'a qu'un rapport lointain avec la notion de groupement social organisé qui est la caractéristique de « l'institution » tout court. M. Bonnecase pense qu'il n'y a qu'une différence de point de vue : il voit, lui, les règles de droit qui forment l'institution, tandis qu'Hauriou se place au centre même du fait social de l'institution pour en étudier la vie interne.".

419 V. BONNECASE, *La science du droit civil. Considérations sur son état présent*, Rev. Gén. de Droit, 1931, p. 175 et s. Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 5.

420 André DESQUEYRAT, thèse citée supra, p. 50 et s., qui présente les diverses théories sur l'institution. Gabriel MARTY, *La théorie de l'Institution*, Annales Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse, T. XVI, fasc. 2, 1968, p. 43, spéc. p.44, cite pour le droit privé l'analyse de Louis RIGAUD sur le droit réel, la Thèse de Michel DESPAX sur l'entreprise et le droit et l'ouvrage de ROUJOU DE BOUBEE portant sur l'acte juridique collectif.

421 Egalement dénommées institutions-choses et institutions-personnes par l'auteur.

Seules les institutions, éléments de l'organisation sociale, retiendront l'attention d'HAURIOU[422].

HAURIOU propose alors une nouvelle analyse de l'institution, qu'il définit[423] comme "une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social, pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures".

S'agissant de l'institution-corps de règles (ou institution-chose[424]), HAURIOU avait relevé qu'elle renfermait elle-même une double acception.

Il s'agit d'une part des règles qui gouvernent l'organisation et le fonctionnement des institutions-personnes : ce qu'HAURIOU appelle le «droit disciplinaire» et le «droit statutaire»[425] ; et d'autre part des règles gouvernant l'organisation de ce que le "Lexique de termes juridiques" qualifie de «situations juridiques telles que le droit de dissolution, le mariage ou la responsabilité civile» (ce qui correspond à l'institution juridique mise en relief par IHERING).

99. A partir de cette présentation de la notion d' « institution », il convient à présent de déterminer à quelle signification doit être rattaché le mot « institution », figurant dans le

---

[422] L'auteur va affiner l'analyse dans un article publié en 1925 : "Il y a deux types d'institutions, celles qui se personnifient et celles qui ne se personnifient pas. Dans les premières, qui forment la catégorie des institutions-personnes ou des corps constitués, (Etats, associations, syndicats, etc.), le pouvoir organisé et les manifestations de communion des membres du groupe s'intériorisent dans le cadre de l'idée de l'œuvre : après avoir été l'objet de l'institution corporative, l'idée devient le sujet de la personne morale qui se dégage dans le corps constitué.
Dans les institutions de la seconde catégorie, qu'on peut appeler des institutions-choses, l'élément du pouvoir organisé et des manifestations de communion des membres du groupe ne sont pas intériorisés dans le cadre de l'idée de l'œuvre, ils existent cependant dans le milieu social, mais restent extérieurs à l'idée, **la règle de droit établie socialement est une institution de ce second type ; elle est une institution parce qu'en tant qu'idée elle se propage et vit dans le milieu social, mais visiblement, elle n'engendre pas une corporation qui lui soit propre ; elle vit dans le corps social,** par exemple dans l'Etat, en empruntant à celui-ci son pouvoir de sanction et en profitant des manifestations de communion qui se produisent en lui" (*La théorie de l'Institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, Cahiers de la nouvelle journée, IV, 1925, p. 1 et s.). V. également Gaston MORIN, *Vers la réunion de la Technique juridique. Le concept d'institution*, APD 1931, p. 76. Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 4e éd;, Dalloz, 2003, n°169, p. 196. G. RENARD, *La théorie de l'Institution. Essai d'ontologie juridique*, 1er volume, Sirey, 1930, note 1, p. 31. Sur l'ontologie juridique, cf. René SEVE, *L'institution juridique : imposition et interprétation*, Revue de métaphysique et de morale, n°3, 1990, p. 311 et s.

[423] *La théorie de l'Institution et de la fondation* précitée, p. 10.

[424] Pour Georges GURVITCH, "le droit engendré par les «institutions-choses», se confond avec le droit civil habituel. Ces remarques font déjà pressentir que le droit objectif qui naît des «institutions-choses» n'est autre que le «droit individuel», et que les «institutions-choses» coïncident avec ce qu'Hauriou «nomme rapport à autrui», «commerce juridique»" (*Les idées maîtresses de Maurice HAURIOU*, APD, 1931, p. 162).

[425] *La théorie de l'Institution*, citée supra. V. également Julien BONNECASE, *Un nouvelle mystique. La notion d'institution*, Revue générale de droit 1932, p. 135 et s. Pierre COULOMBEL, opus cité, p. 6. André DESQUEYRAT, *L'institution, le droit objectif et la technique positive. Essai historique et doctrinal*, Thèse, précitée p. 70 et 224.

« détournement d'institution » : l'institution est-elle une institution organisme[426] (institution-personne selon Hauriou) ou une institution mécanisme (institution-chose) ?[427]

La réponse à cette question est importante, car les Institutions sont en nombre limitées : les exemples cités tournent toujours autour des mêmes notions[428] : mariage, famille[429], propriété, entreprise, société, alors que les institutions juridiques sont d'une infinie variété. Par conséquent, selon la définition de l'institution qui sera retenue, le terrain de chasse du détournement d'institution sera limité ou au contraire très vaste.

---

[426] Selon la terminologie de Paul CUCHE. Cf. *supra*, note 426.

[427] Récemment en doctrine, les débats concernant la définition de la notion d'institution ont pris un nouvel éclat avec l'instauration du pacte civil de solidarité et la doctrine a été amenée à s'interroger à nouveau sur ce qu'il fallait entendre par « institution ».
Ainsi, le pacte civil de solidarité a pu être qualifié d'institution juridique par Dominique FENOUILLET, au détriment de l'institution-organisme d'Hauriou. Dominique FENOUILLET a défini l'institution comme "tout ensemble constitué par les règles relatives à un même objet, ensemble ordonné à la réalisation d'une idée directrice." (Dominique FENOUILLET, *Couple hors mariage et contrat*, p. 81 et s., spéc. p. 102, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001).

[428] En droit privé, les Institutions généralement citées sont par exemple la famille (Pierre RAYNAUD, *La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la Théorie Générale du Patrimoine*, thèse, Sirey, 1934, p. 266), l'entreprise (Michel DESPAX, *L'entreprise et le droit*, thèse, Toulouse, LGDJ, 1956, n°336 et s. René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, cité supra, n°30, p. 36/37. J. L BERGEL, *Théorie générale du Droit*, précité, n°176, p. 188), les associations, ou les syndicats (Maurice HAURIOU, *La théorie de l'Institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, Cahiers de la nouvelle journée, IV, 1925, p. 1 et s.).

[429] Comp. les développements nombreux consacrés par la doctrine à la famille. G. RENARD y a vu «la première des institutions» (*La théorie de l'Institution*, précitée, p. 124 et 479 ; v. également J. T. DELOS, *La théorie de l'Institution*, article précité, p. 124/125). La famille a été analysée comme une institution-organisme de droit privé.
Ainsi, Pierre RAYNAUD s'est servi de la notion d'institution-personne dégagée par HAURIOU, pour la transposer en droit privé. La famille a été passée à travers le prisme de l'institution, et plus précisément de l'institution-personne, ceci afin de déterminer la nature juridique de la dot. (*La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la Théorie Générale du Patrimoine*, thèse, Sirey, 1934). RAYNAUD écrit à l'issue de sa démonstration : " Nous pouvons maintenant conclure sur la nature juridique de la dot. Elle constitue un patrimoine de *la famille envisagée comme institution*" (p. 266).
Un autre auteur, WALINE, a contesté le caractère institutionnel de la famille. En effet, reprenant un passage de la" théorie de l'Institution" de Georges RENARD : «Il y a autant de systèmes juridiques que d'institutions», il écrit : "j'ajouterais ici le mot «organisées». Ce qui fait que je ne suis plus d'accord avec l'auteur quand il donne comme exemple la famille, qui ne se présente pas dans la nature comme une société *organisée"* (Marcel WALINE, *Qu'est-ce que le droit ?*, Année politique, octobre 1931, p. 358). Pourtant, l'idée que la famille constitue une institution-personne ou plutôt une institution-organisme, expression que semblent préférer les juristes contemporains, parait perdurer à l'heure actuelle, comme en témoigne la définition du "Lexique de termes juridiques", repris par GUINCHARD et MONTAGNIER (Cf. *supra* et BERGEL, ouvrage précité n°176, p. 204). En effet, la famille est un groupement "de personnes qui sont unies par un lien du sang, qui descendent d'un auteur commun, auxquels s'ajouteront dans un sens moins courant les alliés ; dans un sens plus étroit le terme vise le groupe formé par le mari, la femme et leurs enfants soumis à leur autorité, dans un sens plus réduit encore, le noyau formé par un parent et son ou ses enfants." (D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Introduction, par Laurent LEVENEUR, Economica, 2001, p. 1 et s., spéc., p. 3).
Mais la famille peut, en outre, être qualifiée d'institution juridique, au sens de corps de règles poursuivant d'une finalité commune, "en ce que le droit organise et consacre le groupe qu'elle constitue" (Gérard CORNU, cité par D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Introduction, par Laurent LEVENEUR, Economica, 2001, p. 1 et s., spéc., p. 5.). C'est en effet une institution juridique, dont la finalité est de regrouper d'autres institutions comme le mariage, l'autorité parentale … autour des liens créés spécialement par les liens de famille. V. à propos de l'entreprise, Michel DESPAX, *L'entreprise et le droit*, thèse, Toulouse, LGDJ, 1956, n°336 et s. – René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, cité supra, n°30, p. 36/37. – J. L BERGEL, ouvrage précité, n°176, p. 204.

La notion d'institution juridique (corps de règles) apparaît beaucoup plus large que celle d'Institution[430] (organisme) car toutes les Institutions constituent des institutions juridiques, mais la réciproque n'est pas vraie, dans le sens où toutes les institutions juridiques ne sont pas des Institutions.

b) Le sens du mot « institution » dans le détournement d'institution

100. En affirmant à plusieurs reprises que le mariage ou l'adoption étaient des institutions, la jurisprudence a orienté l'analyste vers la définition de l'institution à laquelle elle a entendu se référer, qui est la notion technique d'institution juridique.

L'exemple du mariage, pour lequel la jurisprudence a sanctionné des détournements d'institution[431], est particulièrement révélateur des subtilités de la notion d'institution.

En doctrine, la nature juridique du mariage[432], a donné lieu au début du XXème siècle à des débats passionnés, pour déterminer s'il s'agissait d'un contrat ou d'une institution[433].

L'initiateur de la controverse s'est trouvé être un privatiste, Charles LEFEBVRE[434], qui a défendu l'idée que le mariage était bien plus qu'un simple «contrat nuptial»[435]. Il a pris le parti de soutenir qu'il s'agissait d'un «état»[436], état consacré et discipliné par voie

---

[430] BONNECASE tout en attirant l'attention sur la nécessité de maintenir la distinction entre une notion technique (l'institution juridique) et une notion théorique (la théorie de l'Institution), en était arrivé à la conclusion que : "L'institution juridique est, *au point de vue de la technique juridique*[430] ... la notion suprême"(*Supplément au Traité théorique et pratique de BAUDRY-LACANTINERIE*, cité supra, n°382, p. 591. – *Introduction au Droit*, précitée, n°8, p. 28).

[431] Crim. 8 juin 1993, Lexilaser, pourvoi n°92-84.036 ; www.legifrance.gouv.fr, pourvoi n°92-84.036).

[432] Alfred COSTE-FLORET, *La nature juridique du mariage*, thèse, Montpellier, 1935.

[433] Laurent LEVENEUR résume assez bien l'évolution des conceptions de la doctrine à propos du mariage. Il explique que "La présentation contractuelle, qui avait été celle du XIXe siècle, fut remise en cause semble-t-il au début du XXe siècle au profit d'une thèse institutionnelle. Celle-ci a pu prospérer parce que l'approche contractuelle ne permettait pas d'expliquer le rôle que l'autorité publique joue en réalité dans la formation du lien (nombreux sont les textes qui parlent ainsi de la célébration du mariage) et dans l'encadrement de sa dissolution … ni l'absence totale de liberté des époux dans l'aménagement de leurs devoirs personnels qui sont impérativement fixés par la loi. Le mariage sort de l'ordinaire contractuel : « Il fait plus qu'engendrer de simples rapports de créancier à débiteur ; il crée une famille, l'état d'époux, la légitimité des enfants ». Et c'est pour cela que l'on a présenté le mariage comme une institution, c'est dire « un tout organique, une espèce de corps social dépassant les volontés individuelles », « une situation juridique dont les règles, les cadres, sont fixés d'avance par le législateur, en dehors de la volonté des intéressés ». La querelle s'est apaisée depuis fort longtemps par le recours à une conception mixte, qui combine deux aspects : pour exprimer l'idée que les aspects dominants sont les aspects institutionnels dans le mariage-état et les aspects contractuels dans le mariage-source, on dira volontiers que le mariage est une institution à laquelle on adhère par un contrat. Une fois l'adhésion librement donnée, la volonté des parties est impuissante pour le reste ; les effets de l'institution se produiront automatiquement." (Laurent LEVENEUR, *Introduction*, p. 6/7 in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001. V. également aux mêmes références, Hervé LECUYER, *Mariage et contrat* ,p. 57 et s.).

[434] *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat ?* RHD, 1902, p. 300 et s.

[435] *Ibid.*, p. 301.

[436] *Ibidem*, n°17, p. 324.

d'autorité[437], pour conclure que "l'union légitime est traitée comme une *institution* sociale, dont l'état et le lien conjugal sont les données essentielles, lesquelles doivent être toutes deux placées hors de l'atteinte des conventions"[438].

De nombreux auteurs, dont HAURIOU[439], qui ont vu, dans le mariage, une institution, pensaient principalement à une institution-organisme de droit privé[440].

Mais certains privatistes ont également perçu que le mariage était aussi une institution juridique. Ils ont expliqué, afin d'illustrer ce qu'est une institution juridique, que "dans l'ordre des relations de famille, l'ensemble des règles de droit relatives au mariage constitue une institution juridique parce que toutes ces règles … tendent à une fin commune : l'union conjugale et la filiation légitime."[441].

101. La jurisprudence, en qualifiant le mariage d' « institution », a résolu la première difficulté, en écartant la thèse « contractuelle » du mariage. Mais l'obstacle levé, une seconde difficulté se présente : le mariage-institution est-il une Institution ou une institution juridique ?[442]

Le moins que l'on puisse dire, c'est que la jurisprudence, ayant relevé des détournements de l'institution du mariage n'est pas toujours très éclairante pour résoudre ce problème posé.

---

[437] n°21, p. 331 : "Et aussi *l'institution du mariage n'a été que l'union naturelle et disciplinée et consacrée dans l'état social comme union légitime*, mais consacrée et disciplinée par *voie d'autorité*, non par voie de contrat".

[438] *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat ?*, n°22, p. 333/334.

[439] V. *Principes de droit public*, 1910, p. 126 et s., *précité* "Pour s'en convaincre" écrit-il, "il suffit de comparer deux théories sur le mariage, celle qui en fait une institution et celle qui en fait un contrat. Dans la théorie qui fait du mariage une institution, il est naturellement indissoluble, quelle que soit la conduite des époux, le lien ne doit pas être rompu, car il est justifié, non pas par la qualité morale de leurs actes, ni par leur conformité avec ce qui avait été prévu, mais par le fait social de la famille fondée.

Dans la théorie qui fait du mariage un contrat, celui-ci au contraire devient naturellement dissoluble, la préoccupation des actes des époux passe au premier plan, l'union conjugale s'analyse en des droits et obligations réciproques et tout manquement à une obligation grave devient une inexécution des conditions qui autorise le divorce, c'est à dire la résolution du contrat".

[440] Georges RENARD, *La théorie de l'Institution*, p. 126 et s. RENARD va s'attacher à démontrer dans un article publié à "La Vie Intellectuelle", à l'aide d'exemples empruntés notamment à la loi mosaïque, la genèse et l'évangile, que "les représentations juridiques du mariage passent ; le mariage demeure immuable dans sa constitution essentielle".

Puis il va comparer les caractères du contrat et de l'institution, et les rapporter au mariage, afin de démontrer le caractère institutionnel de ce dernier ; l'institution décrite par RENARD correspond à la notion d'institution-personne (ou organisme): "Le contrat noue une obligation entre les parties; l'institution tend à un établissement qui dépasse la personne des fondateurs ... Le contrat est égalitaire : l'institution est une structure hiérarchique ... le contrat est immuable ... l'institution s'adapte". (*La doctrine institutionnelle du mariage*, La Vie Intellectuelle, 10 juillet 1931, p. 96 et s., p. 106/107).

[441] Jean BRETHE DE LA GRESSAYE et Marcel LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947, n°193, p. 157. V. Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2ème éd. Quadrige, PUF, 2004, p. 339.

[442] La réponse à la question a une incidence sur le domaine du détournement d'i institution, cf. *supra*.

Pour être plus précis il faut distinguer la jurisprudence rendue en matière pénale[443] et celle rendue en matière civile.

En matière civile, pour ne prendre qu'un seul exemple, celui de l'arrêt « Appietto » [444], la Cour de cassation donne davantage d'indications sur la conception de l'institution qui est la sienne, en approuvant les juges du fond, qui avaient affirmé que "le mariage est «*une institution d'ordre public à laquelle les parties contractantes ne peuvent apporter les modifications que leur intérêt ou les circonstances exigeraient*»[445]. La Cour estime que le mariage est ainsi nul, faute de consentement, dans le cas où les époux "ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale" et est valable, dans le cas où "les conjoints ont cru pouvoir limiter ses effets légaux, et notamment n'ont donné leur consentement que dans le but de conférer à l'enfant commun la situation d'enfant légitime".

102. Plusieurs enseignements peuvent être tirés de cette décision.

D'abord, l'hypothèse du mariage-institution-organisme de droit privé paraît, en l'espèce, devoir être écartée. Il ne s'agit pas d'un « être social », gouverné par les caractéristiques décrites par HAURIOU : "1° L'idée de l'œuvre à réaliser dans un groupe social ; 2° Le

---

[443] En matière pénale, la première décision constatant l'existence d'un détournement de l'institution du mariage est une décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation, du 8 juin 1993, rendue dans le cadre d'une affaire de mariage blanc. La Cour a confirmé la condamnation d'un ressortissant guinéen, marié fictivement à une française, pour délit d'obtention indue de documents administratifs et séjour irrégulier en France. (Lexilaser Cassation, pourvoi n°92-84.036. www.legifrance.gouv.fr, pourvoi n°92-84.036)

Dans cette affaire, la Cour d'appel avait condamné le prévenu, en retenant notamment que le mariage contracté en l'espèce constituait un "moyen frauduleux ayant consisté en un *détournement de l'institution du mariage*" ; grâce à celui-ci, le prévenu s'était procuré des documents administratifs lui permettant de séjourner en France. (C'est nous qui soulignons)

La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre la décision d'appel, en validant implicitement, de ce fait, le raisonnement de la Cour sur l'existence d'un détournement de "l'institution du mariage".

Le mariage s'analyse donc, dans cette affaire, comme une institution, mais de quel type d'institution s'agit-il ? La décision de la Cour de cassation ne fournit pas d'éléments sur ce point.

Deux autres décisions des 5 janvier et 16 février 2006, rendues par la Cour d'appel de Rouen ne sont guères plus explicites (Cour d'appel de Rouen, Chambre de l'instruction, 5 janvier 2006, n°2005/00817 et Cour d'appel de Rouen, Chambre de l'instruction, 16 février 2006, n°2006/00067). Ces deux décisions, rendues dans la même affaire, estiment que les faits de l'espèce (organisation d'un mariage blanc) troublent l'ordre public "en ce qu'ils portent sur un détournement de l'institution du mariage à seule fin de résider régulièrement sur le territoire français. (La personne était mise en examen du chef d'organisation ou de tentative d'organisation d'un mariage frauduleux, « mariage blanc » et placée sous contrôle judiciaire. Le Parquet avait fait appel de la décision du juge des libertés et de la détention en demandant son placement. Sur la procédure de placement en détention provisoire et sur le contrôle judiciaire, cf. articles 137 et suivants du Code de procédure pénale). Cf. article L623-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (modifié par Loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 - art. 90, JORF 25 juillet 2006) : Le fait de contracter un mariage ou de reconnaître un enfant aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 Euros d'amende. Ces mêmes peines sont applicables en cas d'organisation ou de tentative d'organisation d'un mariage ou d'une reconnaissance d'enfant aux mêmes fins. Elles sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 750 000 Euros d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée.

[444] Civ. 20 novembre 1963, D. 1964, p. 465, note RAYMOND.

[445] C'est nous qui soulignons.

pouvoir organisé mis au service de cette idée pour sa réalisation ; 3° Les manifestations de communion qui se produisent dans le groupe social au sujet de l'idée de sa réalisation"[446].

Si, en droit privé, la thèse institutionnelle du mariage a eu ses adeptes[447], tout comme en droit public, plusieurs auteurs[448], ont fait observer, à juste titre, que la conception du mariage-institution se heurtait à l'épreuve des faits, à savoir que le droit français admettait la dissolution du mariage par divorce. De plus le mariage laisse une liberté importante aux époux pour organiser leur vie commune (par exemple dans le choix de leur régime matrimonial), à l'inverse de ce qui se passe dans le cadre d'une institution-organisme où tout est réglementé (dans une association, par exemple, les statuts organisent la vie associative).

Le mariage présente sans aucun doute certains aspects de nature institutionnels, mais ne peut être considéré comme une institution-organisme à part entière. En effet, dans une telle perspective, la reconnaissance du divorce "cadre" mal avec la notion d'institution-organisme dont l'un des caractères principaux est la permanence[449].

---

[446] *La théorie de l'Institution et de la fondation* précitée, p. 10. Comp. l'analyse menée par D. FENOUILLET à propos du PACS : L'auteur part de l'idée que l'institution dont il s'agit "ne renvoie pas à l'institution-personne chère à Hauriou (ou institution-sujet)", pour les raisons suivantes : "il manque la communion, il manque le pouvoir, il manque l'être social, il manque la durée … pour considérer que le pacte est une institution-sujet … le législateur a rejeté toute symbiose personnelle entre les partenaires, exclu toutes conséquences à l'égard de l'enfant, et limité volontairement le pacte à une association patrimoniale, restreinte au double plan matériel et temporel." (Dominique FENOUILLET, *Couple hors mariage et contrat*, p. 81 et s., spéc. p. 101, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001).
Par contre, "La nature institutionnelle du pacte paraît incontestable si l'on se réfère à l'institution-concept de la théorie générale du droit (ou institution-objet ou institution-chose). L'institution-chose ne se situe pas dans l'ordre de la réalité sociale mais relève de l'ordre des concepts : c'est une notion intellectuelle, un outil juridique, un élément du système juridique. Elle se définit comme tout ensemble constitué de toutes les règles appréhendant un même objet, ensemble ordonné à la réalisation d'une idée directrice." (Dominique FENOUILLET, *Couple hors mariage et contrat*, p. 81 et s., spéc. p. 102, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001).

[447] M. RAYNAUD a lui aussi soutenu la thèse du mariage-institution-personne et a vérifié, dans les faits, que les éléments constitutifs de l'institution étaient bien présents : «l'idée de l'œuvre à réaliser», le «pouvoir de gouvernement organisé», à propos duquel RAYNAUD doit tout de même concéder qu'il est "extérieur à l'institution qui se fonde, alors qu'habituellement c'est au pouvoir des fondateurs mêmes de l'institution, qui en sont membres et peut-être en forment les organes, qu'Hauriou fait allusion" (*La nature juridique de la dot*, p. 250). RAYNAUD balaie cette critique en affirmant :"Mais cette constatation ne peut en rien diminuer, bien au contraire, l'observation que nous faisons sur le rôle de la volonté dans le mariage, rôle qui est beaucoup moins important que celui qu'elle joue dans les contrats ... il se produit ici beaucoup plus deux adhésions volontaires à un statut proposé qu'un véritable contrat. La mariage est «l'acte de fondation» de l'institution familiale"). En ce qui concerne le troisième caractère de l'institution-personne, à savoir les «manifestations de communion des membres du groupe», RAYNAUD prend l'exemple du contrat de mariage, qui lui paraît être dominé par un «esprit de communion». V. René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, précité, p. 45, qui parle de "contrat familial" à propos du mariage.

[448] Julien BONNECASE, *Où en est le droit civil ?* Cahiers de la nouvelle journée, IV, 1925, n°4, p. 48. V. Alain BENABENT, Alain BENABENT, *Droit civil. La famille*. 10ème éd., Litec, 2001, n°32, p. 17 : "un débat s'est alors instauré sur sa nature juridique, contrat ou institution : un peu vain, ce débat est resté en suspens, bien que la récente admission du divorce par consentement mutuel ait rapproché le mariage du contrat". – V. également, Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°111, p. 57.

[449] Sur les caractères des institutions-organismes, V. BRETHE DE LA GRESSAYE, *Recueil Dalloz*, cité supra, n°29 et s.

En fait, l'« institution » en cause ici est l'institution juridique, prise dans son sens technique : le mariage, est le «bloc de droit d'avance disponible», pour reprendre l'expression de CARBONNIER, uni par une finalité commune, qui est utilisé par des individus peu scrupuleux, afin d'obtenir un avantage lié au statut d'époux (exemple la procuration de documents administratifs permettant le séjour en France).
La finalité poursuivie par les pseudo-époux n'est pas celle de l'institution[450] ; ils se sont servis de certaines des règles applicables à l'institution, sans volonté d'y adhérer pleinement. La Cour de cassation défend l'idée que l'institution est un bloc de droit auquel le sujet peut ou non adhérer, mais dont il ne peut pas extraire certains éléments et en abandonner d'autres.

103. Toutes ces raisons permettent d'affirmer que lorsque la jurisprudence utilise la notion d'«institution», dans le cadre d'affaires sanctionnant des détournements d'institution du mariage, ce sont les institutions juridiques qui sont visées[451], et non pas les institutions-organismes de droit privé.
Le mariage illustre donc la superposition de plusieurs conceptions de l'institution : le mariage constitue à la fois une institution sociale (ou organisme), pour certains auteurs, et une institution corps-de-règle. Mais s'agissant du détournement d'institution du mariage, le sens à réserver au mot « institution » est le sens « technique ».

104. Un autre exemple, tiré de l'adoption, institution également impliquée, comme le mariage, dans des détournements d'institution, est très éclairant.
La doctrine[452] et la jurisprudence qualifient l'adoption d'« institution », pourtant ni l'une ni l'autre ne prennent le soin de préciser le sens attribué à ce mot, mais les choses y apparaissent plus claires, car il n'y a pas de polysémie possible dans ce cas.

---

[450] La finalité traditionnelle du mariage (fonder une famille), tend à être remise en cause aujourd'hui. Cf. note Géraud de GEOUFFRE DE LA PRADELLE sous TGI de Bordeaux, 27 juillet 2004, Gaz. Pal., 8/9 octobre 2004, J., p. 9 et s, spéc. p. 17. Comp. Les développements de Laurent LEVENEUR, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Introduction, par Laurent LEVENEUR, Economica, 2001, p. 1 et s., spéc., p. 3 et s.
[451] Cf. *infra*.
[452] Dès 1843, AUBRY et RAU parlent de l'adoption comme d'une institution (*Cours de droit civil français*, 2e éd., T. I, 1843, p.3). ". PLANIOL ET RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2e éd., T. 2, *La famille*, par A. ROUAST, n°1003, p. 859. Plus récemment, Madame CHAMPENOIS-MARMIER, emploie à plusieurs reprises le terme «institution», pour désigner l'adoption (*Filiation, généralités*, au Jurisclasseur civil, art. 343 et s., fasc. 2, 1985, p. 2 et s. Alain BENABENT, *Droit civil. La famille*. 10ème éd., Litec, 2001, n°765, p. 420. Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°512, p. 1109. Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°1400, p. 549). *Contra* G. RENARD, *ouvrage précité*, p. 399 : "Et parmi les activités humaines qui s'exercent sur le plan institutionnel, il en est qui se bornent à modifier une installation existante : l'adoption, la reconnaissance d'enfant naturel modifient la consistance de la famille ... ce ne sont point des actes de fondation.

La première décision de la Cour de cassation, sur le détournement de l'institution de l'adoption, date du 7 mars 1989[453], il s'agissait d'une adoption plénière de l'enfant du conjoint, par le second mari de la mère, adoption qui n'avait d'autre but que de faire échec aux relations de l'enfant avec ses grands-parents[454]. La Cour de cassation valide la décision de la Cour d'appel, qui avait jugé la tierce opposition des grands-parents recevable, en considérant que "l'adoption en la forme plénière de Céline et Delphine par le second mari de la mère, dans le but, en l'espèce, de couper les enfants de leur famille paternelle et notamment de leurs grands-parents, loin de correspondre à la finalité de l'institution, en constituait un véritable détournement.".

L'adoption de l'enfant du conjoint est qualifiée d'«institution» et il est reproché à l'adoptant de détourner l'institution de sa finalité, en utilisant l'adoption dans le but de couper les enfants de leur famille par le sang. L'institution, objet du détournement est bien l'institution juridique de l'adoption, prise au sens de corps de règles de droit[455], organisé autour d'une finalité, d'un but, qui est de créer une filiation.
Ces deux exemples montrent bien que l'institution objet de détournement est l'institution juridique.

105. L'institution est, par conséquent, "un composé de règles de droit se pénétrant les unes les autres au point de constituer un tout organique et embrassant une série indéfinie de relations qui sont, du coup, transformées en rapports de droit et dérivent toutes d'un fait unique fondamental ; ce fait, origine et base de l'institution, la domine nécessairement, en commande la structure et le développement"[456].
L'institution juridique est un regroupement de règles de droit, autour d'un noyau commun[457], c'est un « bloc de droit »[458].

---

[453] Civ., 1ère, 7 mars 1989, Gaz. Pal. 8 mars 1990, p. 131, note MASSIP ; Dalloz 1989, p. 477, note J. HAUSER. Depuis cette décision, la jurisprudence a eu d'autres occasions de réutiliser ce concept de «détournement d'institution», pour une large part à propos de l'adoption, et le concept a reçu la consécration de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (Ass. Plén., 31 mai 1991, JCP 1991, II, 21752, obs. F. TERRE ; Dalloz, 1991, p. 417, note THOUVENIN ; RTD civ. 1991, p. 517 ; Petites Affiches du 23/10/1991, p.4, note GOBERT et du 27/11/1991, p. 13, note MASSIP).
[454] L'adoption plénière entraîne la rupture des liens avec la famille par le sang, ce qui aurait eu pour conséquence en l'espèce que les grands parents paternels ne pouvaient plus prétendre à un droit de visite et d'hébergement de leurs petits enfants. Cf. *supra*, Introduction.
[455] Ce corps de règles comprend les articles 343-2, 344 et 356 du Code civil.
[456] Julien BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de G. BAUDRY-LACANTINERIE*, T. I, Sirey, 1924, n°381, p. 591. *Introduction au Droit*, précitée, n°8, p. 28. *Introduction à l'étude du Droit. Notions élémentaires*, 3e éd., Sirey, 1939, n°62, p. 80.
[457] Roger PERROT explique que les institutions "opèrent chacune un groupement de règles juridiques éparses ... Les règles juridiques qui commandent chacune d'elles, que ce soit la propriété ou le jury criminel, par exemple,

L'institution juridique « protégée » par la notion de détournement d'institution, peut donc être définie comme un ensemble **"de règles relatives à un même objet, constituant un tout ordonné autour d'une finalité, et qui s'impose aux sujets de droit."[459].**

De cette définition de l'institution juridique, trois éléments se dégagent qui semblent constituer l'essence de la notion.

L'institution juridique est d'abord un ensemble de règles de droit. Cet ensemble de règles est relatif à un même objet et constitue un tout ordonné autour d'une finalité. Enfin cet ensemble de règles finalisé s'impose aux sujets de droit.

D'emblée, au sein de ces trois composantes de la notion d'institution[460], il en est une qui paraît être l'âme de ce corps de règles, il s'agit de la finalité, fédérant entre elles les différentes règles formant l'institution.

sont groupées autour d'un même «pôle»". (*De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 5/6).

[458] "Le mariage est d'abord un bloc de droit, d'avance disponible pour être appliqué à toute une série de cas de même nature : c'est l'institution du mariage.". Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2ème Quadrige, PUF, 2004, p. 339. Certains auteurs évoquent la notion de « complexe de règles de droit » : ROUBIER : rappelait déjà que "toute institution, *de quelque nature qu'elle soit*, se présente toujours comme un complexe de règles de droit, non comme une règle de droit simple" (Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2e éd. rev. et aug., Sirey, 1951, p. 18/19).

[459] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°174, p. 203. COSTE-FLORET suggère une définition assez proche de celle-ci. En effet, il écrit : "l'«institution» désigne simplement un ensemble de règles juridiques concernant un sujet donné" (*La nature juridique du mariage*, Thèse Montpellier, Sirey, 1935, p. 129, note 3). Gérard CORNU (Vocabulaire juridique, *cité supra*), propose aussi comme définition "Par opposition à une règle de droit particulière, ensemble de règles concernant un même objet".(sens premier en droit privé selon IHERING). IHERING qui est sans doute l'auteur qui est allé le plus loin dans la vision des institutions juridiques, considérait les institutions comme, de véritables « corps juridiques ».R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement*, trad. O. DE MELEUNAERE, T. 1, 3ème éd., Paris, 1936, p.51. Cf. *supra*

La création du PACS par la loi du 15 novembre 1999 a sans aucun doute permis de remettre au goût du jour les réflexions de la doctrine sur la notion d'institution. L'article 515-1 du Code civil définit le PACS comme « un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ».

De fait, Dominique FENOUILLET est catégorique à ce sujet : "C'est bien à l'institutionnalisation des couples non mariés que correspond le pacte civil de solidarité, tant il est vrai que ce prétendu contrat ne constitue, en réalité, rien d'autre qu'une nouvelle institution." (Dominique FENOUILLET, *Couple hors mariage et contrat*, p. 81 et s., spéc. p. 100, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001). Dominique FENOUILLET estime que le fait que "le pacte civil de solidarité soit une institution-concept paraît acquis, les deux critères de cette dernière s'y retrouvant. Il y a bien un ensemble constitué des règles appliquées au même objet (les couples non-mariés) et une fonction poursuivie par ce faisceau de règles, fonction symbolique (reconnaissance sociale) et pratique (régir l'association patrimoniale instantanée d'un couple non-marié, en droits et devoirs), définie intrinsèquement mais aussi négativement, par opposition au mariage (volonté d'une union plus limitée – ni personnelle, ni verticale -, et plus privée – pas de célébration solennelle, pas de dissolution judiciaire).". Madame FENOUILLET s'interroge "Peut-on surtout qualifier le pacte civil de solidarité d'institution-statut légal par opposition au contrat ?" (Dominique FENOUILLET, *Couple hors mariage et contrat*, p. 81 et s., spéc. p. 104, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001). Du même auteur, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 240.

[460] Un auteur, Dominique FENOUILLET ne voit que deux éléments formant l'institution juridique :

- un ensemble constitué de toutes les règles appréhendant un même objet, une même réalité concrète de la vie sociale ;

B- La finalité est au cœur de la notion d'institution juridique

106. La dénomination d'«institution juridique» est donc réservée, dans le cadre du détournement d'institution, à des corps de règles de droit (1), organisés autour d'une idée centrale ou d'une finalité bien déterminée (2) et constituant, de part leur organisation, un tout ordonné et cohérent, qui s'impose aux sujets de droit.

Pour bien mesurer à quel point la finalité joue un rôle central dans le concept d'institution juridique, il convient d'abord de présenter l'élément de « base » de l'institution, c'est-à-dire la notion de corps de règles juridiques.

1) L'institution juridique est un corps de règles de droit

107. L'idée que l'institution juridique est, en droit privé, un corps de règles de droit[461] est constante en doctrine, mais affirmer que l'institution est un corps de règles ne résout rien, sauf à préciser ce qu'il faut entendre par « corps de règles ».

La doctrine évoque d'ailleurs indifféremment les notions de « corps »[462] ou « d'ensembles de règles »[463], de « composé »[464], de complexe[465], de « nœud », ou de noyau, ou encore de

- l'unité de l'ensemble, unité résultant de ce que toutes ces règles tendent à réaliser une seule et même idée, poursuivent une seule et même fonction." (Dominique FENOUILLET, *Couple hors mariage et contrat*, p. 81 et s., spéc. p. 102/103, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001).

[461] La définition de la règle de droit fait aujourd'hui preuve d'un relatif consensus, au sein de la doctrine. Il s'agit d'une " une règle de conduite humaine, à l'observation de laquelle la société peut nous contraindre par une pression extérieure plus ou moins intense" (Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple,* vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°4, p. 10).
Gérard CORNU précise que la règle de droit est "toute norme juridiquement obligatoire (normalement assortie de la contrainte étatique), quels que soient sa source (règle légale, coutumière), son degré de généralité (règle générale, spéciale), sa portée (règle absolue, rigide, souple, etc.) ; en ce sens l'exception aussi est une règle." (*Vocabulaire juridique*, 8ème éd., PUF, Quadrige, 2007, p. 788. Du même auteur, *Droit civil. Introduction. Les Personnes. Les* Biens, 7ème éd., Domat, Droit, Montchrétien, 1994, n°13, p. 18 : "Etymologiquement, « règle de droit » est une double métaphore et un pléonasme : la règle (« *regula* ») est l'objet rigide et rectiligne qui empêche de dévier et « droit », venant de « direct » (*directum, diri gere* composé de *regere*) signifie à la fois en ligne droite (suivant la règle) et, au figuré, conforme à la règle. Pourtant, la définition juridique donne un sens à chaque mot.". V. également Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°172, p. 201 : "La règle de droit, règle de conduite générale, abstraite et obligatoire, dont la sanction est assurée par la puissance publique, ne régit généralement que des aspects particuliers d'une relation sociale.". Julien BONNECASE, *Introduction au Droit. Le problème du droit devant la philosophie, la science et la morale*, Sirey, 1926, n°6, p. 20. Julien BONNECASE, *Introduction à l'étude du Droit. Notions élémentaires*, 3ème éd., Sirey, 1939, p. 31).

[462] Gaston MORIN parle de «corps constitués» pour désigner les institutions-organismes, reprenant en cela l'expression utilisée par HAURIOU, et précise que RENARD "ne comprend, sous le terme d'institution, que les seuls corps sociaux, c'est à dire, si l'on se réfère à la terminologie d'HAURIOU, que l'une des espèces du genre."(Gaston MORIN, *Vers la réunion de la Technique juridique. Le concept d'institution*, APD 1931, p. 76. André DESQUEYRAT, *L'institution, le droit objectif et la technique positive. Essai historique et doctrinal*, Thèse, Paris, Sirey, 1933, *cité supra*, p. 18).

[463] "L'institution-mécanisme … est donc un ensemble de règles bien coordonnées et visant à un but social : exemple : le livret scolaire, le registre du commerce, le cadastre, le casier judiciaire, les retraites ouvrières, etc." (André DESQUEYRAT, *L'institution, le droit objectif et la technique positive. Essai historique et doctrinal*,

« faisceaux » de règles juridiques[466] : les institutions juridiques sont “des ensembles de règles de Droit, des corps de règles, organisés autour d’une idée centrale”[467]. Elles correspondent “à ces ensembles organiques et systématiques de règles de droit qui régissent, en fonction d’un but commun, une manifestation permanente et abstraite de la vie sociale.”[468].

Les termes de « corps » ou de « *corpus* »[469] renvoient, sur le plan juridique, à 1) une « Série de dispositions formant un ensemble cohérent (ex. régimes matrimoniaux) » ou à 2) un « ensemble cohérent de règles ou un recueil privé des textes de loi … ».

Jean DABIN[470] reprend lui aussi cette notion de corps et explique que “comme les personnes morales font corps au service d’une œuvre, les règles de droit font corps autour d’une idée.

Thèse, Paris, Sirey, 1933, p. 167/168). Ou encore : “l’institution se présente, au niveau intermédiaire des systèmes collectifs d’organisation et d’action, sous l’aspect *d’ensembles partiels* relativement isolés, séparés, cloisonnés, et dotés d’une certaine consistance organique.” (Jacques CHEVALLIER, *L’analyse institutionnelle, in L’institution*, ouvrage collectif, PUF, 1981, p. 13). L’institution y est présentée en effet comme “une association de règles de droit plus importantes que celle des catégories.” (Boris STARCK, Henri ROLAND, Laurent BOYER, *Introduction au droit*, 5ème éd., 2000, n°256, p. 108), ou encore comme “un ensemble organique dont les pièces sont les règles de droit.” (Julien BONNECASE, *Introduction à l’étude du Droit. Notions élémentaires*, 3e éd., Sirey, 1939, p. 80). Pour Claude DU PASQUIER, “Les règles se groupent autour de noyaux, qui sont les institutions juridiques. L’institution juridique est un ensemble typique de relations organisées par le droit : par exemple le mariage, la propriété, le testament” (Claude DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 3ème éd., mise à jour et augmentée, Delachaux et Niestlé SA, 1948, p. 141). Jean CARBONNIER définit l’institution juridique comme un “composé de règles de droit qui embrasse un série de relations sociales tendant aux mêmes fins. ” (Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l’enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°4, p. 12).

[464] J. BONNECASE définit l’institution juridique comme “un composé de règles de droit se pénétrant les unes les autres au point de constituer un tout organique et embrassant une série indéfinie de relations qui sont, du coup, transformées en rapports de droit et dérivent toutes d’un fait unique fondamental ; ce fait, origine et base de l’institution, la domine nécessairement, en commande la structure et le développement” (*Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil*, précité, n°381, p. 591. *Introduction au Droit. Le problème du Droit devant la philosophie, la science et la morale*, cité supra, n°8, p. 28 et *Introduction à l’étude du Droit, Notions élémentaires*, n°62, p. 80. V. IHERING, *L’esprit du droit romain*, précité, p.36 et s., dont BONNECASE s’inspire directement en ce qui concerne l’institution).

[465] Paul ROUBIER, *Théorie générale du Droit. Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2ème éd., revue et aug., Sirey, 1951, p. 17 : “la notion d’institution juridique, envisagée comme un complexe organique, auquel correspond tout un faisceau de règles de droit.”. Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2ème éd. Quadrige, PUF, 2004, p. 339.

[466] ROUBIER définissait l’institution comme “*un ensemble organique qui contient la réglementation d’une donnée concrète et durable de la vie sociale et qui est constituée par un nœud de règles juridiques dirigées vers un but commun*” . (Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2e éd. rev. et aug., Sirey, 1951, p. 17).

[467] Jean BRETHE DE LA GRESSAYE, Marcel LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l’étude du* droit, Sirey, 1947, n°193, p. 157 : “Toutes les règles relatives à un rapport social fondamental s’agrègent les unes aux autres, forment un *tout* organique, un corps de règles, qui s’appelle une institution juridique, ou ensemble ordonné, stable (du latin *stare*, se tenir).”. Jean BRETHE DE LA GRESSAYE, *Institution*, Recueil Dalloz, 1973, n°2. Rappr. Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°165, p. 194 : “les institutions sont … des « corps de règles » organisés autour d’une idée maîtresse”.

[468] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°166, p. 194. Comp. Eric LOQUIN, *Les principes républicains dans le Code civil. Réflexions sur la contribution du Code civil à l’émergence de principes républicains* ; in La République en droit français, sous la direction de Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, Economica, 1996, p. 240 : “On sait que l’institution juridique peut être définie comme un ensemble de règles organisant de manière durable une donnée concrète de la vie sociale.”.). D’autres auteurs relèvent que “ les règles se regroupent autour de noyaux, qui sont les institutions juridiques. L’institution juridique est un ensemble typique de relations organisées par le droit” (Claude DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 3ème éd., mise à jour et augmentée, Delachaux et Niestlé SA, 1948, n°160, p. 141.

[469] V. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., Quadrige, PUF, 2007, p. 244.

Mais tandis que les membres de la personne morale sont des personnes physiques ... les éléments constitutifs du «corps de droit», c'est à dire de l'institution qui les rassemble, sont des règles juridiques).".

C'est pour cette raison que DABIN considère que les règles de droit forment des «ensembles organiques». Cette expression est en fait prise comme synonyme de l'expression de «corps»[471].

Jean DABIN[472] écrit en effet : "Quand le droit est parvenu à un certain degré de perfection … les règles ne se présentent pas comme autant de pièces détachées sans lien les unes avec les autres. Au contraire, elles forment (ou tendent à former) des ensembles organiques que l'on nomme des *institutions*.". Paul ROUBIER[473] explique que le caractère organique "tendant à la création d'un ensemble juridique" est un des « deux éléments principaux » de l'institution juridique. L'"institution juridique a un caractère *organique* ; elle constitue un ensemble vivant de règles, et un ensemble qui est créé par le droit objectif et non par les particuliers."[474].

La notion de «corps» traduit l'idée d'une organisation[475], d'une systématisation[476], autour d'un principe fédérateur[477], qui est l'idée directrice ou la finalité de l'institution[478]. Le corps

[470] *Théorie générale du Droit*, précitée, n°85, p. 99. Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction au droit*, cité supra, n°4, p. 12. Roger PERROT affirme que "les institutions … opèrent chacune un groupement de règles juridiques éparses.". L'auteur observe qu'en effet "Les règles juridiques qui commandent chacune d'elles, que ce soit la propriété ou le jury criminel, par exemple, sont groupées autour d'un même « pôle ». On peut observer, en effet, que les règles légales ne sont pas disséminées au hasard dans les Codes ; La plupart se groupent « en famille » sous forme de mécanismes complexes ; elles se rassemblent autour de certaines idées directrices." (Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 5/6).

[471] En fait, la notion de «tout organique», traduit l'idée de corps, d'ensemble cohérent et organisé, et fait sans doute référence à la vision du droit qu'avait IHERING, qui le considérait comme un «organisme» (*L'esprit du droit romain* , précité, p. 36).

[472] Jean DABIN, *Théorie générale du Droit*, Nouvelle édition, Dalloz, 1969, n°85, p. 99. V. Paul ROUBIER, *Théorie générale du Droit. Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2ème éd. Revue et augm., Sirey, 1951, p. 19/20 : "Une institution juridique est un *ensemble organique qui contient la réglementation d'une donnée concrète et durable de la vie sociale et qui est constituée par un nœud de règles juridiques dirigées vers un but commun*.". Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°166, p. 194 : "Les règles de droit ne sont pas des normes dispersées et indépendantes les unes des autres. Elles s'ordonnent entre elles, se groupent, se hiérarchisent … Ainsi, les règles de droit doivent être groupées dans des ensembles organisés qui constituent l'ordonnancement juridique d'un certain type de relation sociale autour d'une idée directrice, d'une inspiration commune.".

[473] Paul ROUBIER, *Théorie générale du Droit. Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2ème éd. Revue et augm., Sirey, 1951, p. 20.

[474] Paul ROUBIER, *Théorie générale du Droit. Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2ème éd. Revue et augm., Sirey, 1951, p. 20. RENARD estime pour sa part que l'institution est "l'être qui supporte les institutions, au sens vulgaire du mot ... l'institution est un organisme" (*La théorie de l'Institution*, précitée, p. 98 et p. 215).

[475] J. L. BERGEL effectue le même constat, pour les institutions juridiques, lorsqu'il écrit : "entre les règles ainsi articulées, il existe des enchaînements logiques et matériels. Les institutions sont de véritables corps juridiques."(*Opus cité*, n°166, p. 194. Christian LARROUMET, *Introduction à l'étude du Droit privé*, 5e éd., Economica, 2006, n°142, p. 82).

[476] Les différentes définitions juridiques évoquent à chaque fois l'idée d'ensemble : V. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 245. Par ex. *corps de règles* : "Série de dispositions formant un ensemble cohérent".

est un ensemble de règles de fond, mais également de forme (ou de procédure). A cet égard l'adoption, le mariage, le divorce sont composés de règles de fond (capacité, âge, conséquences), mais également de forme (formes des demandes, procédure, délais, voies de recours) qui forment un tout, en ce qu'elles sont orientées autour d'un but commun.

Les règles de droit, qui constituent la « matière première » des institutions juridiques[479], "se définissent comme les règles de conduite régissant les rapports sociaux, sanctionnées par le Droit et qui ont un caractère permanent, général et abstrait."[480].

108. Evidemment, la difficulté consiste, pour l'utilisateur, à cerner concrètement ce qui constitue le corps de règles, ou l'ensemble, afin de pouvoir déterminer ce qui ressort de l'institution de ce qui n'en est pas.
Il faut donc pouvoir en proposer un critère.
Le critère est-il quantitatif ? Il est alors nécessaire qu'un certain nombre de règles se regroupent pour former un corps et la difficulté est alors de fixer le seuil à partir duquel plusieurs règles peuvent prétendre former une institution juridique. Combien de règles faut-il pour former un ensemble ?
Il faut se reporter aux dictionnaires de la langue française[481] pour trouver une définition du terme d' « ensemble » (car les dictionnaires juridiques n'en font pas état) : il s'agit dans un sens premier (adverbe) de "L'un avec l'autre, les uns avec les autres" et dans un second sens (nom masculin) de " L'union des parties dans un tout ; l'effet qui en résulte.".
Jean CARBONNIER explicite l'élément « ensemble de règles », caractéristique de l'institution juridique. Cet *ensemble* se compose, de plusieurs règles qui s'additionnent entre elles (une + une + une = institution). L'institution s'obtient donc par la somme de plusieurs

[477] Le caractère systématique des institutions permet d'ailleurs de les distinguer des principes généraux du droit. Sur ce point v. J. DABIN, *Théorie générale du Droit*, précité, n°91, p. 105/106 et J. L. BERGEL, *Opus cité*, n°173, p. 202.
[478] Ce caractère d'organisation est d'ailleurs commun aux institutions-organismes et aux institutions juridiques.
[479] La règle de droit est l'élément de base de l'institution juridique. La règle de droit établit des droits et des devoirs. Cela explique qu'une décision récente concernant l'autorité parentale, a jugé bon de rappeler que selon l'article 371-1 du Code civil, "l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant." (Civ. 1ère, 8 novembre 2005, D. 2006, J., p. 554). Plusieurs auteurs ayant affirmé que l'autorité parentale était une institution, cela signifie qu'une institution est aussi « un ensemble de droits et de devoirs ayant une finalité commune ».
Jean CARBONNIER définissait la règle de droit comme " une règle de conduite humaine, à l'observation de laquelle la société peut nous contraindre par une pression extérieure plus ou moins intense"(Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*. 22ème éd. mise à jour, PUF, 1994, n°4, p. 21/22. La dernière édition reprend la même idée, cf *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°4, p. 11/12).
[480] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°36, p. 47. Cf. *infra*, 2ème partie, p. 397 et s. La distinction entre institution juridique et règle de droit sera évoquée pour distinguer le détournement d'institution de la fraude à la loi.
[481] Dictionnaire LITTRE.

règles[482]. Dès lors, la qualification d' « institution juridique » s'impose à partir du moment où plusieurs règles peuvent être reliées entre elles pour donner naissance à un « corps » juridique. Il indique en effet que "si vous ajoutez à l'a. 205 les a. 206 à 211, vous avez toute une série de règles de droit dérivées de cette idée fondamentale qu'il faut, entre proches parents, se secourir en cas de besoin. C'est l'institution juridique de l'obligation alimentaire. "

Un autre auteur[483] estime qu'"Il en faut au moins deux, sans que, pour autant, cela paraisse suffisant.".

En jurisprudence, les décisions ayant évoqué ouvertement la notion d'institution concernent essentiellement l'institution de l'adoption, celle du mariage et certaines institutions du droit du travail .

En matière d'adoption, une décision permet affirmer qu'il faut plusieurs règles pour qu'une institution soit constituée : en effet dans la décision du 9 juillet 1981 précitée, la Cour d'appel de RIOM[484] avait relevé qu'en l'espèce, "S'il n'est pas contestable que E. et Melle M. remplissent les conditions exigées par les articles 344, 348 et suivants, ainsi que 363 du Code civil, il ne saurait toutefois être perdu de vue que *la loi sur l'adoption* a pour but de créer une filiation et qu'elle ne doit pas être *détournée de son esprit*".

La Cour souligne qu'il y a plusieurs dispositions qui se regroupent pour former l'institution de l'adoption.

Il peut donc être soutenu qu'un critère quantitatif permet de cerner le corps de règles qu'est l'institution juridique.

Mais le critère ne peut-il pas être qualitatif ? Ne pourraient alors prétendre à la qualification d'institution, que les regroupements de règles jugées suffisamment fondamentales pour mériter une telle qualification. La question se pose alors de savoir quels seront les critères retenus pour dire que telle ou telle règle est fondamentale et telle autre non.

Une illustration de ce critère peut être tirée d'un arrêt de la Cour d'appel de Versailles, du 2 octobre 2003. La Cour était saisie d'une décision d'un juge des référés, concernant l'utilisation du droit d'alerte par le comité d'établissement situé sur l'un des deux sites d'une entreprise.

---

[482] Mais il est fondamental d'ajouter : reliées entre elles par une finalité commune. Cf. *infra,* 118 et s. En pratique, fort heureusement, il existe des « indices » permettant de reconnaître quasiment à coup sûr une institution juridique : car très souvent de tels « composés de règles de droit » sont regroupés, qu'ils soient ou non codifiés, au sein d'un même chapitre ou d'une même section (ex. les délégués syndicaux (droit du travail)). Un rassemblement de règles sous la même « bannière », autour d'un même objet, doit faire soupçonner l'existence d'une institution.

[483] Dominique FENOUILLET, *Couple hors mariage et contrat,* p. 81 et s., spéc. p. 102, note 3, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille,* Economica, 2001.

[484] JCP 1982, II, 19799, note ALMAIRAC.

Le juge des référés avait estimé que l'exercice du droit d'alerte relevait uniquement et exclusivement du comité central d'entreprise et avait notamment « surabondamment » estimé que "le recours au droit d'alerte dans le cadre invoqué, même motivé par une légitime préoccupation de certains salariés quant à la forme de leur emploi, correspond de manière flagrante à un détournement de cette institution.".

La Cour d'appel confirme la solution, en retenant que "par sa finalité et ses modalités, le droit d'alerte concerne l'entreprise en son entier et non tel ou tel de ses établissements, qu'ainsi énoncé par le premier juge, le droit d'alerte est une attribution purement économique qui relève du comité correspondant à la structure sociale où s'exerce ce pouvoir économique …".

Le droit d'alerte, était, à l'époque des faits, le résultat des dispositions d'un seul article du Code du travail, l'article L 432-5[485] ...

Pourtant le juge des référés, a considéré que le droit d'alerte était une institution[486]. La décision peut surprendre, mais en même temps prend tout son sens, lorsque l'on sait que le législateur a également organisé le droit d'alerte pour les membres du comite d'hygiène et de sécurité[487].

Le Code du travail permet l'exercice de ce « droit », lorsque le comité d'entreprise a connaissance de faits « de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise »[488]. Il ne fait donc aucun doute que les dispositions résultant de ce droit, qui concernent la situation économique de l'entreprise, ont été jugées dignes de « protection »[489].

Il n'est d'ailleurs pas inconcevable de songer à *un cumul des deux critères* – quantitatif et qualitatif - pour reconnaître à un ensemble de règles le statut d'institution.

109. En doctrine, peu d'auteurs ont évoqué de telles difficultés, si ce n'est Jean CARBONNIER qui, dans l'exemple cité plus haut, a été peut-être le plus précis quant au nombre de règles pouvant être retenu pour former une institution.

Récemment, un autre auteur, Dominique FENOUILLET[490] a évoqué la question, en se demandant "comment déterminer le seuil à partir duquel la collection de règles forme une institution ? Les auteurs modernes parlent plus souvent de « *corpus* » ou encore de « système ». Ainsi le vocabulaire juridique y voit un usage récent « équivalent approximatif

[485] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°1006, p. 1270 et s. Le Nouveau Code du travail lui consacre les articles L 2323-78 à L 2323-82.

[486] La Cour d'appel écarte néanmoins la qualification de détournement d'institution retenue par le premier juge, en estimant le motif « surabondant ».

[487] Article L 231-9 du Code du travail. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°663, p. 851 et s. (Articles L 4131-2 et suiv. du Nouveau code du travail).

[488] Le Nouveau code du travail a repris au mot près les mêmes dispositions.

[489] Une première piste de ce qui peut être jugé « légitime » est de fait ouverte avec cette décision.

[490] Dominique FENOUILLET, *Couple hors mariage et contrat*, p. 81 et s., spéc. p. 102, note 3, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001.

de système juridique ou de branche du droit », ce qui ramène évidemment à la notion d'autonomie d'une branche du droit.".

Les exemples de corps de règles qualifiés d'institution par la jurisprudence - l'adoption, le mariage – font partie des institutions les plus importantes du droit de la famille, en ce qu'elles touchent précisément à l'établissement des liens de famille, de parenté, d'alliance, qui sont à la base de l'organisation sociale.

L'adoption et le mariage ont en commun le fait d'être des institutions solennelles : elles nécessitent pour leur mise en œuvre l'intervention de l'autorité publique (juge pour l'adoption, officier d'état civil pour le mariage). Ceci permettrait d'expliquer la vigilance des magistrats quant à l'utilisation de telles institutions. Certaines institutions seraient, de ce fait plus « importantes » que d'autres. Il est particulièrement révélateur que dans le cadre des détournements de l'institution de l'adoption, la question se soit posée, à l'occasion des affaires de maternité de substitution, de savoir si il était illicite de vouloir créer une filiation ?

Si un critère « qualitatif » devait être retenu, il consisterait à admettre que seules les institutions « fondamentales » seraient protégées par le détournement d'institution. Seraient fondamentales les institutions juridiques nécessitant l'intervention de l'autorité publique pour qu'elles puissent être mise en œuvre (mariage, adoption, divorce …). Les autres institutions ne bénéficieraient pas d'une telle protection.

Mais la doctrine a également reconnu que la période d'essai ou le congé sabbatique étaient des institutions juridiques[491], ce qui sous-entend que des corps de règles moins « fondamentales »[492] peuvent être reconnus comme institutions juridiques.

La jurisprudence est allée en ce sens, puisqu'elle a étendu la sanction du détournement d'institution à l'institution du congé sabbatique[493], laquelle ne rentre pas dans la catégorie des institutions solennelles.

110. Il n'est pas donc pas certain que le critère de sanction du détournement d'institution soit lié au caractère solennel ou non d'une institution. Il tiendra davantage au caractère frauduleux de l'utilisation de l'institution (mariage blanc par exemple) ou à l'atteinte réalisée à l'ordre public par le détournement opéré (mères porteuses).

Mais surtout, l'importance d'une institution ne se mesure pas seulement au nombre de règles qu'elle regroupe, mais au fait que c'est un corps de règles organisé autour d'une finalité commune.

---

[491] Cour d'appel de Versailles, 5ème chambre, 6 novembre 1990, Gaz. Pal. 18/19 décembre 1991, pan. jur., p. 6/7.
[492] Pour l'organisation sociale …
[493] Cour d'appel de Versailles, 5ème chambre, 6 novembre 1990, Gaz. Pal. 18/19 décembre 1991, pan. jur., p. 6/7, précitée.

2) L'organisation de l'institution autour d'une finalité commune

111. Deux éléments doivent donc être expliqués : l'institution est un corps de règles « organisé »[494] (a).

Ce corps de règle est organisé autour d'une « finalité commune » (b).

a) L'organisation est le critère de la notion de corps de règles

112. L'institution est un ensemble de règles, mais un ensemble ordonné "d'une façon cohérente et rationnelle … la logique d'une institution ou d'un instrument n'étant pas la même que celle d'une autre institution ou d'un autre instrument. Ex. pensions alimentaires et pensions indemnitaires."[495].

L'organisation interne de l'institution se traduit par une nécessaire hiérarchie[496] entre les règles qui la composent.

Cette hiérarchie repose toute entière sur le but, la finalité poursuivie par l'institution : Jean DABIN[497] explique qu'entre les règles qui composent l'institution, "règne une *hiérarchie*,

---

[494] Cependant, il ne faudrait pas croire que le mécanisme est parfait et bien rôdé. Il faut nuancer les propos qui ont été rapporté au sujet du caractère hiérarchisé et structuré des institutions juridiques. En effet, il existe dans la réalité juridique des institutions que l'on peut qualifier de lacunaires "dont le système est incomplet par manque de l'une ou l'autre règle subordonnée qui la rendrait efficace ... Ou bien encore, une précaution a été négligée, dont l'absence empêchera la règle d'atteindre son but.".
Là encore il faut tempérer cette affirmation, car "la lacune a pu être comblée grâce au travail de la jurisprudence venant compléter la loi.".
Mais il est également possible que le défaut soit plus grave encore : "certaines institutions pêchent par une discordance interne. Entre deux partis, le législateur n'a pas su choisir et il a abouti à une solution bâtarde" Cf. Jean DABIN, *Théorie générale du Droit*, nouvelle éd., Dalloz, 1969, n°92, p. 106/107.
Jean DABIN signale même qu'"aux degrés supérieurs de la généralisation, les mêmes phénomènes d'inachèvement ou d'incohérence se rencontrent plus fréquemment encore : certaines institutions se figent, alors que d'autres, pourtant symétriques ou en liaison avec elles, évoluent de manière plus ou moins brusque ou rapide sans que cette fois encore, on discerne les raisons de la différence d'allure." (*Opus cité*, p. 108). Cf. Jacques LEAUTE, *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, précité, qui propose une théorie explicative de ces différents mouvements. Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 76 et s.

[495] Christian LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, T. I, 5ème éd., Economica, 2006, n°142, p. 82. Roger PERROT constate que "chaque institution porte en soi un ensemble d'éléments qui participent de son essence logique"(Opus cité, p. 127).

[496] Pour d'autres auteurs, l'ordonnancement se traduira par la notion d'autorité : "C'est ce principe juridique interne qui soutient l'organisme institutionnel en l'assujettissant à sa finalité, à son « idée » … que j'appelle l'autorité …" (Georges RENARD, *La théorie de l'Institution. Essai d'ontologie juridique*, 1er volume, Sirey, 1930, p. 310 et p. 316 : "L'autorité … tient à l'« organisation », savoir à l'intégration d'une finalité, d'une idée, d'une « forme » … dans une collectivité de personnes …"). Pour BRETHE DE LA GRESSAYE, "Quel qu'il soit, le mode d'organisation traduit le principe d'*autorité*, qui est un élément essentiel de l'institution."(*Recueil Dalloz*, n°36. Voir également Gaston MORIN, *article précité*, p. 77. Maurice HAURIOU, *La Théorie de l'Institution et de la fondation*, *article précité*, p. 11).

[497] Jean DABIN, *Théorie générale du Droit*, nouvelle éd., Dalloz, 1969, n°87, p. 101. Jacques CHEVALLIER vise "la hiérarchisation. Le système institutionnel est toujours construit autour d'un pôle ou nœud dominant, différent selon les sociétés, qui sert de centre de gravité, de point d'attraction, et surtout de clef de voûte, en

dont la clé est fournie par la finalité de l'institution et par le degré de proximité du moyen à la fin, le moyen le plus éloigné étant subordonné au moyen le plus proche, et ainsi de suite."[498].

De plus, à l'organisation interne de l'institution, selon un processus logique et cohérent, correspond une organisation logique en ce qui concerne les relations des diverses institutions entre elles.

Les institutions se composent en effet d'institutions principales, d'institutions secondaires ou sous-institutions[499] : "la plupart des institutions juridiques et les notions qu'elles utilisent sont elles-mêmes susceptibles de regroupement en des synthèses plus vastes. Ainsi, l'institution-vente, en tant que contrat, dépend de l'institution-contrat qui, elle-même, dépend de l'institution acte juridique, l'acte juridique étant le terme générique qui recouvre le contrat et l'acte unilatéral …"[500].

L'institution peut être détournée de sa finalité, quelle que soit sa place dans cette structure hiérarchisée[501].

assurant la cohésion de l'ensemble."(Jacques CHEVALLIER, *L'analyse institutionnelle, in L'institution*, ouvrage collectif, PUF, 1981, p.20).

[498] L'auteur propose un exemple pour illustrer son affirmation : "la loi prescrit au tuteur de gérer en bon père de famille les biens du pupille (art. 450 c. civ.), ce qui est la traduction juridique immédiate de l'idée directrice de protection. Mais la loi ne s'arrête pas là. En conséquence de l'idée elle prévoit (deuxième règle, subordonnée à la première) que le tuteur sera obligé de rendre compte de la gestion (art. 469). Pour éviter que le tuteur n'élude la rédhibition de compte, elle interdit tout traité passé entre le tuteur et le mineur devenu majeur s'il n'a été précédé de la remise d'un compte détaillé (troisième règle, sous-subordonnée) et, en même temps (quatrième règle), elle sanctionne cette interdiction par la nullité relative du traité contraire à la loi (art. 472)." (Jean DABIN, *Théorie générale du Droit*, nouvelle éd., Dalloz, 1969, n°87, p. 101/102).

[499] "Il y a même des institutions d'institutions, en ce sens que certaines institutions principales, plus complexes, contiennent en elles d'autres institutions secondaires ; par exemple la famille est une institution qui en groupe un certain nombre en dessous d'elle, le mariage, la puissance paternelle, le régime matrimonial" (Paul ROUBIER, *Théorie générale du Droit. Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2ème éd. Rev. et augm., Sirey, 1951,p . 19).

[500] Jean DABIN, *Théorie générale du Droit*, Nouvelle édition, Dalloz, 1969, n°90, p. 104. Claude DU PASQUIER, constate que "Lorsque diverses institutions juridiques se ramènent à un type commun, comme la vente et le bail se ramènent au contrat, on est en présence d'institutions secondaires et d'institutions principales. Ainsi les institutions s'ordonnent autour de centres plus importants et ainsi de suite : le contrat d'apprentissage est une sous-institution par rapport au contrat de travail ; ce dernier à son tour gravite autour de l'institution juridique qui est le contrat." (*Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, 3ème éd., Delachaux et Niestlé SA, 1948, n°160, p. 141). De son côté, Boris STARCK note que "La notion d'institution est susceptible de degrés. Des institutions principales peuvent contenir elles-mêmes des institutions secondaires, telle que la famille qui embrasse d'autres groupements organiques comme le mariage, l'autorité parentale, le régime matrimonial, etc." (B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au Droit*, 5ème éd., 2000, n°258, p. 109.). Jean CARBONNIER a également bien perçu une telle structure, en rappelant que "Les institutions juridiques s'ordonnent d'ailleurs entre elles, se groupent, se hiérarchisent. Ainsi l'institution de l'obligation alimentaire et l'institution du mariage se rassemblent pour former, avec d'autres, une institution juridique plus vaste qui est l'institution de la famille."(Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°4, p. 12).

[501] Cf. observations précédentes, sur le critère qualitatif. Un exemple peut être tiré d'une décision de la 3ème chambre civile de la Cour de cassation du 18 novembre 1998, qui était saisie d'un « détournement des institutions judiciaires ». (Civ. 3ème, 18 novembre 1998, www.legifrance.gouv.fr, pourvoi n°96-14.055). [501] D'après Gérard CORNU, les « institutions judiciaires » correspondraient "dans un usage récent à l'équivalent approximatif de branche du droit ou de système juridique". (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 499).

La Cour d'appel, dont la décision est cassée pour violation de la loi (mais parce qu'elle n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations), avait retenu "qu'en multipliant et en compliquant les

La hiérarchie, la logique interne des institutions est obtenue grâce à la finalité, au but poursuivi par l'institution. S'il est un élément dont l'importance n'est pas à démontrer en ce qui concerne la notion d'institution, c'est donc bien celui de sa finalité.

b) L'idée ou finalité[502] est l'élément fédérateur de l'institution

113. La finalité ou le but poursuivi par l'institution sont en fait les éléments phares de l'institution. C'est le but poursuivi qui lie entre elles les différentes règles formant l'institution, qui en est le « ciment » (cf. infra, *finalité).*

La première difficulté à laquelle le juriste se trouve confronté, est de définir ce qu'est la finalité (∞). Or cette définition est fondamentale, car la finalité constitue le cœur de l'institution juridique (β).

Ce premier obstacle franchi, il faut ensuite se demander comment déterminer la finalité d'une institution juridique ? (γ)

∞) La notion de finalité

114. Rares sont les auteurs qui se risquent à en proposer une définition. Par contre, la doctrine emploie volontiers des termes équivalents comme celui de « but » de l'institution.

La finalité d'un mécanisme juridique est alors définie comme le but poursuivi par, l'objectif de ce mécanisme[503].

procédures, Mme V. a, par un véritable détournement des institutions judiciaires, fait dégénérer en abus certain son droit d'ester en justice …". En effet, la Cour avait relevé que le demandeur en justice avait eu gain de cause dans les diverses procédures qu'il avait engagé, il ne pouvait y avoir abus du droit d'agir en justice. (Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 27ème éd. Refondue, 2003, n°71, p. 113 et s.) C'est pour cette raison que la décision est cassée pour violation de la loi, mais l'affirmation selon laquelle le fait de multiplier et de compliquer les procédures conduit à un détournement des institutions judiciaires n'est pas remis en cause par cette cassation.

[502] DESQUEYRAT évoque la distinction entre idée et finalité dans le phénomène institutionnel : "La finalité et l'idée ne sont pas deux réalités juxtaposées ; elles sont plutôt deux aspects d'une même réalité. Il n'y a pas de finalité sans idée ; il n'y a pas davantage d'idée à poursuivre sans finalité. Mais historiquement la finalité s'est présentée avant tout comme une finalité morale comme un moyen de protéger « l'éminente dignité de la personne humaine » … tandis que l'idée se présente avant tout sous un aspect positif, comme un moyen de poursuivre tout but licite général ou particulier." (André DESQUEYRAT, *L'institution, le droit objectif et la technique positive. Essai historique et doctrinal*, Thèse, Sirey, 1933, p. 388).

[503] Cf. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, v. «fin», p. 411. Ce terme est à rapprocher des termes de but, de cause finale : «but» : «Objectif, fin poursuivie. Ex. but d'une loi, d'un acte juridique, d'un groupement.». «Cause finale» (voir cause, p. 128/129) : «Intérêt de l'acte juridique pour son auteur (cause finale) qui correspond :

a) S'il s'agit d'en apprécier la licéité ou la moralité, au mobile individuel, concret et variable dans le type même d'acte d'une personne à l'autre (l'un achète une maison pour l'habiter, l'autre pour la louer, un autre pour la revendre) ; on parle alors de cause impulsive et déterminante, ou cause concrète, purement subjective.

(p. 129) b) S'il s'agit de vérifier l'existence de la cause, à l'effet de droit inhérent à l'acte, considération abstraite plus objective et invariable dans un même type d'acte (ex. pour l'acquéreur, l'acquisition de la propriété ; pour le

La notion de finalité n'apparaît pas comme telle dans les dictionnaires juridiques, il faut chercher au mot « fin »[504]. Mais les deux expressions sont utilisées comme synonymes l'une de l'autre pour les juristes.

115. En doctrine, la «finalité» a été spécialement étudiée par R. VON IHERING, dans un ouvrage intitulé "Le But du Droit"[505], le premier chapitre y est en effet consacré à la «loi de finalité»[506], qui peut se résumer dans la formule «point d'action sans but»[507].

IHERING s'attache à décrire et à définir la notion de but, qui constitue l'essence de la finalité[508] : "le but est la conception d'un événement futur que la volonté tend à réaliser"[509].

La définition du but ainsi proposée a été approuvée par la majorité de la doctrine, qui reprend des formules similaires[510], en estimant que « finalité » et « but » sont deux expressions

vendeur, la réception du prix) ; on parle de cause abstraite, objective (mais c'est toujours une cause finale) ; v. motif, raison, fin.».

[504] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., Quadrige, PUF, 2007, p. 411 : "1. Terme, extinction ... 2. Finalité, but objectif (même sens que cause finale). 3. Syn. En procédure, surtout au pluriel, d'objet de la demande.".

[505] *L'Evolution du Droit (Zweck in Recht).* Trad. Sur la 3ème éd. Allemande par O. DE MEULENAERE, PARIS, Librairie A. Marescq, 1901.

[506] *Opus cité,* p. 1 et s.

[507] *Ibidem.*

[508] N°5, p. 6.

[509] "Jamais l'action elle-même n'est un but, elle n'est qu'un moyen de l'atteindre ... dans chaque action nous voulons non cette action même, mais seulement son effet pour nous. Cela revient à dire que, dans chaque action, c'est uniquement le but de celle-ci que nous poursuivons."(N°8, p. 8).

[510] Henri CAPITANT, *De la cause des Obligations*, Dalloz, Paris, 1923, n°3, p. 9 : "toute personne qui consent à s'obliger envers une autre est déterminée par la considération d'un but qu'elle se propose d'atteindre par la voie de cette obligation. La volonté de celui qui contracte une obligation est toujours et nécessairement dominée par le désir d'arriver à une fin envisagée par lui.". V. également Roger PERROT, qui s'est aussi intéressé à cette question de la finalité dans l'institution. Il rappelle que "La volonté est toujours orientée par la représentation d'une fin à atteindre parce qu'elle cherche la cause de ses actes dans l'avenir. Autrement dit, il n'y a pas d'action consciente sans un but, c'est-à-dire sans la « conception d'un événement futur que la volonté tend à réaliser ». La loi de la finalité est aux actions humaines ce que la loi de la causalité est au monde matériel. Or, la loi de la finalité trouve naturellement sa place dans le domaine du Droit auquel revient la tâche périlleuse de régler les rapports entre les hommes". (Roger PERROT, De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques, Sirey 1953, p. 4).

interchangeables[511]. Le but correspond au résultat visé par les parties à l'acte[512], ou attendus par l'agent de son acte[513].

Ainsi, finalité et but sont deux notions parfaitement équivalentes, le but constituant pour IHERING la pierre d'achoppement de tout le droit[514].

116. L'autre auteur incontournable pour cerner ce qu'est la finalité est Louis JOSSERAND[515].

L'idée principale qui sous-tend toute la philosophie du Doyen consiste en ce que "droits et actes juridiques sortent du domaine de l'abstraction ... pour se réaliser socialement, conformément à leur essence intime et en fonction de leur finalité ... c'est le but qui crée le droit : c'est la fin poursuivie qui justifie les moyens employés et le droit tout entier ... se ramène à une vaste téléologie sociale." [516].

---

[511] Henri CAPITANT, *De la cause des Obligations,* Dalloz, Paris, 1923, n°3, p. 9 : "Dans la terminologie juridique, le but s'appelle la *cause de l'obligation*, expression critiquable ... car il n'est guère logique de désigner sous le nom de cause la fin poursuivie. Le mot cause fait en effet penser à quelque chose d'antérieur à l'acte accompli ... Tandis que le but est dans l'avenir ou, au plus dans le présent ..." ; n°6, p. 15 : "... la vie de l'obligation, une fois qu'elle est née, reste subordonnée à la réalisation de la fin poursuivie, car si cette fin ne se réalise pas, il n'est pas admissible que l'obligation garde sa force obligatoire.". Cf. également n°7, p. 17 et p. 18 : "... si par suite d'un événement postérieur à la naissance de l'obligation ... la fin voulue par le débiteur ne peut pas se réaliser, celui-ci cesse d'être obligé, il est libéré ... Il n'est pas admissible qu'une promesse garde sa force obligatoire alors qu'elle ne mène pas au but visé". V. n°14, p. 30. Henri BUFNOIR, *Propriété et contrat*, p. 529 : "Le but est comme un élément subjectif qui vient compléter la volonté de celui qui s'oblige ... En réalité, il s'oblige pour atteindre tel résultat qu'il attend du contrat, ou encore, il s'oblige parce qu'un tel résultat se trouve déjà réalisé.".

[512] Henri CAPITANT, *De la cause des Obligations,* Dalloz n°2, p. 7.

[513] Louis JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé,* Dalloz, 1928, n°7, p. 10. Louis JOSSERAND précise encore qu'il "faut s'inquiéter des résultats que l'agent attendait de son acte, du *but* qu'il se proposait d'atteindre, il faut pénétrer jusqu'à son *intention* ..." . *(Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé.* Dalloz, 1928, n°7, p. 8).Un auteur (SCHLOSSMANN), cité par CAPITANT, indique que "La tradition, l'obligation assumée sont pour moi, en elles-mêmes, sans intérêt ; elles ne m'intéressent que par le *résultat attendu* ; elles ne sont pas pour moi but, mais moyen de parvenir au but. But et moyen, tous deux sont voulus par moi, mais ce dernier seulement en tant qu'il conduit à la réalisation du premier". (CAPITANT,n°2, p. 8/9 : *Zur Lehre von der Causa obliotorischer Verträge*, Thèse Doctorat Breslau, 1868, p. 39).

[514] *L'Evolution du Droit (Zweck in Recht), précité*, p. 291 : "dans le domaine du droit, rien n'existe que par le but et en vue du but ; le droit tout entier, n'est qu'une unique création du but". Cf. L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé,* Dalloz, 1928, n°3, p. 4.

[515] *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 1ère éd. 1927 ; 2ème éd. , Dalloz, 1939, n°16, p. 17 ; n°17, p. 19 ; p. 370 : "en réalité, et dans une société organisée, les prétendus droits subjectifs sont des droits-fonctions ; ils doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leur titulaire commet un détournement, un abus de droit ; l'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité.".

[516] *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé.* Dalloz, 1928, n°3, p. 4. Pour DELOS, par exemple, "Dans l'Etat qui et un « état de droit », chaque règle positive est la « mise en forme » d'une pensée et d'une volonté du corps social, répondant à un des besoins. Elle exprime la façon dont, sur un point particulier, la société se conçoit elle-même. De même qu'il y a une idée directrice finale qui explique la fondation et la durée de l'Etat, de même y a t-il en chaque loi particulière une idée qui achemine vers la réalisation du but de l'Etat … toute loi, toute règle de droit contiennent une « idée » qu'elle assortit des voies et moyens nécessaires à sa réalisation concrète et historique.". (J. T. DELOS, *Les buts du droit : bien commun, sécurité, justice.* 3ème annuaire de l'institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1938, p. 29 et s., spéc. p. 38).

Si aujourd'hui la plupart des auteurs ont recours à la notion de finalité, il n'en a pas toujours été ainsi dans le passé, certains évoquant le «but économique et social du droit». Cette expression, très en vogue au début du

Les notions de finalité et de but sont utilisées de façon synonyme par JOSSERAND[517], JOSSERAND qualifiant même le critère du détournement du droit de sa fonction sociale de «critère fonctionnel ou finaliste».[518]

La finalité pour JOSSERAND, que ce soit la finalité d'un droit ou la finalité d'un acte correspond au but ultime poursuivi par les auteurs de ce mécanisme, par opposition à la notion de but immédiat. En effet, pour reprendre ce qui a été affirmé précédemment[519], le but constitue le résultat visé par l'action engagée par le sujet, le but immédiat pouvant être rapproché de l'intention, de la cause de l'acte, du motif, alors que le but ultime est tourné vers l'avenir[520] et révèle «le but de l'opération»[521].

A côté du mot « but », JOSSERAND utilise un autre terme permettant également de définir ce qu'est la finalité, il s'agit du terme d'« esprit ». L'auteur y a même recours largement puisqu'il consacre un ouvrage à « l'esprit des droits »[522].

L'esprit des droits se rattache à la finalité de ceux-ci : "pas plus que la loi ne saurait être appliquée au rebours de son esprit ... nos droits ne peuvent se réaliser à l'encontre et au mépris de leur mission sociale, à tort et à travers : on conçoit que la *fin*[523] puisse justifier les moyens, du moins lorsque ceux-ci sont légitimes en eux-mêmes ; mais il serait intolérable que des moyens, même intrinsèquement irréprochables, puissent justifier toute *fin*[524] , fût-elle odieuse et inconcevable."[525].

XXème siècle, a peu à peu cédé la place à l'expression de « but poursuivi par le législateur », que la doctrine contemporaine ramène très souvent à la notion de «finalité» (Cf. supra, émergence doctrinale du détournement d'institution, p. 33 et s.).

[517] *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 2ème éd., *précitée*, n°292, p. 394/395 : "Cette discipline n'est autre que celle de la finalité des droits, de leur relativité en considération et en fonction de leur but. ... puisque chaque égoïsme concourt au but final, il est de toute évidence que chacun de nos droits subjectifs doit être orienté et tendre vers ce but ... en réalité ... les prétendus droits subjectifs sont des droits-fonction ; ils doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leur titulaire commet un détournement, un abus de droit ; l'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité.".

[518] *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 2ème éd., p. 394.

[519] Cf. supra.

[520] *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, cité supra*, n°16, p. 27.

[521] *Ibid.*

[522] *l'Esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 2ème éd., Dalloz, 1939. Dès les premières pages de l'étude, il pose comme postulat que l'abus de droit est "l'acte contraire à l'esprit d'un droit déterminé" (n°7, p. 8). Il précise que "de même qu'il existe un *esprit des lois*, et, plus généralement, un *esprit du droit* entendu objectivement et dans son ensemble, aussi doit-on admettre l'existence d'un *esprit des droits*, inhérent à toute prérogative subjective, isolément envisagée."(n°10, p. 10. V. également, *De l'abus des droits*, Paris, 1905, p. 5 et p. 18).

[523] C'est nous qui soulignons.

[524] C'est nous qui soulignons.

[525] JOSSERAND entreprend l'étude des manifestations de l'abus de droit à travers plusieurs droits subjectifs et particulièrement le droit de propriété. Il en ressort que la finalité est un élément caractéristique des droits subjectifs, et l'abus de droit "implique la déviation d'un droit, son détournement du but en vue duquel il a été institué" (n°16, p. 19). Il poursuit : "Plus nombreuses encore, et surtout plus importantes sont les prérogatives qui, ressortissant à la propriété foncière, sont considérées comme douées d'une finalité propre contre laquelle elles ne sauraient être impunément utilisées et qui se dégage de l'essence même de cette institution ... Si [le propriétaire] met en œuvre son droit de propriété en vue de fins étrangères à son intérêt légitime, notre

117. L'esprit se définit en droit autour de deux notions antonymes : le corps d'une part, et la lettre d'autre part : l'esprit est en effet d'abord présenté comme la "composante psychique de la personne physique"[526], mais le terme recouvre, dans une seconde acception, l'"idée qui anime une règle et qui a vocation à guider son interprétation"[527], par opposition à la lettre de cette règle.

Si l'on prend le sens premier du mot, dans son opposition à la notion de « corps », l'expression d' « esprit » est effectivement plus « parlante » que celle de but, car elle suppose que l'« esprit » s'incarne dans un « corps ». Or, par « corps », les juristes visent plus particulièrement le corps de règles juridiques[528]. Et au fond, qu'est-ce qu'un corps de règles juridiques, sinon une institution ?[529]

L'emprunt se justifie encore davantage, *a fortiori*, lorsqu'on se penche sur la deuxième définition du terme d'« esprit » précitée, par rapport à la lettre, Gérard CORNU évoquant lui-même « l'esprit de l'institution »[530].

La jurisprudence, dans ce domaine, ne se démarque pas de la doctrine et évoque, à côté de la notion de « but », celle d' « esprit de l'institution »[531], pour désigner la finalité d'une institution juridique.

118. La finalité, appliquée à l'institution, correspond, par conséquent, au but poursuivi par l'institution, ou à son esprit. C'est l'idée directrice permettant de fédérer autour d'elle les règles de droit qui composent l'institution[532].

jurisprudence ne lui passe plus rien ... elle le rend responsable de ce préjudice survenu au cours d'une fausse direction imprimée à ses prérogatives ... l'acte accompli, licite en lui-même et si on l'envisage intrinsèquement, devient illicite par les mobiles qui l'ont déterminé, par la finalité à quoi il tend.". (n°20, p. 24/25. V. pour les autres droits subjectifs passés en revue par JOSSERAND : sûretés (n°34, p. 50) ; droit de rétention (n°38, p. 53) ; droit d'ester en justice (n°45, p. 66 ; 48, p. 69 ; 62, p. 91).

[526] Cf. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 371, v. « esprit » : l'auteur ajoute : "en tout être humain, ensemble de ses facultés mentales (dont l'altération – faiblesse, insanité d'esprit – peut être une cause de nullité des actes juridiques et/ou d'établissement d'un régime de protection)".

[527] Gérard CORNU note qu'il s'agit de l'« inspiration fondamentale voisine de l'intention du législateur, mais plus objective et non nécessairement figée (l'esprit d'une institution peut évoluer) » (*Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 371, v. « esprit »). Un auteur, DELOS, a étudié les conséquences de la finalisation au niveau du Droit : "Ces concepts sociaux et techniques s'agencent autour de l'idée pour la réaliser et celle-ci est le but de leur agencement. Ces buts, reliés les uns aux autres, forment un ensemble cohérent, un système qui donne à l'ordre juridique d'un peuple sa substance spirituelle, et à la société sa structure" (J. T. DELOS, *Les buts du droit : bien commun, sécurité, justice*. 3ème annuaire de l'institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1938, p. 29 et s., spéc. p. 38). V. Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°23 et s., p. 30 et s., spéc. n°23, p. 30.

[528] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, v. « corps ».

[529] Cf. *supra*, p. 109.

[530] La finalité, l'esprit de l'institution sont des éléments essentiels de cette dernière. JOSSERAND l'affirmait déjà : "L'esprit même de l'institution ... ne saurait être transgressé impunément, fût-ce sous le couvert et avec la complicité d'un texte légal, conventionnel ou réglementaire ; la lettre tue, et seul l'esprit vivifie."(Louis JOSSERAND. De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits, 2ème éd., Dalloz, 1939, n°197, p. 265).

[531] Cf. Cour d'appel de Riom, 9 juillet 1981, JCP 1982, II, 19798, note ALMAIRAC, précitée.

De fait, il apparaît alors que la finalité est au cœur de l'institution, et par voie de conséquence du détournement d'institution (ce qui n'est pas propre à ce dernier d'ailleurs). En effet, si l'on rapproche le détournement d'institution d'autres notions telles que le détournement de pouvoir[533] ou l'abus de droit[534], force est de constater que la finalité y joue aussi un rôle majeur[535], au point de former l'un des éléments constitutifs de la définition de ces concepts.

119. A la notion de « finalité », un auteur a préféré celle de « fonction ». En effet, pour Dominique FENOUILLET, le détournement d'institution serait plus exactement défini "comme *la mise en œuvre d'une institution à des fins exclusives étrangères à sa (ses) fonction(s).*"[536].

Madame FENOUILLET considère que le terme de « fonction » a une connotation plus objective que celui de « finalité », ce dernier évoquant "la volonté de l'auteur des règles régissant l'institution considérée.". La fonction correspond alors au "rôle caractéristique d'une chose dans l'ensemble auquel elle appartient. Appliquée à l'institution, elle désigne le rôle que joue ladite institution dans le système juridique.". Madame FENOUILLET conserve le terme de « finalité » pour viser "l'objectif recherché par le sujet de droit lorsqu'il utilise l'institution juridique hors de sa destination". Si l'analyse de Madame FENOUILLET doit

[532] Cf. *infra*, développements sur l'institution, p. 118 et s.

[533] Ainsi que l'explique ALTABERT," La conscience juridique moderne s'oppose à ce que les pouvoirs de l'individu ou de l'administrateur, puisés les uns et les autres dans la société dans l'interdépendance sociale, servent des fins non conformes à leur origine ... Si l'on ne considère plus les pouvoirs comme l'exercice discrétionnaire d'un droit subjectif, la notion de but vient en compléter l'analyse et y prendre une importance capitale : « le but, a t'on dit, a créé tout le droit ...il n'est pas un seul principe juridique qui ne doive son origine à un but, c'est à dire à un motif pratique » ; « un acte a une valeur juridique parce que la volonté qui l'a produit est déterminée par un but conforme à la règle de droit. La notion de but permet seule de réaliser l'ordre dans la société." (Victor ALTABERT, *Comparaison entre les théories jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoir en droit public*, Thèse Dijon, 1951, p. 61).

[534] REYNAUD a une vision plus ontologique de la finalité, qui ne va pas d'ailleurs sans rappeler celle d'IHERING à propos des institutions juridiques. Dans la thèse qu'il consacre à l'abus du droit, l'auteur considère en effet que le "droit ... est en lui-même comme un moule vide, un organisme mort, dépourvu de nerfs et de sang : c'est quelque chose d'inerte et d'abstrait, une simple armature. Ce qui vient l'animer, le vivifier, ce n'est pas la volonté ... mais le but économique à atteindre. Il faut replacer le droit dans le milieu social, l'adapter aux faits et aux circonstances, voir en un mot si, dans telle hypothèse donnée, le but poursuivi est bien celui que la loi a dû lui assigner, celui qui vient appeler ce droit à la vie.". Le rôle moteur de la finalité permet selon lui d'expliquer que "dès qu'une institution juridique sert à obtenir un résultat autre que celui que lui a assigné le législateur, nous sortons des limites du droit, et l'abus commence" (Lucien Henri Camille REYNAUD, *L'abus du droit*. Thèse, Paris, 1904, p. 4/5 et p. 49/50). V. également, Guy COURTIEU dans des développements consacrés à l'abus de droits et à l'abus de pouvoirs, qui s'intéresse au « détournement de droits », concept que l'on peut mettre en parallèle avec le détournement d'institution, et il explique que "le détournement de droits est caractérisé lorsqu'une personne utilise des dispositions juridiques à des fins autres que celles voulues par le législateur." (*Abus de droits et abus de pouvoirs.* Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386, fasc. 131-20, 2005,n°52, p. 14).

[535] Ernest PORCHEROT souligne, à propos de l'abus de droit, que "Cette idée de finalité apporte un tempérament à la liberté souvent excessive et trop rigoureuse que l'on a d'user de son droit ; c'est en ce sens qu'il est vrai de dire que chaque droit porte en lui-même ses limites." (Ernest PORCHEROT, *De l'abus de droit*, Thèse, Dijon, 1901, p. 157).

[536] Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 245.

être approuvée, d'un point de vue de stricte rigueur juridique, notre préférence va cependant vers le terme de « finalité », qui est celui auquel se réfère le plus volontiers la jurisprudence, et qui est suffisamment éprouvé en doctrine pour que tout le monde comprenne immédiatement à quelle idée il renvoie[537].

Mais au fond, il faut admettre que la terminologie retenue est sans incidence sur le fait que, quel que soit le nom qu'on lui choisisse, la « finalité » reste le critère essentiel de la notion d'institution juridique.

β) La finalité de l'institution est le critère essentiel de la notion

120. Le corps de règles de droit − institution juridique − est animé par une finalité propre, qui est celle de l'institution. L'élément de finalité est, pour la doctrine l'élément caractéristique de l'institution juridique[538].

La finalité constitue le "but profond de chaque institution, appelé aussi « fondement », « esprit », « raison d'être », « mission », « objet », de celle-ci et parvenir au cœur même du droit, c'est-à-dire à la notion de finalité du droit. Chaque grande institution, chaque petite règle de détail, est justifiée par la fin qu'elle poursuit, et c'est vers cette fin qu'on doit remonter pour expliquer son comportement." [539].

La notion de finalité renvoie donc aux notions de « but » [540], d'« esprit » [541], d'« idée ».

---

[537] Les raisons de notre choix sont, soyons clair, entièrement subjectives.

[538] Rappelant les travaux de CUCHE et d'IHERING sur l'institution, Monsieur PERROT indique que ces auteurs mettent en avant que "la notion de but est l'élément dominant et caractéristique de l'institution juridique." (Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 6). Précisément, IHERING, étudiant l'institution juridique, se demande ce qui caractérise ce « corps juridique » : "Serait-ce son *but* ? On pourrait le croire, car la mission pratique qu'il doit remplir contient le motif général pour lequel il existe … elle donne, en un mot, sa clef logique … mais je conteste que la théorie *juridique* puisse se baser sur ce but pour *définir*." (R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement*, trad. O. DE MELEUNAERE, T. 1, 3ème éd., Paris, 1936, p.55/56. IHERING poursuit : "lorsque nous employons ce mot *but* dans son vrai sens, nous entendons par le *but* d'une institution quelque chose d'opposé au contenu, quelque chose de plus élevé, se trouvant en dehors de cette institution, et dont elle n'est qu'elle-même un moyen.".

[538] Jacques LEAUTE, *Les éclipses et les renaissances d'institution en droit civil français*, Sirey, 1946, p. 37. Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°170, p. 199 : Jean-Louis BERGEL explique que "la finalité de l'institution impose aussi une organisation hiérarchique des éléments qui la composent. C'est cette finalité qui constitue la clé de la hiérarchie autour de laquelle s'articulent les organes et les règles que rassemblent les institutions. Les règles se regroupent autour de principes directeurs qu'elles appliquent ou auxquels elles dérogent.". L'exemple proposé par Monsieur BERGEL à titre d'illustration concerne la protection des incapables : "La protection des incapables, mineurs ou majeurs, est modulée dans des régimes plus ou moins structurés en fonction de la fragilité des intéressés et de la sécurité de leur environnement … La hiérarchie établie entre les règles et les organes est alors à la fois matérielle et formelle".).

[539] V. références note précédente.

[540] Jean BRETHE DE LA GRESSAYE et Marcel LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947, n°193, p. 157. Ces auteurs précisent, prenant l'exemple de la propriété, qu'à l'intérieur de l'institution, "Toutes ces règles sont reliées les unes aux autres parce qu'elles concourent toutes au même but, qui est d'assurer au propriétaire la maîtrise de sa chose. De même, dans l'ordre des relations de *famille*,

Les auteurs, de façon unanime[542], insistent sur la place réservée à « l'idée » par la théorie institutionnelle ; elle est le premier « élément » de l'institution.

La finalité, le but sont le «ciment» de l'institution : "toutes les règles sont reliées les unes aux autres parce qu'elles concourent toutes au même but"[543]. Ces éléments permettent de justifier l'organisation interne et la hiérarchie qui s'établit entre les différentes règles qui composent l'institution. L'idée directrice détermine la direction suivie par l'institution et qui permet de tracer les limites de l'institution.

121. L'idée, ou la finalité remplissent de ce fait une fonction capitale[544] : elles constituent le noyau fédérateur des règles composant l'institution juridique. Les auteurs expliquent que les règles de droit "ne sont pas disséminées au hasard dans les Codes … elles se rassemblent autour de certaines idées directrices. Il y a des règles spéciales à la propriété, d'autres qui

l'ensemble des règles de droit relatives au mariage constitue une institution juridique parce que toutes ces règles … tendent à une fin commune : l'union conjugale et la filiation légitime.".
Toujours à propos du mariage, Jean DABIN considère que "tout le système des règles du mariage est déduit de l'idée philosophico-juridique que le législateur se fait du mariage au regard des époux qui s'engagent dans cet état de vie, au regard des enfants à naître du mariage, au regard de la société" Et, reprenant l'exemple de la tutelle, "Tout le système de la tutelle n'est que l'aménagement et la mise en œuvre détaillée de l'idée très simple de la protection du mineur contre ses propres faiblesses et contre l'exploitation dont il pourrait être la victime de la part de tiers peu scrupuleux" (Jean DABIN, *Théorie générale du Droit*, nouvelle éd., Dalloz, 1969, n°87, p. 101). Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 245. Jean DABIN indique que "Comme les personnes morales font corps au service d'une œuvre, les règles de droit font corps autour d'une idée. Mais tandis que les membres de la personne morale sont des personnes physiques … les éléments constitutifs du « corps de droit », c'est-à-dire de l'institution qui les rassemble, sont des règles juridiques." (*Théorie générale du Droit*, Nouvelle édition, Dalloz, 1969, n°85, p. 99).

[541] Pour Jean DABIN, l'institution juridique est "un ensemble de règles nécessairement agencées en fonction d'un «esprit» qui constitue le principe animateur et fédérateur de l'institution envisagée" (*Théorie générale du Droit*, nouvelle éd., Dalloz, 1969, n°87, p. 101). L'auteur explique également que : "Tout le système de la tutelle n'est que l'aménagement et la mise en œuvre détaillée de l'idée très simple de la protection du mineur contre ses propres faiblesses et contre l'exploitation dont il pourrait être la victime de la part de tiers peu scrupuleux ... ".(*Ibid.*). J. L. BERGEL, *Théorie générale du Droit*, n°166, p. 194 : "Ainsi, les règles de droit doivent être regroupées dans des ensembles organisés qui constituent l'ordonnancement juridique d'un certain type de relation sociale autour d'une idée directrice, d'une inspiration commune" et p. 183 : "c'est cette finalité qui constitue la clé de la hiérarchie autour de laquelle s'articulent les organes et les règles que rassemblent les institutions. Les règles juridiques se regroupent autour de principes directeurs qu'elles appliquent ou auxquels elles dérogent".

[542] L'idée à réaliser en commun ou idée directrice est également l'élément qui est le plus souvent mis en avant par les auteurs qui se sont intéressé aux institutions-organismes. Les auteurs se sont attachés à faire la part entre idée directrice, finalité et but de l'institution, en montrant qu'elles ne recouvraient pas les mêmes réalités. (Gaston MORIN, *Vers la réunion de la technique juridique. Le concept d'institution*, APD, 1931, p. 77. Georges GURVITCH, *Les idées maîtresses de Maurice HAURIOU*, APD, 1931, p. 177. Maurice HAURIOU, *La Théorie de l'Institution et de la fondation*, précitée , p. 11. André DESQUEYRAT, *thèse précitée*, p. 16, 195/196. Roger PERROT, *ouvrage précité*, p. 4, 10/11. Paul ROUBIER, *opus cité*, n°25, p. 227).

[543] BRETHE DE LA GRESSAYE et LABORDE-LACOSTE, *ouvrage précité*, n°193, p. 157. Cf. Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 6.

[544] Jean BRETHE DE LA GRESSAYE, *Institution*, Rép. Dalloz de droit civil, 1973, n°29 et 30 : "L'idée qui est à l'origine de l'institution, *l'idée-mère*, est d'une importance capitale. C'est elle qui oriente son activité pendant toute sa durée, qui constitue le bien commun de tous les membres, justifie l'exercice de l'autorité à l'intérieur du groupe et enfin explique la permanence de l'institution dont la vie se prolonge tant que l'idée directrice rallie les esprits.". V. également RENARD, *opus cité*, n°256 et s. Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 250.

concernent les donations, les testaments, le casier judiciaire, la prescription, etc. … l'élément fondamental qui opère semblable polarisation n'est pas autre chose que le but poursuivi. La notion de but apparaît alors comme le pivot de toute la construction. Les règles légales, ou jurisprudentielles, susceptibles de concourir de près ou de loin à la réalisation d'une même fin, se groupent naturellement et constituent un « corps juridique », une entité ayant son dynamisme propre." [545].

L'idée directrice permet seule d'assurer la cohérence de l'institution[546], en permettant aux règles de se regrouper autour d'elle.

Par conséquent, l'idée directrice, ou la finalité de l'institution[547], sont donc au cœur de celle-ci[548] et nouent les différents éléments entre eux. La finalité est l'élément essentiel de l'institution, lui donnant d'une certaine manière une « âme » ou à tout le moins un fil conducteur[549].

---

[545] Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 6. Cette vision de l'institution a très certainement inspiré Jean CARBONNIER, qui reprend l'idée que "L'institution juridique se définit comme un composé de règles de droit qui embrasse une série de relations sociales tendant aux mêmes fins … toute une série de règles de droit relatives au fait de l'union des sexes constitueront l'institution juridique du mariage."(Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°4, p. 12).

[546] Monsieur CHEVALLIER rappelle que "Le système institutionnel est toujours construit autour d'un pôle ou nœud dominant, différent selon les sociétés, qui sert de centre de gravité, de point d'attraction, et surtout de clef de voûte, en assurant la cohésion de l'ensemble." (Jacques CHEVALLIER, *L'analyse institutionnelle, in L'institution*, ouvrage collectif, PUF, 1981, p.20. Cf. Paul ROUBIER, *Théorie général du Droit. Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2ème éd., rev. et aug., Sirey, 1951, n° 25, p. 227 : "les disciplines normatives cherchent à établir les meilleures règles sur la base d'un jugement de valeur et ce jugement implique nécessairement une appréciation sur le but poursuivi : ces disciplines reposent donc sur l'idée d'une finalité à découvrir qui fait que cette société existe ; elle est la clef de voûte du système de lois et de règles qui donnent à la société sa forme, son unité et son existence. ").

[547] Selon les auteurs, apparaissent les expressions d'idée ou de finalité. En réalité les deux notions sont complètement interchangeables, ainsi que le montrent les citations qui précèdent. Il convient peut être simplement de faire observer que le terme de finalité s'est peu à peu substitué à celui d'idée dans les développements de la doctrine.

[548] IHERING avait déjà, en son temps, insisté sur le but de l'institution. Il expliquait que "Le droit romain … a fait du but de l'institution la mesure de la liberté accordée à l'individu. La liberté abstraite trouvait ainsi, dans le but même des diverses institutions, sa mesure et ses limites … La théorie de la liberté dans les diverses institutions est la discipline réalisée du sentiment abstrait de la liberté. Tout acte qui contrarie le but de l'institution est donc nul et inopérant." (R. Von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement*, trad. O. de MEULENAERE, T. 2, Paris, 1936, p. 217).

[549] Ceci permet de distinguer l'institution d'une autre notion, le statut. Le statut est "1) Ensemble cohérent des règles applicables à une catégorie de personnes (statut des gens mariés) ou d'agents (statut des fonctionnaires) ou à une institution (statut des collectivités locales) et qui en déterminent, pour l'essentiel, la condition et le régime juridiques ...2) Ensemble de normes juridiques relatives à une matière (sens issu de l'Ancien Droit où il désignait toute règle de droit envisagée quant à son domaine d'application ; désigne encore aujourd'hui, en droit international privé, le Droit, considéré globalement, qui régit une catégorie donnée de matières. Usité surtout pour désigner le Droit applicable, d'une part aux personnes (statut personnel ...), d'autre part aux biens (statut réel)." (*Vocabulaire juridique*, 8ème éd. mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 886. Dominique FENOUILLET, *Couple hors mariage et contrat*, p. 81 et s., spéc. p. 104/105, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001. Sur les origines de la notion de statut : Pierre MAYER, Vincent HEUZE, *Droit international privé*, 9ème éd., Montchrétien, 2007, n°61 et s. p. 45 et s.). En un sens, le statut se rapproche incontestablement de l'institution juridique, surtout lorsqu'on évoque le caractère indivisible du statut : "ce n'et pas telle règle qui s'applique mais le statut dans son ensemble ... Le statut matrimonial de base a ainsi été caractérisé comme étant formellement « un bloc indivisible et quasiment inaltérable ». L'idée de cohérence renvoie ici à celle d'un « corps » de règles, le statut s'appliquant intégralement

122. L'importance du rôle de la finalité dépasse même l'institution elle-même pour se retrouver au niveau de l'ordre juridique, voire même du droit tout entier : c'est en tout cas le point de vue de Paul ROUBIER[550], pour qui "Chaque ordre juridique est en général affecté d'une finalité particulière ; par exemple, le droit coutumier est un droit conservateur … le droit commercial obéit à certaines qualités de célérité requises dans le commerce, etc. Ainsi les complexes de règles de droit, qui sont les institutions et les ordres juridiques, ont un intérêt important lorsqu'il s'agit d'étudier le but des règles de droit …".

Les institutions sont donc des instruments permettant d'ordonner le droit[551], en regroupant les différentes règles animées par un même but autour d'institutions juridiques.

L'importance de la finalité, dans l'institution, permet de comprendre les enjeux du recours à la notion de détournement d'institution. Si l'on permet à la volonté individuelle de modifier l'esprit dans lequel les institutions ont été fondées, le changement de finalité d'une institution peut avoir des répercussions sur les institutions voisines ou proches, et par voie de conséquence, avoir des retentissements sur l'ordre juridique tout entier[552]. Le détournement

à une catégorie de personnes et seulement à cette catégorie." (Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n°97, p. 70). Mais le statut apparaît plus délimité et plus restrictif, dans la mesure où il découle de l'entrée dans l'institution (statut d'époux, de salarié), il n'est que la conséquence de l'adhésion à l'institution, mais il n'est pas l'institution. (V. Georges RENARD, *La théorie de l'Institution. Essai d'ontologie juridique*, 1er volume, Sirey, 1930, p. 351).

[550] Paul ROUBIER, *Théorie générale du Droit. Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2ème éd. Rev. et aug., SIREY, 1951, p. 24. Paul ROUBIER reprend cette idée un peu plus loin : "Donc les règles de droit se trouvent définies, non seulement en fonction de leur but immédiat, mais encore de buts plus généraux assignés à une institution toute entière. Ce n'est pas tout. Les institutions se groupent à leur tour dans ce qu'on appelle un ordre juridique … Il y a différents types d'ordres juridiques … et chacun de ces ordres juridiques peut se trouver ainsi animé par une finalité particulière : par exemple le droit commercial obéira à certaine qualité de célérité exigées par l'ordre du commerce … Mais, en remontant plus haut encore, les différents ordres juridiques ne sont que des fragments du droit tout entier. Et pour le droit tout entier se pose aussi une question de finalité, qui domine toutes les autres, et qui intéresse l'ordre social dans tous ces éléments : quels sont les buts généraux poursuivis par le droit ?" (Paul ROUBIER, *Théorie générale du Droit. Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2ème éd. Rev. et aug., SIREY, 1951,p . 228).

[551] Pour Jean DABIN, "L'institution juridique au singulier, serait le droit tout entier, c'est-à-dire, théoriquement, la somme et la synthèse des institutions juridiques particulières composant le droit total d'un pays à un moment de son histoire." (Jean DABIN, *Théorie générale du Droit*, Nouvelle édition, Dalloz, 1969, n°85, p. 99). Jean DABIN écrit encore à ce sujet que "Le concept d'institution juridique offre en outre l'avantage de permettre un remembrement rationnel des règles en corrigeant ce que la division du droit en branches pourrait avoir de superficiel ou de trop absolu … Une foule de règles dispersées dans des codes différents ou sous des rubriques différentes, récupèrent leur unité ou leur « complémentarité », en même temps que leur exacte portée, quand on les lit à la lumière de telle idée qui leur est commune et à laquelle elles sont ordonnées." (Jean DABIN, *Théorie générale du Droit*, Nouvelle édition, Dalloz, 1969, n°89, p. 103). V. également Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°170, p. 182 : "Les règles juridiques se regroupent autour de principes directeurs … Les institutions qu'elles forment se réunissent aussi dans des perspectives plus vastes jusqu'à constituer ensemble l'ordre juridique lui-même.".

[552] Pour Paul ROUBIER, "au-dessus des règles et des institutions apparaît encore un nouveau complexe qui est un ordre juridique. Ainsi, l'ensemble des règles et des institutions propres au commerce constitue le droit commercial, l'ensemble des règles et des institutions propres aux Français constitue le droit français …"(Paul ROUBIER, *Théorie générale du Droit. Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2ème éd. Rev. et augm., Sirey, 1951,p . 23). Jacques CHEVALLIER soutient la même idée : "en tant qu'éléments constitutifs de l'ordre social, les institutions quadrillent le champ social, en formant système …"

d'institution aurait ainsi pour fonction d'empêcher que de véritables « tsunamis » se produisent dans l'ordre juridique, en protégeant l'ordre juridique tout entier[553].

123. Par ailleurs, la finalité tient une place importante au sein des instruments techniques, bases de l'institution. Roger PERROT[554] précise même que "plus la finalité d'un instrument est accusée et plus son influence est profonde s'il vient à être utilisé pour la mise en œuvre d'un autre but que son but primitif. C'est à cette idée que se rattache sur le plan juridique la distinction entre la technique initiale et la technique déjà intégrée à une institution. L'influence des techniques initiales est moins forte que celle des techniques intégrées ; précisément parce que leur finalité est si peu marquée qu'elles donnent parfois l'illusion de n'être que des cadres vides … les techniques intégrées sont celles qui, déjà, font partie d'un ensemble complexe, agencé un peu à la manière d'un mécanisme d'horlogerie. La loi les offre au juriste avec une finalité si marquée qu'il est extrêmement difficile de les transposer sans infléchir le but de l'institution à réaliser.".
L'importance de l'élément « finalité » au sein de la notion d'institution juridique permet de mesurer l'enjeu qu'il peut y avoir à déterminer la finalité des institutions.

γ) La détermination de la (ou des) finalité(s) de l'institution

124. Concrètement, la détermination de la finalité de l'institution juridique qui a été détournée est sans doute l'une des difficultés majeures du détournement d'institution, car il faut découvrir « la substantifique moelle » des institutions[555].
En effet, pour caractériser en pratique le détournement d'institution, il faut rechercher dans quel but l'institution juridique a été créée par le législateur, ou dans quel but elle a évolué sous l'effet combiné de la pratique et de la jurisprudence, puis ensuite confronter ce but avec

(CHEVALLIER, *L'analyse institutionnelle, in L'institution*, ouvrage collectif, PUF, 1981, p.13). Jacques CHEVALLIER poursuit : "Les institutions ne sont pas en effet des ensembles cloisonnés et autonomes, trouvant en eux-mêmes leur propre logique d'organisation et de fonctionnement ; pièces contigües d'un même tissu institutionnel, elles sont rattachées entre elles par de multiples fibres et forment un système stratifié et cohérent. Dès l'instant où l'on appréhende les institutions globalement, et non plus seulement dans leur singularité, l'image de l'« édifice » s'impose : juxtaposées et imbriquées, les institutions apparaissent comme les éléments constitutifs d'un ensemble, les parties d'un Tout, qui les intègre et les dépasse." (p.18). IHERING affirmait déjà la même chose, en relevant que "les divers rapports juridiques de la vie, qui comme tels, peuvent être l'objet d'un examen séparé, se réunissent autour de quelques grandes unités systématiques : *les institutions juridiques*. Celles-ci, pour employer un langage figuré, nous représentent l'ossature du droit, à laquelle se rattache sa substance entière, composée des règles de droit." (R. Von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement*, trad. O DE MEULENAERE, 3ème éd., T. I, Paris, 1936, p. 37).

[553] Cf. développements sur le fondement du détournement d'institution.

[554] Roger PERROT. *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*. Sirey, 1959, p. 20.

[555] Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 244. L'auteur fait référence à l'un passage célèbres de l'œuvre de François RABELAIS, *La vie très horrifique du Grand Gargantua, père de Pantagruel*, publié en 1534.

le but effectivement poursuivi par l'utilisateur de l'institution. C'est la discordance pouvant exister entre ces deux buts qui mettra à jour l'existence d'un détournement d'institution.

L'une des difficultés majeures de la notion d'institution tient au fait que le législateur ne fait pas toujours état du but poursuivi par telle ou telle institution juridique. Par voie de conséquence, c'est le juge qui sera souvent chargé de le découvrir. Dans de telles hypothèses, la doctrine ne manque alors pas de souligner les risques inhérents à une telle recherche : arbitraire du juge, insécurité juridique (le but à découvrir pouvant être différent d'un juge à un autre)[556].

Cette critique en appelle d'ailleurs une autre : il s'agit de la difficulté qu'il y aura à vérifier si le comportement de l'utilisateur est ou non conforme au but poursuivi par l'institution[557].

125. Pourtant, un auteur comme JOSSERAND avait répondu à ces critiques en démontrant que le juge disposait de critères objectifs pour déterminer la finalité du droit. Il expliquait, dès 1905, que "l'esprit de l'institution … est révélé, soit par le texte, soit par les conditions dans lesquelles le droit a été institué, soit par les travaux préparatoires, soit enfin et surtout par l'état social, les mœurs, les aspirations du présent, c'est-à-dire en définitive par un critérium objectif."[558].

IHERING[559] expliquait pour sa part que "La raison d'être de l'existence de telle institution et de sa forme se trouve dans le but et les besoins de telle époque déterminée. Dans les conditions établies par cette dernière, se rencontre la raison pour laquelle telle institution est devenue possible et telle autre inutile. Cette idée que nul droit ne peut se comprendre si ce n'est du point de vue de la vie réelle n'a pas besoin de justification.".

Pour des auteurs comme Jacques LEAUTE[560], déterminer le but d'une institution juridique n'est pas un problème, car "Il est souvent assez simple de mettre à jour la véritable raison

---

[556] Cf. Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 244. De telles critiques ne sont pas nouvelles.
Elles ont été adressées, par exemple, à l'abus de droit par une partie de la doctrine. C'est ainsi qu'AUBRY et RAU considéraient que "L'application de l'art. 1382 nous paraît ici tout à fait légitime et naturelle, réserve faite des difficultés qui s'élèveront toujours sur la détermination de l'intérêt en vue duquel a été conféré le droit dont l'exercice est en jeu, et la question de savoir si les faits incriminés répondent ou non à cet intérêt. On peut, dans le même ordre d'idées, toujours discuter, mais le principe est au-dessus de toute contestation" (AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5ème éd., par BARTIN, Paris, 1920, §444, note 2 bis, p. 342).
Madame LEMEE abonde dans le même sens en indiquant que "Lorsque le législateur a conféré un droit sans en préciser le but, ce qui est le cas de nombreuses prérogatives subjectives, le juge peut être fort embarrassé d'avoir à en découvrir la finalité. Le caractère hautement hasardeux de cette démarche constitue même le principal obstacle à l'application généralisée de la théorie de JOSSERAND." (Jacqueline LEMEE, *Essai sur l'abus de droit*, Thèse Paris XII, 1977, n°622, p. 444).

[557] Cf. infra, preuve du détournement d'institution, p. 228.

[558] Louis JOSSERAND *De l'abus des droits*, Paris, 1905, p. 50.

[559] R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement*, trad. O. DE MELEUNAERE, T. 1, 3ème éd., Paris, 1936, p.51.

[560] Jacques LEAUTE, *Les éclipses et les renaissances d'institution en droit civil français*, Sirey, 1946, p. 39.

d'être d'une institution. Les jugements des tribunaux et les décisions du législateur formulent parfois expressément le principe juridique ou l'idée morale que l'institution a pour but de mettre en œuvre ; ou s'ils ne l'expriment pas en toutes lettres, ils la laissent du moins clairement deviner.". L'auteur reconnaît cependant que "parfois … il en existe d'autres, plus difficiles à tirer au clair, parce que les textes ne les mentionnent pas. Il s'agit, en général, moins de principes de droit ou de la morale, que de motifs d'opportunité ou de politique."[561].

126. Le juge a la lourde tâche, lorsque la finalité de l'institution n'a pas été précisée par le législateur, de déterminer la finalité de l'institution. Le juge se trouve contraint de le faire parce que les dispositions impératives de l'article 4 du Code civil[562] ne lui laissent aucune alternative : il doit trancher le litige quoiqu'il arrive ; le juge doit donc tirer des instruments juridiques à sa disposition la solution applicable à l'espèce qui lui est soumise.
L'interprétation de la loi auquel il peut être amené à se livrer lui permet de dégager la finalité de la ou des prérogatives en cause, en rapprochant diverses dispositions ou en les confrontant.

127. Dès ce moment deux attitudes sont concevables pour déterminer la ou les finalités de l'institution :

- Le but ou la finalité de l'institution sont définis de manière positive :

par exemple, la jurisprudence a affirmé que la finalité de l'adoption était de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu[563].
Il s'ensuit que la recherche d'une finalité autre que celle-ci y est « étrangère ». Par exemple, l'adoption pour créer un lien de couple entre concubins homosexuels[564].

---

[561] Jacques LEAUTE, *Les éclipses et les renaissances d'institution en droit civil français*, Sirey, 1946, p. 39. Pour une application, à propos de la finalité du PACS, cf Xavier LABBEE, Le faux PACS et les vrais papiers, note sous Tribunal administratif de LILLE, 3 juillet 2002, D. 2004, J, p. 587 et s., spéc. p. 588.

[562] Article 4 du Code civil : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». La Cour de cassation n'hésite pas à rappeler à leurs obligations les juges qui tenteraient de s'y soustraire Dans une affaire jugée le 7 octobre 1975, la chambre commerciale de la Cour de cassation a cassé un jugement qui avait accueilli l'opposition d'un contribuable à une mise en recouvrement, aux motifs que « pour déterminer la véritable nature de l'acte passé entre Clerget et sa mère le 15 février 1965, il n'y a pas lieu de prendre en considération la finalité des opérations réalisées entre les parties, chacune desdites opérations n'ayant un caractère frauduleux ». Pour la Cour de cassation, "en se refusant à rechercher si l'ensemble des actes passés entre les parties n'avait pas eu pour but et pour effet de faire passer, à titre gratuit, la valeur de la grosse au porteur du patrimoine de veuve Clerget dans celui de son fils, le tribunal n'a pas donné de base légale à sa décision."(Com. 5 octobre 2004, JCP 2004, II, 10 191, note PIEDELIEVRE).
La cassation intervenue pour manque de base légale signifie que la solution a été mal motivée : il aurait fallu rechercher la finalité des diverses opérations intervenues entre les parties, c'est à dire les apprécier dans leur ensemble et non pas juxtaposées les unes aux autres. En effet, appréciées séparément, ces opérations étaient parfaitement licites ; c'est seulement par leur rapprochement que leur véritable but pouvait être mis en lumière et conduire à une sanction.

[563] Cf. supra, émergence jurisprudentielle du détournement d'institution, p. 68 et s..

[564] V. la décision de la Cour d'appel de VERSAILLES, du 4 novembre 1999, précitée et les observations de Monsieur MURAT (Dr. Famille 2000, n°14, spéc. p. 15). L'auteur signale que la Cour d'appel "s'essaie à une

Et en fait, dans certaines hypothèses, la finalité de l'institution est assez facile à déterminer. Pour ne prendre qu'un seul exemple, l'institution du divorce présente une seule finalité qui est la dissolution du mariage du vivant des époux[565].

128. Des difficultés peuvent se produire lorsqu'une institution poursuit non pas une, mais plusieurs fins. Que doit faire le juge lorsqu'une institution poursuit plusieurs finalités ?

En théorie, il conviendrait de hiérarchiser entre elles les différentes finalités de l'institution, pour vérifier si certaines ne découlent pas les unes des autres, et remonter ainsi à la finalité fédératrice des autres. Il y aurait des finalités principales et des finalités secondaires[566].

Ce raisonnement est valable lorsqu'une institution vise une fin principale, avec des fins accessoires.

La famille illustre cette situation : pour Gérard CORNU, la famille est une institution juridique, "en ce que le droit organise et consacre le groupe qu'elle constitue"[567]. C'est en effet une institution juridique, dont la finalité est de regrouper d'autres institutions comme le mariage, l'autorité parentale … autour des liens créés spécialement par les liens de famille.

129. Mais les finalités poursuivies par une institution peuvent s'avérer être très différentes les unes des autres et la question devient alors de choisir celle qu'il faudra privilégier[568].

L'exemple de la fiducie montre qu'une même institution peut poursuivre plusieurs buts. L'article 2011 du Code civil dispose que « la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». La fiducie peut donc avoir pour but de transmettre des biens au profit de bénéficiaires, de constituer une garantie envers des créanciers, ou de constituer un patrimoine d'affectation. La fiducie qui ne répondrait à aucun de ces buts pourrait constituer un

définition des finalités de l'institution en retenant que « la loi consacrant l'adoption a pour but de créer un lien de filiation dans lequel les rôles respectifs sont très nettement distingués, le père adoptif, comme tout père, assumant un rôle éducatif, initiatique et de conseil envers l'adopté qu'il a pour objectif de conduire vers une vie adulte et autonome ; qu'à l'inverse, comme tout enfant, l'adopté doit reconnaissance et éventuellement assistance à son parent ».".

[565] Cf. obs. Jean HAUSER, sous Civ. 2ème 7 mars 2002, RTD civ. 2002, p. 276 : "l'article 227 du Code civil … assigne au divorce une seule fin : la dissolution du mariage".

[566] Il faut alors prendre garde de ne pas confondre finalités et effets de l'institution. Sur cette question, cf. *infra*, 2ème partie, p. 403 et s.

[567] Cité par D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Introduction, par Laurent LEVENEUR, Economica, 2001, p. 1 et s., spéc., p. 5.

[568] Sur ces questions, cf. Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 244.

détournement de l'institution[569]. Mais si la fiducie n'est pas utilisée conformément à l'un des buts qu'elle était sensée poursuivre (son but spécial, en quelque sorte), le détournement d'institution pourrait être avéré du seul fait que le but « spécial » de l'institution n'est pas respecté[570].

Un autre exemple, le mariage, est très éclairant. L'institution du mariage cristallise l'évolution qui s'est produite dans le droit de la famille dans son ensemble – évolution conséquence des changements économiques et sociaux survenus depuis les années 1970[571].

Il est admis aujourd'hui que le mariage poursuit plusieurs fins[572].

Une certaine désacralisation du mariage étant apparue, avec en parallèle, un recours plus fréquent au concubinage, et ces dernières années, la revendication de minorités (homosexuels) d'obtenir un « statut » de couple (qui a conduit à l'institution du PACS[573]), le mariage n'est plus apparu, dans l'esprit des futurs candidats, comme un « modèle naturel »[574]. Des tentatives ont alors vu le jour pour lui faire servir des fins pour lesquelles il n'avait pas été créé.

Mais la jurisprudence a estimé que le mariage, utilisé pour défendre la cause homosexuelle, par exemple, poursuivait un but étranger à l'institution. C'est ce qui résulte d'une décision de la Cour d'appel de Versailles du 8 juillet 2005[575].

La jurisprudence a ainsi, malgré l'évolution qui s'est produite en matière de mariage, réaffirmé le caractère d'ordre public de l'institution, en annulant des mariages qui ne

---

[569] Par exemple, pour déshériter un héritier … mais le législateur a entouré l'institution d'un maximum de « verrous » destinés à éviter les fraudes en tout genre. Cf. articles 2012 et suivants du Code civil.

[570] Un peu à l'instar de ce qu'admet le droit administratif avec la notion de détournement de pouvoir par poursuite d'un intérêt public autre : "l'administration a donc respecté l'intérêt public qui s'impose de manière générale à toute son activité, mais elle a poursuivi un but étranger à l'intérêt public spécial en vue duquel lui ont été précisément conférés les pouvoirs qu'elle a utilisés". L'analyse de cette forme particulière de détournement de pouvoir "présente comme un vice particulier le fait, pour un acte administratif – parfaitement légal par ailleurs – de répondre à un but d'intérêt général autre que le but visé par la loi ; voilà un administrateur qui, respectant sa compétence, respectant les formes légales, respectant le droit en la matière vise un but d'intérêt général ; il n'en commet pas moins une grave illégalité si le but n'est pas conforme à l'intention du législateur.". (Didier TRUCHET, Fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, LGDJ, 1977, p. 94 et 96). Cf. *infra*, notion de détournement, p. 139 et s.

[571] Cf. la synthèse de l'évolution, par Marie LAMARCHE et Jean-Jacques LEMOULAND, « Mariage », Rép. Civ. Dalloz, 2002, n°6 et s., p. 3.

[572] Dominique FENOUILLET rappelle que le mariage poursuit plusieurs « fins » : "L'union charnelle ne constitue que l'une des fonctions du mariage, qui en poursuit d'autres : assistance conjugale, accueil des enfants …" (*Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 249, note 77).

[573] Loi du 15 novembre 1999 insérant des articles 515-1 à 515-7 dans le Code civil.

[574] Marie LAMARCHE et Jean-Jacques LEMOULAND, « Mariage », Rép. Civ. Dalloz, 2002, n°6, p. 3.

[575] Cour d'appel de Versailles, 1ère ch., 8 juillet 2005, D. 2006, J., p. 772, note V. BONNET. Cf. *supra*, émergence jurisprudentielle, p. 85 : "la revendication affichée par Bénito L… de sa féminité alliée à sa détermination de se marier sous l'identité d'usage de Monica et non sa véritable identité confinant à la provocation et témoignant d'une inspiration essentiellement militante que relaie vigoureusement Camille B… font que l'intention matrimoniale alléguée n'est pas conforme à ce qu'induit l'institution matrimoniale du mariage en l'état du droit positif".

poursuivaient pas le but de l'institution, montrant par là même qu'elle n'entendait pas laisser la volonté individuelle heurter de front l'institution.

130. Cette décision est en outre intéressante, car elle montre que, confronté à la difficulté du choix entre plusieurs finalités d'une institution, le juge résout la difficulté en optant pour une définition négative du but de l'institution.

- Car le but de l'institution peut aussi être défini de manière négative : le juge, par exemple, va dire que telle situation n'est pas conforme à la finalité de l'institution, sans dire ce qu'est cette finalité[576].

Ainsi, l'adoption par une grand-mère de six de ses petits enfants poursuit « un but essentiellement successoral, étranger à l'esprit de la loi »[577]. Mais quel est l'esprit de la loi en question ? La Cour de cassation est restée muette sur cette question.

Il est certain que d'une certaine manière, il est plus facile pour le juge, de déterminer le but ou la finalité d'une institution de manière négative, de dire ce qu'elle n'est pas, plutôt que de dire ce qu'elle est.

131. En effet, en procédant de la sorte, la jurisprudence, élude la question de la détermination positive de la finalité de telle ou telle institution, puisqu'elle indique simplement que tel ou tel cas de figure constitue un détournement de l'institution, mais sans préciser quelle est la finalité de l'institution qui a été détournée. La jurisprudence sur la désignation « frauduleuse » de délégués syndicaux, sur le point d'être licenciés, est à cet égard assez topique[578].

Cette seconde situation est en réalité très fréquente dans la jurisprudence, qui choisit de cette manière une stratégie d'évitement, car si l'on met à part la jurisprudence sur les détournements de l'adoption, pour laquelle la finalité de l'adoption a été clairement indiquée, dans les autres hypothèses où des détournements d'institution ont été relevés, les décisions rendues procèdent par détermination négative du but de l'institution, c'est-à-dire que les magistrats disent ce qu'il n'est pas.

---

[576] Cf. Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 251.

[577] Civ. 1ère, 16 octobre 2001 ; Bull. civ., I, n°256, p.162 ; Petites Affiches, 28 février 2002, n°43, p. 21, note J. MASSIP ; Droit de la famille 2002, n°41, note P. MURAT. V. les observations de François BOULANGER, au D. 2002, J., p. 1098, qui relève la rareté et l'intérêt de la décision qui "se prononce sur la finalité d'une institution.".

[578] Cf. *supra*, émergence jurisprudentielle du détournement d'institution, p. 54. Par exemple, Crim. 18 octobre 1977 : « l'arrêt se fonde sur les circonstances de l'espèce … pour en déduire que cette désignation n'a été qu'une manœuvre pour protéger l'intéressé contre le licenciement, qu'elle tendait ainsi à détourner l'institution de sa finalité propre ».

L'avantage de ce phénomène est qu'il permet d'écarter l'un des reproches fait par la doctrine à la notion de détournement d'institution, concernant la difficulté à cerner la ou les finalités des institutions en général[579].

132. D'un point de vue plus général, si l'on observe la jurisprudence confrontée à la nécessité de déterminer le but de telle ou telle « prérogative », force est de constater que les magistrats ne reculent pas forcément devant la précision de la finalité des dispositions qu'ils sont chargés d'analyser.

Par exemple, dans une décision récente[580], la Cour de cassation n'a pas hésité à affirmer que "les formalités prévues par l'article 2078 du Code civil, ayant pour finalité la protection du débiteur, sont sanctionnées par une nullité d'intérêt privé à laquelle celui-ci peut renoncer.".

Les formalités prévues par le texte de l'article 2078 concernent les conditions de réalisation du gage par le créancier gagiste, en cas de non-paiement de la créance à l'échéance convenue.

Le texte indique que les formalités sont prescrites à peine de nullité, mais sans préciser la nature de la nullité en cause – absolue ou relative. Or, en l'espèce, la question se posait de savoir si le débiteur avait pu valablement confirmer la nullité qui était encourue en raison du non respect des formalités prescrites par l'article 2078.

En droit du travail, l'institution il y a quelques années d'un contrat « nouvelles embauches » a permis à la jurisprudence de déterminer la finalité de tels contrats[581] : "Attendu que le contrat nouvelles embauches est destiné, d'après le rapport présenté au président de la République … à rassurer les chefs d'entreprise ayant des difficultés à anticiper l'évolution de la conjoncture économique ou à apprécier les qualités du salarié ; Qu'il est destiné, comme son mon l'indique, à favoriser de « nouvelles embauches »"[582].

En l'espèce, il faut relever que ce sont les instruments traditionnels de l'interprète[583] qui ont fourni au juge les moyens de déterminer la finalité desdits contrats, en donnant même au passage l'exemple des sources qui peuvent servir à découvrir la finalité en question (« d'après le rapport présenté au président de la république »).

De telles décisions présentent l'intérêt de montrer, si besoin était, que la finalité d'une prérogative peut être déterminée sans difficultés insurmontables par les juges[584].

---

[579] Cf. Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 245 et s. V. V. BONNET, note sous Cour d'appel de Versailles, 1ère ch., 8 juillet 2005, D. 2006, J., p. 772.

[580] Com. 5 octobre 2004, JCP 2004, II, n°10191, note PIEDELIEVRE. cf. supra p. 130.

[581] cf. *infra*, p. 213.

[582] Conseil des Prud'hommes de Longjumeau, 20 février 2006, JCP 2006, S., J., p. 19, note Patrick MORVAN.

[583] travaux préparatoires, rapports et études concernant le projet …

[584] Cf. *supra*, p. 193 et s.

Une telle détermination est possible, par référence à l'esprit de la prérogative analysée ou, si nécessaire, en remontant à l'institution qui en est le support et la jurisprudence n'hésite pas un seul instant à se livrer à une telle recherche, lorsque la solution d'un litige en dépend.
Découvrir la finalité d'un mécanisme juridique n'est donc pas une œuvre impossible à réaliser, car il existe des éléments objectifs et des moyens juridiques permettant de le faire[585].

133. Il faut encore distinguer la finalité de l'institution, des principes qui la gouvernent. Ainsi, Jean-Louis BERGEL[586] s'est intéressé aux principes qui forment « l'esprit » de l'institution. Il explique que "Les principes communs dont procèdent les règles de droit ne doivent pas non plus se confondre avec les institutions qu'ils animent. S'ils en sont l'idée maîtresse et la finalité, ils n'en constituent ni la substance concrète, ni l'expression technique. Le principe d'autorité, la séparation des pouvoirs … ne sont pas l'Etat … Mais ces principes communs qui constituent le noyau stable des institutions autour duquel gravitent leurs éléments ne se confondent pas non plus avec « les principes généraux du droit ».".

134. Mais surtout, il faut distinguer la finalité des effets de l'institution[587].
Une institution peut poursuivre une finalité déterminée, ou plusieurs. Ainsi beaucoup d'auteurs considèrent que le mariage poursuit plusieurs fins : fonder une famille, organiser la vie commune. Pour prendre un autre exemple, l'institution de la minorité a pour but de protéger le mineur, mais également "de l'intégrer à un groupe familial"[588].
Mais la finalité d'une institution ne se confond pas avec ses effets.
Les effets de l'institution ne sont que la conséquence de l'entrée dans l'institution, ils sont multiples et variés. Ils sont trop partiels pour pouvoir jouer le rôle fédérateur de l'ensemble des règles qui composent l'institution.

---

[585] Pour certains auteurs, la détermination du but d'une prérogative ressortit à la compétence non pas du juge mais du législateur : "c'est au pouvoir politique d'en décider, par une limitation légale ou réglementaire, établie *a priori*, des prérogatives qui leurs sont objectivement attachés. Ce n'est pas au pouvoir judiciaire de sanctionner *a posteriori* une manière d'agir qu'il jugerait illégitime, par une appréciation qui ne saurait être qu'arbitraire et, de ce fait, génératrice d'insécurité pour les justiciables." (FLOUR et AUBERT, *Les Obligations. Le fait juridique*, 8ème éd. Par Jean-Luc AUBERT, A. Colin, 1999, p. 114 ; comp. la dernière édition de l'ouvrage : FLOUR et AUBERT, *Les Obligations. Le fait juridique*, 13ème éd. Par Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, Sirey, 2009, n°123, p. 139). Les choses seraient beaucoup plus simples en effet si le législateur déterminait le but des prérogatives qu'il institue. Face à la carence existante, le juge doit trancher (cf. *supra*, p. 129). Il est alors amené à se prononcer sur la finalité des institutions.
[586] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°173, p. 202.
[587] Cette question fait l'objet d'un chapitre particulier en 2ème partie, car elle correspond à une autre distinction entre les notions de détournement et de déviation des institutions.
[588] Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°426, p. 877.

Le mariage, dont les fins ont été présentées précédemment[589], produit des effets s'agissant de la personne des époux, mais également sur le plan patrimonial[590].

Parmi les effets sur le statut personnel se trouvent, par exemple, le devoir d'assistance entre époux ou celle de la nationalité française[591].

Avoir recours au mariage pour se trouver un curateur[592], par exemple, correspond à la recherche d'un effet lié au mariage et au devoir d'assistance entre époux[593], mais n'a pas, *a priori*, d'incidence sur la finalité du mariage.

Pour reprendre l'exemple de la minorité, l'institution entraîne une incapacité du mineur d'accomplir des actes juridiques. C'est un effet de l'institution, ce n'en est pas la finalité.

La finalité de l'institution ne peut donc pas être réduite à ses effets.

135. L'opposition finalité/effets n'est pas spécifique à la notion d'institution. Ainsi, Pascal LOKIEC oppose finalité et effet, à propos du détournement de pouvoir : "Le dépassement du détournement de pouvoir passe par celui du mobile ou de la finalité. Finalité et effets sont deux références antinomiques. La finalité est antérieure ou concomitante à l'acte alors que ses effets sont postérieurs ... Finalité et effets doivent d'autant plus être dissociés que les effets d'une décision procèdent de cette décision et non de l'intention de son auteur, certains effets de l'acte étant imprévus ou contraires à l'intention de ce dernier.". En ce qui concerne le contrôle effectué par le juge, "Si le juge contrôle les effets de la décision, il ne contrôlera pas si la finalité poursuivie par le titulaire du pouvoir est identique à celle attribuée à la norme mais si la décision qu'il a prise, appréciée notamment par rapport aux moyens mis en œuvre, permettait objectivement de satisfaire la valeur ou l'intérêt qui sous-tendent le standard".[594].

Enfin, l'institution présente encore une dernière caractéristique, qui est davantage sujet à discussion, et qui tient à la question suivante : l'institution s'impose t'elle aux sujets de droit.

c) L'institution s'impose t'elle aux sujets de droit ?

---

[589] Cf. supra, p. 48.

[590] Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°557, p. 1241. Alain BENABENT, *Droit civil. La famille*. 10ème éd., Litec, 2001, p. 105 et s.

[591] La nationalité française est-elle véritablement un effet du mariage ? L'article 21-1 du Code civil, issu de la loi 93-933 du 22 juillet 1993 lève l'interrogation « Le mariage n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité ». V. Pierre MAYER, Vincent HEUZE, *Droit international privé*, 9ème éd., Montchrétien, 2007, n°902, p. 657.Certains auteurs rangent pourtant la question de la nationalité dans les effets du mariage. Cf. Alain BENABENT, *Droit civil. La famille*. 10ème éd., Litec, 2001, n°151, p. 86.

[592] Civ. 1ère 5 mai 1993, Bull. civ. ,I, n°156, p. 107, et RTD civ.1991, p. 296.

[593] Article 212 du Code civil : « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance ».

[594] Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels.* LGDJ, 2004, n°393, p. 289.

136. L'institution juridique étant un « bloc de droit, d'avance disponible », comme l'a précisé CARBONNIER[595], il faut se demander si les sujets de droit peuvent ou non dissocier les éléments du bloc de droit ?

Au fond, ce qui est en jeu ici c'est toute la question du rôle de la volonté individuelle face aux institutions juridiques[596].

---

[595] Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2ème éd. Quadrige, PUF, 2004, p. 339. Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999, p. 486/487 : "Ainsi en matière de mariage simulé : ou bien le mariage est nul faute de consentement si les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale … ou bien le mariage est maintenu bien que les époux n'aient poursuivi qu'une seule fin matrimoniale et, c'est là le résultat du caractère institutionnel du mariage dont les effets ne peuvent être divisés au gré de chacun". Il peut être dangereux de « jouer avec les institutions, car, comme le rappelle à juste titre Jean-Louis BERGEL, "La cohésion du système juridique est assurée par les interactions entre les éléments qui le composent. Les institutions … peuvent être représentées par rapport à l'ensemble du système juridique comme les différentes molécules d'un corps. Mais, comme la molécule est un assemblage d'atomes identiques ou différents suivant le corps envisagé mais liés entre eux, l'institution … regroupe d'autres institutions. Toute institution … est, comme l'atome l'élément constitutif de la matière, formée d'un noyau, c'est-à-dire d'une idée maîtresse, d'une finalité commune … autour de laquelle sont organisés les diverses règles et les divers éléments." (Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, p. 207. V déjà J. T. DELOS, *La Théorie de l'institution. La solution réaliste du Problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif*, Arch. Phil. du Droit 1931, p. 97 et s., spéc., p. 131 : "les Institutions sont l'ensemble des formes organisatrices de la société").

[596] Plusieurs auteurs soutiennent aujourd'hui que le détournement d'institution serait une illustration d'un phénomène de contractualisation de droit de la famille. En effet, de nombreux auteurs stigmatisent depuis quelques années un phénomène de « contractualisation du droit » (D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001). Laurent LEVENEUR précise que "Le terme de contractualisation … traduit l'idée d'un mouvement consistant à donner une place de plus en plus grande au contrat. Le contrat est un accord de volontés générateur d'obligations, ou même, dans un sens plus large du mot qui en fait le synonyme de convention, un accord de volontés destiné à produire un effet de droit quelconque ; par contractualisation de la famille on entend donc le fait que les accords de volonté se voient attribuer un rôle dans l'organisation des relations familiales" (Laurent LEVENEUR, Introduction, p. 5/6 in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001).
D'autres ne manquent cependant pas de rappeler que "le contrat … est lui-même une institution car il est à lui seul un système …" (Pierre MURAT, *Rattachement familial de l'enfant et contrat*, p. 145 et s., spéc. p. 149, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001).
Sur l'opposition du contrat et de l'institution : Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, 1910, p. 204 et s. Georges RENARD, *La théorie de l'Institution. Essai d'ontologie juridique*, 1er volume, Sirey, 1930. François GENY, *La notion de Droit en France*, APD, 1931, n°26, p.38. J. T. DELOS, *La théorie de l'institution. La solution réaliste du Problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif*, APD, 1931, p. 37 et s. V. *Les buts du Droit. Bien commun, Sécurité, Justice*, 3e Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de sociologie juridique, 1938, p.36. Gabriel MARTY. *La théorie de l'institution*, citée supra, p. 44. Marcel PRELOT, *La théorie de l'institution et la technique juridique*, Cahiers de la nouvelle journée, n°20, p. 207 et s. Julien BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de G. BAUDRY-LACANTINERIE*, T. I, Sirey, 1924, n°384, p.593. J. BRETHE DE LA GRESSAYE et M. LABORDE-LACOSTE, *Introduction au Droit*, Sirey, 1947, n°392, p. 360. Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2e éd. rev. et aug., Sirey, 1951, p. 17/18. V. également, *Traité pratique de droit civil français*, M. PLANIOL et G. RIPERT, 2e éd., T.I, *Les personnes*, par René SAVATIER, LGDJ, 1952, n°72 bis E, p. 87. J. A. BRODERICK, *La notion d'institution de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français*, Arch. Phil. Du droit, n°13, 1968, p. 159. BRETHE DE LA GRESSAYE explique fort bien l'évolution des idées en la matière, Recueil Dalloz précité, n°24. Jérôme BONNARD, *Introduction au Droit*, 3ème éd. Ellipses, éd. Marketing SA, 2004, p. 172. Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, v. références citées supra, n°171, p. 200. Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n°174, p. 126, v. également n°510 et s., p. 371 et s. dans lesquelles Monsieur LOKIEC passe la notion d'institution (conception de Maurice Hauriou), au prisme du clivage contrat et pouvoir. J. J. NEUER, *Le contrat-institution, essai sur les modes de formation du contrat en droit privé*, Petites affiches, 19 juin 1995. V. Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, 22e éd. mise à jour, n°11, p. 84 ; *Sociologie juridique*, 2ème éd., Quadrige, PUF, 2004, p. 238.

En réalité, de deux choses l'une, soit la volonté individuelle ne peut s'exercer que parce qu'elle est reconnue et encadrée par le droit, et la conséquence est que toute mauvaise utilisation d'une institution doit être sanctionnée[597] ; soit la volonté individuelle joue un rôle dans la création et le fonctionnement des institutions juridiques[598], et du coup, il faut déterminer jusqu'où cette volonté peut aller ?

137. La réponse a une telle question a un impact non négligeable sur l'existence même de la notion de détournement d'institution, puisque admettre que la volonté puisse jouer un rôle dans l'utilisation ou même la création de nouvelles institutions réduit d'autant le domaine d'intervention du détournent d'institution[599].
Un auteur comme Roger PERROT était très favorable à la reconnaissance d'un rôle créateur à la volonté individuelle, puisqu'il affirmait que la "volonté humaine, dans la mesure où les buts recherchés par elle sont légitimes, doit pouvoir imprimer à sa technique de mise en œuvre une « tonalité » dominante. La volonté saine possède une force créatrice qui doit « pouvoir » juridiquement ce qu'elle a conçu.[600].

138. Au-delà de cette problématique, se pose aussi la question de savoir quel est le rôle réservé à l'institution dans la science juridique : est-ce un simple instrument de la technique juridique[601], ou bien est-elle aussi un instrument de « politique juridique »[602] ?

---

[597] "la volonté humaine est impuissante dans le domaine du droit, elle n'y joue un rôle que sur le fondement et dans les limites des règles de droit ou plus exactement des institutions juridiques. D'autre part, avant d'être impératives ou supplétives, règles de droit et institutions juridiques sont dispositives, suivant le terme consacré en ce sens que toutes ont en vue l'organisation sociale. Peut-être serait-il plus exact de dire que toutes les règles de droit et institutions juridiques sont *organiques ... "*(Julien BONNECASE, *Introduction à l'étude du Droit. Notions élémentaires*, 3e éd., Sirey, 1939, p. 179).

[598] "L'institution juridique n'est pas seulement une technique, comme le donne à penser la formule de CUCHE lorsqu'il parle d'«institution-mécanisme» ; l'institution est une volonté déterminée par une fin qui pour produire des effets de droit s'intègre à une technique particulière, que cette volonté émane du législateur ou d'un simple particulier". Sur la notion de « technique », cf. Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953. Rafael Encinas de MUNAGORRI, *Qu'est ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social* ; D. 2004, chron., p. 711.

[599] Cf. infra, fondement de la sanction du détournement d'institution, p. 265 et s.

[600] Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p.96.

[601] Autre instrument de la technique, les catégories. Elles constituent des cadres permettant de regrouper par affinités les divers «éléments de la vie juridique» (E. THALLER, *La méthode en droit commercial, in Les méthodes juridiques*, Paris, 1911, p. 146 ; Christian LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, T. 1, 5ème éd., Economica, 2006, n°145, p. 85 ; François TERRE, *Introduction générale au Droit*, 7ème éd., Dalloz, 2006, n°404, p. 324. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 136. Du même auteur, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 12ème éd., Domat Droit, Montchrétien, 2005, n°186, p. 74. B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, 5ème éd., 2000, n°254, p. 107. Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°23, p. 54 ; Mélina DOUCHY-OUDOT, Droit civil 1ère année. Introduction, personnes, famille, 5ème éd., Dalloz, Hypercours, 2009, n°19, p. 13. Parmi les éléments en question figurent en bonne place les institutions juridiques : "le système des catégories apporte l'avantage de couler les institutions en des moules préformés, qui leur assure à la fois cette prévision des conditions et cette netteté des effets, sans lesquelles il n'est pas d'ordre social solidement établi." (François GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, Tome

Il parait en effet certain que la jurisprudence, en ayant recours à la notion de « détournement d'institution », a fait sortir le concept d'«institution juridique»[603], de son rôle traditionnel d'outil de systématisation et de rationalisation du droit, pour en faire un véritable instrument de la «politique juridique», pour reprendre l'expression utilisée par ROUBIER, en protégeant l'ordre juridique des atteintes que viendraient à lui porter la volonté individuelle.

L'institution juridique, qui est au cœur du détournement d'institution, est maintenant bien cernée, en tant que corps de règles de droit unies entre elles par une finalité commune.

Puisque l'institution juridique peut être détournée de sa finalité, il devient nécessaire de s'interroger sur la définition de l'autre composante du « détournement d'institution », la notion de « détournement ».

§2- Le détournement

III, Sirey, 1921, n°207, p. 123 et 125 ; Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, cité supra, p. 339 : "Négligeant des différences tenues pour accessoires, mettant en relief des ressemblances jugées essentielles, le sociologue réunira dans le même *type* des institutions qui se présentent à lui comme distinctes dans le temps et dans l'espace.".).

Les institutions juridiques se regroupent donc à l'intérieur des catégories, mais ne se confondent pas avec elles : pour ROUBIER, "les catégories juridiques, quel que puisse être leur intérêt pratique, n'aboutissent pas à donner naissance à un tout organique distinct, dans le champ du droit objectif ... la catégorie juridique doit être nettement distinguée de l'institution juridique, car si toutes les institutions peuvent être considérées comme formant autant de catégories distinctes, la réciproque n'est point vraie, et toutes les catégories ne constituent point des institutions. " (*Théorie générale du Droit*, cité supra, p. 16).

Institution et catégorie juridique ont pour point commun de constituer des ensembles de règles de droit, mais les ressemblances s'arrêtent là. En effet, ce qui fait la différence entre catégorie juridique et institution, c'est essentiellement la finalité, qui est au cœur de l'institution, et qui en éclaire toutes les règles. Comme le rappelait à juste titre Julien BONNECASE, "les institutions juridiques … ne sont pas que des cadres ; elles sont encore moins des cadres artificiels, des amas de règles de droit plus ou moins bien juxtaposées entre elles." (Julien BONNECASE, *Supplément au Traité Théorique et pratique de Droit civil de G. BAUDRY-LACANTINERIE*, T. 1, Sirey, 1924, n°381, p. 591).La finalité est absente des catégories juridiques, dont la vocation est d'être des outils, des instruments de classification au service du droit. Cf. Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 246. Cette différence de nature entre catégorie et d'institution explique qu'on ne puisse parler, comme l'a fait à tort un auteur, de « détournement des catégories juridiques ». La notion de « détournement », parce qu'elle touche à la finalité, au but poursuivi, n'est pas appropriée au concept de « catégorie juridique ». Cf. *supra*, note 601.

[602] L'institution juridique constitue bien plus qu'une simple notion technique, c'est un élément de la «politique juridique» : ROUBIER explique que "les institutions ou les ordres juridiques, ont un intérêt important lorsqu'il s'agit d'étudier le but des règles de droit.". Et l'auteur de préciser en note : "Nous ne visons pas les catégories juridiques, parce que celles-ci n'intéressent que la technique juridique, non la politique juridique ; elles n'ont pas, pour ce motif, de finalité particulière autre que celle qui s'attache au bon fonctionnement de la technique du droit." (Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2ème éd., rev. et augm., Sirey 1951, p. 24, et note 1). L'élément de politique juridique est induit par la finalité qui est au cœur de l'institution.

[603] J. L. BERGEL, *Théorie générale du Droit*, n°190, p. 220, met en garde contre des détournements de la finalité des catégories juridiques : "Mais, faisant entrer la réalité dans des cadres destinés à les préciser et à améliorer l'adaptation du droit à la vie, les catégories juridiques ne doivent pas être détournées de leur finalité." Monsieur BERGEL s'appuie ensuite sur ce passage tiré de l'ouvrage de ROUBIER (précité, p. 16/17.) : "D'autre part, les efforts que les juristes se croient obligés de faire, en face d'un fait ou d'un acte original, pour le faire entrer dans les catégories existantes, n'aboutissent souvent qu'à violenter inutilement la réalité ... il faut alors sortir bon gré mal gré des cadres connus et éprouvés".

139. Le Dictionnaire LITTRE définit le « détournement » comme : "**1**°Action de détourner. **2**°Soustraction frauduleuse. Détournement de fonds, de deniers, de papiers, de titres ... Détournement de mineur, de mineure, action de soustraire illicitement un jeune garçon, une jeune fille au domicile …".

Quant au verbe « détourner », il s'agit de : "**1**°Faire prendre une autre direction … **2**°Changer le cours... **7**°Donner une autre destination. Détourner des fonds de leur emploi ... **8**°Soustraire frauduleusement. Détourner des fonds, des papiers ... Détourner un mineur, une mineure, en faire le détournement ... **11**°Détorquer. Détourner le sens d'un passage, d'une loi.".

Le dictionnaire cite notamment un passage de BOSSUET, (***Hist. II, 10), très évocateur, car il est proche, dans la problématique, de ce qui caractérise le détournement d'institution :*** *« Nous contredirions même les intentions du Sauveur, en détournant le sens et l'esprit de cette histoire et détruisant tout le fruit qu'il se propose d'en tirer ».*

140. D'un point de vue juridique, la notion de détournement, prise en elle-même, n'a jamais fait l'objet d'une étude globale, bien que le terme soit utilisé en droit privé, en droit administratif et en droit pénal.

En droit privé, la notion de détournement est utilisée bien entendu à propos du détournement d'institution[604].

Mais, de façon plus classique, le détournement se rencontre à travers la théorie du détournement de pouvoir, aussi bien en droit de la famille (tutelle ou administration légale, pouvoir de gestion des époux sur les biens communs ...), qu'en droit du travail (détournement du pouvoir de direction de l'employeur). Variante du détournement de pouvoir, le détournement de procédure intéresse le divorce en droit de la famille, le licenciement en droit du travail, mais son terrain de prédilection est sans aucun doute la procédure civile et le droit fiscal.

Pour les publicistes, le terme de détournement s'unit au terme de pouvoir pour constituer précisément la célèbre théorie du détournement de pouvoir (ou de procédure) [605].

---

[604] François TERRE, *Introduction générale au Droit*, 7ème éd., Précis Dalloz, 2006, n°498, p. 406 : "Le droit positif utilise aussi la notion de détournement pour priver d'effet le comportement consistant à détourner une institution ou une technique juridique.".

[605] En droit administratif, l'expression de "détournement de pouvoir" aurait été créée par le Commissaire du gouvernement AUCOC (Cf. Roger VIDAL, *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative*, Rev. dr. pub. 1952, p. 275.) et les premiers travaux qui lui ont été consacrés ont pour auteur E. LAFERRIERE (R. VIDAL, *précité.* Jean COUTELAN, *Le détournement du pouvoir de police dans l'intérêt financier de l'administration*, Thèse, Paris, 1947, p. 16. Victor ALTABERT, *Comparaison entre les théories jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoir en droit public*, Thèse Dijon, 1951, p. 11). Roger VIDAL fait remonter la genèse du détournement de pouvoir aux années 1860, mais c'est «officiellement» en 1875 que la notion a reçu sa consécration dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, dans les affaires *Pariset* et *Laumonnier-Carriol*.(C. E 26 novembre 1875, Rec. 934 et GAJA, 17ème éd., 2009, p. 27 et s.

Enfin, droit pénal, le terme apparaît pour caractériser de multiples infractions : abus de confiance[606], détournement de gage ou d'objet saisi, détournement d'aéronefs, détournement de mineurs ...

Or, il apparaît, qu'au-delà de la diversité des matières dans lesquels il est utilisé, le détournement est toujours perçu comme un changement de finalité, de destination, la poursuite d'un but « étranger » au mécanisme juridique en cause (A).

Appliquée au « détournement d'institution », la notion de « détournement » est conforme à la signification précédemment dégagée (B).

A- L'unité de la notion de détournement

141. L'expression qui caractérise sans aucun doute le mieux le détournement et que l'on retrouve universellement, quelle que soit la discipline concernée, est celle de « poursuite d'un but étranger » ou de « fin étrangère » au pouvoir, ou au droit subjectif. Cette présentation du détournement présente l'avantage de synthétiser la notion dans ses diverses manifestations.

Or, le mot « étranger » signifie dans la langue française[607] : Qui est d'une autre nation, qui appartient, qui a rapport aux autres pays …Qui n'appartient pas à ... Qui n'a aucun rapport, aucune conformité avec l'objet dont on parle … »[608].

N'avoir aucun rapport avec, ou aucune conformité avec l'objet dont on parle[609], cela peut signifier un changement de destination, la poursuite d'un but autre que celui prévu par

Le détournement de pouvoir avait été créé par une décision *Lesbats*, prise par l'Empereur en son Conseil le 25 février 1864). Le détournement de pouvoir est l'un des quatre cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir.

[606] Gérard CORNU explique que le détournement est "le fait, pour un détenteur précaire, de ne pas restituer le bien qui lui avait été confié (en vertu d'un contrat de détention : dépôt, prêt, mandat, etc.), élément de l'abus de confiance (C.pén. art. 314-1)". (Vocabulaire juridique, *précité*).

Il s'agit aussi, dans un sens plus large, du "fait de soustraire une personne ou une chose au contrôle légitime d'un tiers", et l'auteur de proposer pour exemples le détournement d'actif, d'aéronef, de fonds ou d'objets, de moyen de transport ou de personnes.

[607] Dictionnaire Littré

[608] Voir les définitions du détournement de pouvoir du GAJA, p. 28 et René CHAPUS, *Droit administratif général*, T. I, 14ème éd., Montchrétien, 2000, n°1242, p. 1026. AUBY et DRAGO, n°1295, p. 411.

[609] Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits*, 2ème éd., Dalloz, 1939, n°194, p. 262 : "on voit parfois le titulaire d'une prérogative l'exercer dans une fausse direction et accomplir un acte qui constitue un contre-sens juridique ; d'où la sanction qui intervient alors, sous des aspects variables, mais pour la même raison et dans le même but : il s'agit toujours d'assurer l'exercice et la réalisation des droits en conformité de leur finalité, de leur destination sociale ...". Cf. également Jean BRETHE DE LA GRESSAYE et Marcel LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du droit.* Sirey, 1947, n°464, p. 409 : "Dans les deux cas, il s'agit d'un droit ou d'un pouvoir qui est exercé, en apparence conformément à la loi dans les limites précisées par celle-ci, la déviation n'apparaissant que lorsqu'on recherche le but en vue duquel le droit a été exercé, le pouvoir utilisé : l'un et l'autre consistent à user d'un pouvoir légal, en vue d'un but autre que celui admis par la loi.". La jurisprudence rendue en matière d'abus de majorité ou de minorité, lesquels constituent en réalité des détournements de pouvoir, définit l'abus de minorité comme " **« l'attitude [d'un associé] contraire à l'intérêt général de la société** en ce qu'il aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci et dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés »." (Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des*

l'institution. La notion de « poursuite d'un but étranger » réalise la synthèse des notions d'« utilisation, hors de sa destination », d'un mécanisme juridique, de « changement de destination », de « poursuite d'un but autre ».

Le terme «étranger» sous-entend que le but poursuivi ne peut être rattaché en aucune manière au but «normal» de la prérogative ou du mécanisme : par exemple, en matière de détournement de pouvoir : "Le but poursuivi par elle [l'administration] peut être différent de celui en vue duquel la loi lui a conféré ce pouvoir de décision ; il arrive en effet souvent que, tout en prenant une mesure ayant toutes les apparences de la régularité, l'agent public poursuive un but d'un autre ordre que celui prévu par la loi, qu'il **détourne ainsi son pouvoir de sa destination légale**."[610]

142. Le détournement est parfois présenté par la doctrine comme l'utilisation, hors de sa destination, d'un mécanisme juridique. : "utilisation, hors de sa destination, d'un bien, d'une voie de droit ou d'un pouvoir."[611].

En droit pénal, par exemple, où la notion de détournement sert d'élément constitutif à plusieurs infractions contre les biens[612], notamment l'abus de confiance[613], l'article 314-1 du Code pénal dispose que "L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé.".

rapports contractuels, LGDJ, 2004, n°407, p. 298). Et en ce qui concerne l'abus de majorité, les arrêts qualifient "d'abus de majorité la décision prise « **contrairement à l'intérêt général de la société** et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité" (Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n°408, p. 299. S'agissant de l'abus de minorité, Monsieur LOKIEC note qu'"Il s'agit, selon les termes de la Cour de cassation, de contrôler le « dessein » des actionnaires.".). V. Jean CALAIS-AULOY, *L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit commercial français*, p. 221 et s., spéc., p. 223 : "La majorité, dans les assemblées d'associés ou d'actionnaires, est dotée du pouvoir d'exprimer la volonté collective. **Ce pouvoir, comme tout autre, risque d'être détourné de son but (**Note 14 : L'abus de majorité est donc plus proche d'un détournement de pouvoir que d'un abus de droit. V. SCHMIDT, *Le droit de la minorité dans la société anonyme*, n° 234**)** .". V. également Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n°393, p. 287/288.

[610] C'est nous qui soulignons. J. COUTELAN, *thèse citée supra*, p. 3 et p.1/2 : "s'il agit dans un but autre que celui en vue duquel la loi l'a doté du pouvoir de statuer et d'agir, ce fonctionnaire sort de sa mission ... il "détourne" son pouvoir du but légal qui est la condition essentielle de son existence.".

[611] Gérard CORNU, *Vocabulaire* juridique, Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 305.

[612] Le nouveau Code pénal, entré en vigueur le 1er mars 1994 (Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 modifiée par la loi 93-913 du 19 juillet 1993), consacre dans un livre troisième intitulé "Des crimes et délits contre les biens" un titre premier consacré aux appropriations frauduleuses. A l'intérieur de ce titre figure un chapitre IV se rapportant aux "détournements". Parmi les détournements se trouvent l'abus de confiance (article 314-1), le détournement de gage ou d'objet saisi (articles 314-5 et 314-6) et l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité (article 314-7). Wilfrid JEANDIDIER (*Jurisclasseur pénal, art. 314-1 à 314-4*, 2004, n°1, p. 2), considère que l'abus de confiance est évidemment la «qualification mère» en ce domaine et elle reste de très loin la plus importante.

[613] Carole SOUWEINE, *Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal*, Mélanges LARGUIER, Presses universitaires de Grenoble, 1993, p.303 et s.

Comme en droit privé, les pénalistes voient dans le détournement une utilisation hors de son affectation, d'un bien ou d'un objet confié en vue d'une utilisation précise[614].

143. Le détournement est aussi un changement de destination, de but poursuivi, lequel est étranger au but initialement existant[615].

La notion de changement de destination[616] est évoquée en droit pénal, dans le cadre de l'abus de confiance[617], pour caractériser le détournement.

Pour les pénalistes[618], "*détourner* (*distrahere*), c'est distraire un objet de sa destination. Quand le détournement prend un caractère *frauduleux*, ces faits impliquent donc l'idée *d'un changement frauduleux de destination d'un objet*[619]*.*".

---

[614] Ainsi, Madame Michèle-Laure RASSAT explique que "le détournement *stricto sensu* ou *usage abusif* … se manifeste quand l'agent utilise l'objet confié *pour un usage autre que ce qui était convenu* "(C'est nous qui soulignons. *Droit pénal spécial. Infractions de et contre les particuliers*, Précis Dalloz, 5ème éd. 2006, n°155, p. 187. Cf. également Michel VERON, *Droit pénal spécial*, 12ème éd., Sirey, 2008, p. 300. Jean LARGUIER, Philippe CONTE, *Droit pénal des affaires*, 11ème éd., A. Colin, 2004, p. 192. Wilfrid JEANDIDIER, *Droit pénal des Affaires*, 6ème éd., Précis Dalloz, 2005, n°13, p. 16. Roger MERLE et André VITU, *Traité de Droit criminel, Droit pénal spécial*, par A. VITU, T. 2, Cujas, 1982, n°2365, p. 1933. Rémy LEINSTER, *Efficacité et imperfection de l'incrimination de l'abus de confiance dans le droit des affaires*, Thèse, Nancy, 1980, p. 118 et s.). Pour des exemples cf. Michel VERON, *Droit pénal spécial*, 12ème éd., Sirey, 2008, p. 299. Bianca LAURET, *Droit pénal des affaires, 7*ème éd., Economica, 2001, p. 135 et s.).

[615] François BOULANGER, *Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la* famille, JCP 1993, I, n°3665, p. 151 et s. Cf. également Philippe JESTAZ, *Faux et détournement d'institution en droit français de la famille*, le faux en droit privé, sous la direction de Nicolas KASIRER, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Thémis, 2000, p. 1 et s., spéc. p. 13 : qui appelle « faux au deuxième degré », "le fait d'utiliser une institution reposant sur le faux pour obtenir un résultat étranger à l'esprit de celle-ci …". V. Anne KIMMEL-ALCOVER, *les détournements de l'adoption*, Droit et société, vol. 29, 2000, p. 271 et s., spéc. p. 275 et 286.

[616] Wilfrid JEANDIDIER, *Jurisclasseur pénal, art. 314-1 à 314-4*, 2004, n°51, p. 9 : "le détournement sans dissipation est par essence difficile à prouver, car **un changement de destination** est intrinsèquement imperceptible. Il faut un acte matériel postérieur, non équivoque, qui apporte la preuve indubitable du détournement ...".

[617] Cf. *supra*. Le Code pénal incrimine, outre l'abus de confiance, le détournement de gage ou d'objet saisi (articles 314-5 et 314-6 du nouveau Code pénal). V. Pascale SALVAGE-GEREST et Philippe SALVAGE, *Droit pénal et sûretés*, Mélanges LARGUIER, Presses Universitaires de Grenoble, 1993, p. 281 et s et spéc. p. 285. Ces auteurs considèrent que la notion de détournement est la même dans l'abus de confiance et dans le détournement de gage (p. 297/298). Mireille DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, T. 2, 3ème éd. ref., PUF, 1990, p. 48 et s. Pour le détournement d'objet placé sous scellés cf. art. 434-23 du Code pénal.

[618] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, T. V, 3ème éd., Sirey, 1924, n°2618, p. 498. Monsieur JEANDIDIER explicite la notion en indiquant que "le détournement consiste en un changement de destination de la chose remise à une fin précise ..."*Droit pénal des affaires*, n°17, p. 20. A. VITU, *opus cité*, n°2397, p. 1955. V. note sous Crim. 22 janvier 2003, Rev. Sc. Crim. 2003, p. 792. En droit pénal, le détournement consiste encore, "par extension (au) fait de soustraire une personne ou une chose au contrôle légitime d'un tiers. ". (Le nouveau Code pénal réprime l'enlèvement de mineurs, en distinguant selon que l'enlèvement est effectué par un ascendant (art. 227-7) ou par une personne autre qu'un ascendant (art. 227-8).(Pour une étude du système en vigueur sous l'empire de l'ancien Code pénal, v. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, T. V, 3ème éd., Sirey, 1924, n° 2247 et s.)

GARRAUD (*Traité précité*, n°2252) considérait que l'enlèvement "s'opère par la translation du mineur de l'asile ou il était placé dans un autre lieu, **à l'effet de le détourner** de sa position, dans un autre. Monsieur VITU s'interroge : "Que faut-il entendre par détournement ? ... le délit de l'article 356 n'est consommé que s'il consiste en un déplacement d'une certaine durée, par lequel le mineur est soustrait au contrôle de ses parents ... Il est en revanche inutile d'exiger que la victime ait été déplacée des lieux où elle aurait été mise par l'autorité de ceux à qui elle est soumise.".(*Traité de Droit criminel, Droit pénal spécial*, n°2437, p. 1986).). Un parallèle intéressant peut être fait avec une autre affaire jugée par la 2ème chambre civile de la Cour de cassation, le 5 juillet 2001, une

Jean LARGUIER[620] rappelle opportunément à ce propos la définition du détournement figurant dans le LITTRE : "«le détournement implique seulement, dit Littré, le fait de faire prendre à la chose une autre direction»".

Le « changement de but poursuivi »[621] est, pour sa part, plutôt utilisé en droit administratif, à propos du détournement de pouvoir. Il est unanimement admis que le détournement de

femme mariée réclamait des dommages-intérêts, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, à la maîtresse de son époux, en réparation du préjudice causé par leur liaison. Il faut préciser que la maîtresse avait eu un enfant avec la mari, l'épouse ayant été informée de cette situation à l'occasion d'une action en recherche de paternité intentée par la maîtresse à l'encontre du mari. (JCP 2002, II, 10139, note HOUTCIEFF).
La Cour d'appel avait rejeté la demande de l'épouse, et sa décision est approuvée par la Cour de cassation, aux motifs notamment " qu'il n'était pas davantage soutenu **qu'elle aurait à la suite de manœuvres détourné M. G. de son épouse**, la cour d'appel a pu décider que le seul fait d'entretenir une liaison avec un homme marié ne constitue pas une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur à l'égard de l'épouse.". Le mot de « détournement » revêt ici son sens habituel (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*,8ème éd. Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 305, v. *détournement* : "détournement de personnes. Action consistant à détourner une personne de ses devoirs ou à la soustraire à l'autorité dont elle relève."), même si l'annotateur de cette décision lui reproche d'être "malheureux par sa connotation", car il "suggère en effet un tiers soustrayant l'époux à l'amour de son conjoint comme un mineur à l'autorité de ses parents." (Note HOUTCIEFF précitée, n°16, p. 1627).
S'agissant des biens, les exemples ne manquent pas : détournement d'actif, de fonds ou d'objets – dont il vient d'être question – le détournement d'aéronef ou de moyens de transports. Cf. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, cité supra, v. détournement. Précisément, le détournement de moyens de transports consiste "à s'emparer ou à prendre le contrôle, par violence ou menace, de tout moyen de transport à bord duquel se trouvent des passagers (ou tout autre personne) ... (C. pén., art. 224-6)." (Michel VERON, *Droit pénal spécial*, 12ème éd., Sirey, 2008, p. 297). Pour le détournement de pièces produites en justice, v. nouveau Code pénal, article R 645-7.

[619] C'est nous qui soulignons.

[620] *Droit pénal des affaires*, p. 168. Il précise que c'est dans le cadre de l'abus de confiance, à propos du deuxième type de comportement coupable, que l'on peut vérifier ce postulat. "Sans dissiper la chose, cette fois, et avant l'échéance, le détenteur fait de la chose un usage qui n'est pas celui primitivement prévu." (p. 170). Une définition similaire du détournement est proposée par Reynald OTTENHOF, lequel consiste dans "la volonté de donner à la chose un cours autre que celui prévu par les parties." (Note sous Crim. 22 janvier 2003, Rev. Sc. Crim. 2003, p. 792). V. également Carole GIRAULT (note sous Crim. 19 mai 2004, AJ Pénal, n°9/2004, J., p. 325) : "Si l'impossibilité de restituer le bien confié révèle sans difficulté un détournement, celui-ci se définit plus largement comme le changement de destination de la chose remise à une fin précise.".

[621] Ou changement de finalité. Le concept de « changement de finalité » n'est pas inconnu en droit français.
Le Code de la santé publique, dans son article L 1211-2, a recours à cette notion pour permettre, en matière de recherche biomédicale, à des scientifiques d'utiliser des éléments ou produits du corps humain à d'autres fins que celles pour lesquelles ces prélèvements avaient été autorisés. (Article L 1211-2 : « Le prélèvement d'éléments du corps humain et la collecte de ses produits ne peuvent être pratiqués sans le consentement préalable du donneur. Ce consentement est révocable à tout moment.
L'utilisation d'éléments et de produits du corps **humain à une fin médicale ou scientifique autre que celle pour laquelle ils ont été prélevés ou collectés est possible, s**auf opposition exprimée par la personne sur laquelle a été opéré ce prélèvement ou cette collecte, dûment informée au préalable de cette autre fin. Lorsque cette personne est un mineur ou un majeur sous tutelle, l'opposition est exercée par les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur. Il peut être dérogé à l'obligation d'information lorsque celle-ci se heurte à l'impossibilité de retrouver la personne concernée, ou lorsqu'un des comités consultatifs de protection des personnes mentionnés à l'article L. 1123-1, consulté par le responsable de la recherche, n'estime pas cette information nécessaire. Toutefois, ces dérogations ne sont pas admises lorsque les éléments initialement prélevés consistent en des tissus ou cellules germinaux. Dans ce dernier cas, toute utilisation pour une fin autre que celle du prélèvement initial est interdite en cas de décès de l'intéressé …». Thomas ROCHE, Alice FALCON DE LONGEVIALLE, *La notion de changement de finalité lors de l'utilisation d'éléments du corps humain à des fins scientifiques*, Gaz. Pal., 6,7 juin 2008, Actualité, p. 1468 et s. Thomas ROCHE, *L'utilisation d'éléments et produits du corps humain à des fins de contrôle : une finalité en devenir*, http://www.village-justice.com/articles=5163, publication 20 mars 2009).
Le législateur n'ayant pas précisé le sens du « changement de finalité », la doctrine estime qu'il doit être défini comme "le fait de pouvoir utiliser des éléments biologiques humains initialement prélevés pour une finalité différente de celle qui fera l'objet de l'utilisation secondaire. Les finalités étant celles prévues à l'article L 1221-

pouvoir consiste en “l’exercice d’un pouvoir pour un objet autre que celui en vue duquel il a été conféré par la loi”[622] ou encore dans le fait “que l’autorité administrative a exercé ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel il lui a été conféré.”[623].

Or, il ressort de cette définition que le détournement est caractérisé lorsque l’administration poursuit un but étranger à l’intérêt public[624] ou “un but d’intérêt public étranger à celui que la loi lui imposait de poursuivre”.

1 du CSP (médical/scientifique)” (Thomas ROCHE, Alice FALCON DE LONGEVIALLE, *La notion de changement de finalité lors de l’utilisation d’éléments du corps humain à des fins scientifiques*, Gaz. Pal., 6,7 juin 2008, Actualité, p. 1468 et s., p. 1470).
Dans le changement de finalité, ressort l’idée que l’utilisation (en l’espèce, des produits du corps humain) s’effectuera pour « une fin autre » que celle prévue initialement. (C’est l’expression utilisée par le Code de la santé publique. Cf. également les travaux parlementaires, évoquant le changement de finalité comme « toute réutilisation de prélèvements pour une recherche autre que celle pour laquelle la personne a consenti, quelle que soit la finalité de cette dernière » (cités par Thomas ROCHE, Alice FALCON DE LONGEVIALLE, *article précité*, p. 1469).

[622] GAJA, 17ème éd., 2009, p. 28. L’idée est la même en matière de détournement de procédure, puisque celui-ci “consiste dans le fait pour l’Administration d’utiliser une procédure administrative à des fins autres que celles auxquelles elle aurait dû légalement servir.” (Georges VEDEL et Pierre DELVOLVE, *Droit administratif*, T.II, Thémis, PUF, 11ème éd., mise à jour, 1990, p. 332. V. également AUBY et DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, T. II, 3ème éd., 1984, n°1303, p. 420. René CHAPUS, *Droit administratif général*, T. I, 14ème éd., Montchrétien, 2000, n°1245, p. 1031. Pour une autre approche des choses en la matière : Y. GAUDEMET, *Rép. cont. adm. Dalloz, v. détournement de pouvoir et de procédure*, 1989, n°2 : “Il suppose qu’un agent qui cumule deux compétences distinctes utilise la procédure correspondant à l’exercice d’une de ces compétences pour assurer un résultat correspondant à la finalité de l’autre compétence.”. Dans le même sens, A. DE LAUBADERE, J.L VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, T. I, 16ème éd., LGDJ, 2001, n°1079, p. 497. Pour une étude d’ensemble, cf. GOY, *La notion de détournement de procédure*, Recueil d’études en hommage à Charles EISENMANN, Cujas, 1975, p. 321 et s.). La majorité des auteurs voient de ce fait dans le détournement de procédure une variété de détournement de pouvoir (Si la rareté des études consacrées à la notion de détournement de pouvoir en droit privé a pu être relevée, il en va encore de même et à plus forte raison de la notion de détournement de procédure. Cf. cependant, Raymond MARTIN, Les détournements de la procédure judiciaire, RTD civ. 2007, p. 723 et s.
En droit administratif, la plupart des auteurs s’accordent pour estimer que le détournement de procédure n’est que l’une des facettes du détournement de pouvoir (VEDEL, p. 333. AUBY et DRAGO, n° 1303, p. 420). V. CHAPUS, n°1245, p. 1032, qui critique l’expression de «détournement de procédure». GAUDEMET, n°68, p. 6. GAJA, p. 30. LAUBADERE, n°1079, p. 497. J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, 21ème éd., Précis Dalloz, 2006, n°636, p. 554.). R. GOY, *La notion de détournement de procédure*, Recueil d’études en hommage à Charles EISENMANN, Cujas, 1975, p. 321 et 323.
On rencontre deux sortes de définitions en doctrine :
D’une part, certains auteurs adoptent une définition très proche de celle du détournement de pouvoir et l’expriment en indiquant que “le détournement de procédure consiste dans le fait pour l’Administration d’utiliser une procédure administrative à des fins autres que celles auxquelles elle aurait dû légalement servir.” (VEDEL et DELVOLVE, p. 332. CHAPUS, n°1245, p. 1031. AUBY et DRAGO, n°1303, p. 420).
D’autre part, d’autres auteurs mettent l’accent sur ce qu’ils jugent être la spécificité du détournement de procédure et définissent alors celui-ci comme le comportement par “lequel l’administration, dissimulant le contenu réel d’un acte sous une fausse apparence, recourt à une procédure réservée par la loi à d’autres fins que celle qu’elle poursuit, afin d’éluder certaines formalités ou de supprimer certaines garanties.”(GAJA, p. 30. LAUBADERE, n°1079, p. 497. GAUDEMET, n°68 et s. Comment ne pas alors songer à rapprocher le détournement de procédure de la simulation, la simulation étant utilisée comme moyen pour réaliser un détournement de procédure ?).

[623] René CHAPUS, *Droit administratif général*, T. I, 14ème éd., Montchrétien, 2000, n°1242, p. 1026. A. DE LAUBADERE, J.L VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, T. I, 16ème éd., LGDJ, 2001 n°1075, p. 495. AUBY et DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, T. II, 3ème éd., 1984, n°1295, p. 411. VEDEL et DELVOLVE, *Droit administratif*, PUF, T.II, 11ème éd. rev. et corr., 1990, p. 323. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, cité supra, v. détournement. Jean RIVERO et Jean WALINE, *Droit administratif*, 21ème éd., Précis Dalloz, 2006, n°635, p. 553.

L'administration use de ses pouvoirs dans un but d'intérêt public, **mais ce but d'intérêt public n'est pas celui que l'administration pouvait poursuivre**. L'idée est que certains pouvoirs ont une finalité bien marquée, sont spécialisés, et l'administration ne doit se servir de ces prérogatives qu'à la condition de poursuivre le but qui leur est assigné[625].

Le détournement consiste alors en la poursuite d'un but étranger au but normal du pouvoir : le but poursuivi par l'agent ne correspond pas à la finalité de la prérogative dont il est titulaire.

C'est le comportement de l'administration, utilisant un de ses pouvoirs dans un but totalement étranger à celui qui caractérise normalement ce pouvoir, qui va en constituer le détournement.

Le détournement s'apparente en quelque sorte à un virage à 180°[626].

144. Le droit administratif connaît aussi, à côté du détournement de pouvoir par poursuite d'un but étranger à l'intérêt public, le détournement de pouvoir par poursuite d'un intérêt public autre.

L'acte peut fort bien poursuivre un but d'intérêt public, mais s'il ne poursuit pas le but d'intérêt public spécial au pouvoir qui est exercé il y aura détournement de pouvoir[627].

L'analyse de cette forme particulière de détournement de pouvoir "présente comme un vice particulier le fait, pour un acte administratif – parfaitement légal par ailleurs – de répondre à un but d'intérêt général autre que le but visé par la loi ; voilà un administrateur qui, respectant sa compétence, respectant les formes légales, respectant le droit en la matière vise un but d'intérêt général ; il n'en commet pas moins une grave illégalité si le but n'est pas conforme à l'intention du législateur."[628].

[624] Cf. GAUDEMET, n°43 et 44 : "Ainsi, ce qui détermine le détournement de pouvoir c'est l'inexistence d'un mobile d'intérêt général ..."

[625] Cf. GAUDEMET, *Rép. cont. adm. Dalloz, cité supra,* n°30, p. 3 : "l'objectif visé n'est légitime qu'en raison de la spécialité de l'autorité qui agit". LAUBADERE, n°1078, p. 496 et s. J. COUTELAN, *Le détournement du pouvoir de police dans l'intérêt financier de l'administration,* Thèse, Paris, 1947, p. 6.

[626] L'administration a entre ses mains un pouvoir qui poursuit une finalité spécifique – l'intérêt public – et va mettre en œuvre ce pouvoir en poursuivant une fin qui est étrangère à l'intérêt public : satisfaction d'un intérêt personnel, mobile politique ...

[627] Roger VIDAL précise que "dès l'origine, le juge ne s'est pas borné à se demander si l'auteur de l'acte attaqué avait eu en vue l'intérêt général plus ou moins largement entendu, il est allé plus loin et a recherché si le but voulu par le législateur avait été effectivement poursuivi; En effet, la spécialité du but des actes est une conséquence de la spécialité des fonctions exercées par leurs auteurs ... Aussi la théorie du détournement de pouvoir implique t'elle que pour poursuivre le but voulu par la loi «l'autorité administrative doive, à la fois, agir dans l'intérêt général, but essentiel et primordial de toute activité administrative et tendre vers la fin spéciale découlant directement de la fonction déterminée mise en œuvre dans chaque cas concret» (WELTER)" (*L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative*, Rev. dr. pub., 1952, p. 275, spéc. p. 310). Pour une définition du détournement de pouvoir mettant l'accent sur le but poursuivi par le législateur cf. Jacques GEORGEL, *Jurisclasseur administratif*, fasc. 1152, 2, 1994, n°61, p. 8.

[628] D. TRUCHET, *La notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, 1977, p. 94 et 96.

Le détournement de pouvoir, en droit privé[629], s'inscrit dans une démarche similaire : la jurisprudence, par exemple, utilise souvent des expressions très proches de la notion de détournement.

Ainsi, en matière de mandat[630], "la faute du mandataire se présente comme un véritable détournement de pouvoirs parce que celui-ci est bien resté dans les limites de ses pouvoirs de représentation, **mais il a agi dans un intérêt autre que celui du mandant**." [631].

---

[629] En droit privé, le détournement de pouvoir n'a pas suscité beaucoup de débats en doctrine, la plupart des auteurs considérant qu'il s'agissait ni plus ni moins que d'une transposition, en droit privé, de la théorie du détournement de pouvoir, développée par le Conseil d'Etat en droit administratif. Alfred LEGAL et Jean BRETHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées. Etude de sociologie juridique*, Sirey 1938, p. 485. Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits.* 2ème éd. Dalloz, 1939, n° 193, p. 259 et n°194, p. 262. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 249. José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe "fraus omnia corrumpit"*. Dalloz 1957, p. 344 et s. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques.* Dalloz, 1963, p. 144/145. Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé.* Economica, 1985, p. 96 et s. et n°149, p. 97. Guy COURTIEU, *Abus de droit. Notion.* Jurisclasseur civil, article 1382 à 1386 – Responsabilité civile – fasc. 131-10, 2005, n°10. François TERRE, *Introduction générale au Droit, 7*ème éd., Précis Dalloz, 2006, n°498, p. 405. Sur la théorie du détournement de pouvoir, cf. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°631, p. 795, à propos du pouvoir disciplinaire.85, p. 96 et s. V. également, F. VAUVILLE, *Les pouvoirs concurrents en droit de la famille*, Thèse, Lille II, 1991. Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004. Voir également le *Traité de droit civil. Introduction générale* de J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, 4ème éd., avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, LGDJ,1994.

Les développements consacrés à cette notion, qui ont bénéficié de la plus large ampleur, sont à rechercher dans les écrits d'Emmanuel GAILLARD, qui a mené une étude sur la notion de pouvoir en droit privé.

Concernant la notion de détournement, Monsieur GAILLARD rappelle la définition du détournement de pouvoir admise en droit administratif, et précise que la définition est également valable pour le droit privé :." (Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé.* Economica, 1985, n°149, p. 97 : le détournement de pouvoir est "l'utilisation des pouvoirs par leur titulaire « pour une fin autre que celle en vue de laquelle ils lui avaient été conférés »". F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 7ème éd., Précis Dalloz, 2006, n°498, p. 405. *Ibid.* V. F. VAUVILLE, *Les pouvoirs concurrents en droit de la famille*, Thèse, Lille II, 1991, p. 308. L'idée de transposition de la définition du détournement de pouvoir du droit public au droit privé est reprise par Jean PELISSIER, dans un article consacré au « détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire » (Mélanges dédiés à Jean VINCENT, Dalloz, 1981, p. 273 et s, spéc., p. 273) : "De même que les administrés peuvent obtenir l'annulation des actes administratifs pris par un fonctionnaire **qui a utilisé ses pouvoirs à des fins autres que celles pour lesquelles ceux-ci lui ont été conférés**, de même un salarié peut faire annuler les sanctions disciplinaires prononcées à son encontre lorsque le chef d'entreprise a détourné de son but le pouvoir disciplinaire qu'il doit exercer dans l'intérêt de l'entreprise.". Les travaux de l'Association Henri Capitant consacrés à « l'abus de pouvoirs ou de fonctions » définissent le détournement de pouvoir comme l'accomplissement d'actes qui "tout en restant dans ces limites [du pouvoir], poursuivent **des fins étrangères à celui-ci**." (1977. T. XXVIII, Economica, 1980, G. MICHAELIDES-NOUAROS. Daniel VEAUX précise également ce qui caractérise, selon lui, la notion de détournement de pouvoirs, spécialement en droit civil : "le représentant reste dans les limites des pouvoirs qui lui ont été reconnus, mais il se sert de ceux-ci à son profit personnel au lieu de se laisser guider par l'intérêt du représenté (par exemple il a fait des actes de gestion sur un bien qu'il avait effectivement le pouvoir de gérer, mais il s'est arrangé pour que ces actes lui profitent). ". Le détournement de pouvoir est ainsi constitué soit parce que le représentant poursuit un intérêt personnel, qu'il n'est pas autorisé à poursuivre, soit parce **qu'il poursuit une fin étrangère à la fonction** qu'il a la charge d'assumer. (*L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil, précité*, p. 78. Cf. également Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p. 144. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 251, propose une distinction entre fin personnelle et fin étrangère poursuivie par le responsable d'un détournement de pouvoir. Pour un exemple de détournement de pouvoir en droit du travail, v. V. Soc. 23 janvier 1996. D. 1996, IR, p. 53.).

[630] Conclusions *GULPHE* sous l'arrêt d'Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 10 juin 1977, JCP 1977, II, 18730.

[631] Jean PATARIN voit le détournement de pouvoirs de la façon suivante : il s'agit des "abus commis par le mandataire dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés et consistant seulement dans le fait que le mandataire

En ayant recours à de telles expressions pour caractériser l'existence du détournement, la doctrine met l'accent sur le fait que l'exercice du mécanisme n'a plus rien de commun avec le but que le législateur avait prescrit de suivre. Il y a toujours changement de destination, de but poursuivi par l'utilisateur.

145. Concrètement, le « détournement » se présente sous plusieurs formes :

- Le sujet a agi soit pour favoriser, soit pour nuire à autrui.

On en trouve des illustrations en droit administratif[632] : le but totalement étranger à l'intérêt public consiste en des mesures prises en défaveur d'administrés ou de fonctionnaires : la jurisprudence est, sur ce point, classique[633].

Les mesures prises peuvent avoir, au contraire, pour effet de favoriser certaines personnes ou catégories de personnes.

Enfin, le détournement de pouvoir est également relevé lorsque l'acte est le reflet d'une mesure politique.

Les exemples qui précèdent sont tous caractérisés par le fait que le but qu'ils poursuivent n'a rien à voir avec l'intérêt public, qui doit caractériser tout acte administratif.

- Le sujet n'utilise pas le mécanisme juridique ou la chose conformément à ce qui avait été prévu.

En droit pénal, par exemple, le détournement dans l'abus de confiance est notamment caractérisé par "un usage contraire à l'affectation du bien"[634] ou "l'usage contraire à la finalité d'un droit"[635].

a poursuivi un but contraire à l'esprit de ses pouvoirs ...".(Travaux de l'Association Henri Capitant consacrés à « l'abus de pouvoirs ou de fonctions », 1977. T. XXVIII, Economica, 1980, p. 529 et s., spéc., p. 544).

[632] En droit privé, certains estiment que la fin poursuivie par l'auteur de l'acte, qui n'est pas celle prévue par la loi, peut être soit une fin personnelle, soit une fin étrangère au pouvoir. Jean DABIN aborde cette distinction dans son ouvrage consacré au Droit subjectif (précité), p. 251. Mais la distinction n'est-elle pas artificielle ? Par définition, une fin personnelle est forcément étrangère au but pour lequel le pouvoir ou la prérogative a été conférée. D'ailleurs Jean DABIN le reconnaît lui-même : "de pareilles fins renferment suffisamment de clarté dans leur énoncé pour qu'on puisse en distraire toutes autres qui leur seraient étrangères, à commencer par l'intérêt égoïste des titulaires de fonction : c'était l'hypothèse ... du détournement de pouvoir."(p. 261).

Par exemple, la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, instituée par l'article 1384 alinéa 5 du Code civil, fait référence à la notion de finalité, à l'occasion des conditions d'exonération de la responsabilité du commettant : la jurisprudence estime en effet que "le commettant ne s'exonère de sa responsabilité que si son préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et **à des fins étrangères à ses attributions**." (Cass. Assemblée Plénière, 19 mai 1988. D. 1988, p. 513, note LARROUMET ; Gaz. Pal. 1988, 2, p. 648, concl. DOWLING-CARTER).

Didier REBUT explique que "La finalité étrangère aux attributions permet de détacher l'acte du préposé des fonctions ... La finalité étrangère consiste le plus souvent en une finalité strictement personnelle, l'acte accompli ayant l'intérêt propre du préposé pour unique but."(Didier REBUT, Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386, Droit à réparation. Responsabilité du fait d'autrui. Domaine : responsabilité des commettants, fasc. 143, 1998, n°54, p. 13).

[633] Sur ces questions cf. GAJA, sous CE *Pariset* précité, Rép. cont. adm. Dalloz, v. *détournement de pouvoir*, cité supra, n°29 et s. V. pour la jurisprudence récente : Jurisclasseur administratif, fasc. 1152, mise à jour 1996, n°65 à 74.

Monsieur VERON[636] cite comme exemple de tels d'abus de confiance le cas de "celui qui détourne le fichier client dont il use normalement pour passer les commandes de la société, celui qui détourne des sommes qui lui ont été remises pour effectuer la paye du personnel.". L'idée directrice qui ressort des arrêts est l'idée que le détournement est caractérisé par la non conformité de l'utilisation de la chose ou du bien à la fin qui avait été prévue initialement, lors de la remise de ce bien ou de cette chose. Le bien était confié pour faire l'objet d'une utilisation ou d'un usage précis, dans un but précis, or l'usage qui en est fait ne correspond pas à ce but précis. L'auteur de l'infraction n'aurait pas dû faire subir à une chose des événements qui ne correspondaient pas aux normes fixées au départ, ou à faire suivre à des personnes une autre voie que celle qui était initialement prévue[637].

- Le sujet a recours à un mécanisme juridique autre que celui qu'il aurait dû normalement utiliser.

C'est l'hypothèse du détournement de procédure[638].

Un exemple peut être tiré de l'action en contestation de reconnaissance. Un père naturel, ayant des doutes sur sa paternité, avait engagé une action en contestation de reconnaissance, ce qui avait contraint la mère et l'enfant à subir une expertise biologique ordonnée dans le cadre de la procédure. L'expertise ayant conclu à la paternité, le père s'était désisté de sa demande. Comme l'indique Guy COURTIEU[639], "pour la Cour de Bordeaux[640], l'objet de

[634] Jean LARGUIER, Philippe CONTE, *Droit pénal des affaires*, 11ème éd., A. Colin, 2004, p. 193) le qualifie de "*détournement de pouvoir* et s'interroge : "est-il un détournement au sens de l'article 408 C. Pén. ? ... Tout dépendra de l'usage prévu, et de l'usage fait.". Sur ces questions, cf. Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions de et contre les particuliers*, Précis Dalloz, 5ème éd. 2006, n°155, p. 187.

[635] Sur ces questions, cf. M. L. RASSAT, *opus cité*, n°155, p. 187. Pour une critique de cette classification cf. M. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des Affaires*, p. 45 qui considère que la notion d'usage "contraire à l'affectation d'un bien" engloberait celle d'acte "contraire à la finalité d'un droit" et serait trop large pour servir de critère.

[636] M. VERON, *Droit pénal spécial*,, 12ème éd., Sirey, 2008, p. 299. Pour d'autres exemples cf. Bianca LAURET, *Droit pénal des affaires*, *7*ème éd., Economica, 2001, p. 135 et s.

[637] Par conséquent, au-delà de la diversité des infractions mettant en cause le détournement, le comportement incriminé est objectivement toujours le même : il consiste en effet à modifier par une action de l'homme le cours des choses, la destination normale d'un bien et cette modification, ce bouleversement soudain n'est plus conforme à la finalité poursuivie ou à l'ordre normal des choses.

L'action de détourner a pour conséquence de bouleverser l'ordre établi, en imposant la poursuite d'un objectif qui n'est plus celui fixé à l'origine.

[638] S'agissant du détournement de procédure, la notion est perçue de manière identique par la doctrine privatiste, qu'en droit administratif : le détournement de procédure peut être défini comme "consistant à substituer à une procédure régulière une autre procédure plus commode pour l'Administration ou plus expéditive, mais non applicable à l'opération poursuivie." (Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, *Lexique de termes juridiques*, 17ème éd., par Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER, Dalloz, 2010, p. 254, v. détournement.). V. également José VIDAL : elle "suppose l'existence de deux législations parallèles permettant d'aboutir aux mêmes effets juridiques, mais à travers des procédures différentes correspondant aux buts particuliers de chacune de ces législations." (*Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 346). Or, la définition correspond trait pour trait à la définition du détournement de procédure en droit public.

Le détournement consiste alors dans le fait que la procédure utilisée n'est pas celle qui doit normalement l'être, elle ne correspond pas au but pour lequel elle a été instituée.

[639] Guy COURTIEU, *Abus de droits et abus de pouvoirs*, Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386, fasc. 131-20, 2005, n°52, p.14.

l'action en contestation de reconnaissance n'est pas de permettre à l'auteur de la reconnaissance de se forger des certitudes sur la réalité de sa paternité ni de lever les doutes qu'il a pu acquérir à cet égard, mais au contraire de dénier le lien de filiation qu'établit la reconnaissance. Cette remise en cause du lien de filiation de l'enfant crée incontestablement un préjudice tant à la mère qu'à l'enfant, préjudice que doit réparer le demandeur, lorsque, comme en l'espèce, il a agit abusivement en poursuivant, selon son propre aveu, un but étranger à l'action qui a ainsi été détournée de son objet.".

146. Le « détournement » présente certaines caractéristiques : il suppose un agissement volontaire de celui qui utilise un mécanisme à des fins étrangères au but pour lequel il a été créé.

Le détournement concerne non pas les conditions matérielles de mise en œuvre de la compétence mais l'intention poursuivie par le sujet : il suppose que l'auteur de l'acte ne se contente pas de dévier de la voie tracée mais va volontairement contre le but fixé.

Le phénomène a été observé en droit administratif. AUBY et DRAGO[641], spécialistes de droit public, sont très nets sur ce point : "Ainsi défini, le détournement de pouvoir ne peut plus être admis au cas d'erreur involontaire, *il implique au contraire une volonté consciente et délibérée* de la part de l'administration d'utiliser ses prérogatives dans un but autre que celui voulu par le législateur, c'est à dire de tourner la loi.".

Il en est de même en droit pénal, car si l'on prend à nouveau l'exemple de l'abus de confiance, il apparaît que celui-ci n'est caractérisé que si l'usage abusif de la chose se double d'une volonté de détournement. Pour M. VERON[642], "l'usage abusif de la chose remise dans le cadre du contrat préalable ne constitue que l'inexécution des obligations contractuelles souscrites ... Il faut, pour qu'il y ait détournement, quelque chose de plus, ce «quelque chose» étant l'intention coupable, la volonté de commettre l'infraction.".

Madame RASSAT indique aussi que "se servir de la chose d'autrui n'est pas très délicat mais n'est pas coupable s'il n'en résulte ni diminution de la chose ou de sa valeur ni contradiction flagrante des droits du légitime titulaire".

[640] Cour d'appel de Bordeaux, 6 juin 1992, D. 1993, somm., p. 163.

[641] *Traité de contentieux* administratif, T. II, 3ème éd., 1984, n°1296, p. 412. Pour René ODENT, "Le vice de détournement de pouvoir tient à ce qu'un pouvoir conféré à une autorité a été détourné par cette autorité de l'objet en vue duquel il lui a été attribué ; ce pouvoir a ainsi été utilisé à des fins autres que celles auxquelles il était destiné."(*Contentieux administratif,* T.VI, Les Cours du Droit, Paris, 1950, p. 1582. V. également C. BLAEVOET, note sous *CE, Société des autobus antibois,* 29 janvier 1932, D. 1932, 3, 61 : "Et, pour dépister ce détournement, le Conseil d'Etat pouvait ne pas se borner à rechercher si les visas de l'arrêté trahissaient une intention non conforme au but de l'institution.". J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, *opus cité*, n° 635, p. 553.

[642] Michel VERON, *Droit pénal spécial,* 12ème éd., Sirey, 2008, p. 300.

La jurisprudence utilise, pour caractériser le détournement, des expressions assez significatives : les biens remis “ont été détournés de leur destination.”[643] ; le mandataire “a volontairement utilisé les fonds à d’autres fins que celles pour lesquelles ils lui avaient été remis.”[644] ou encore les décisions approuvent la juridiction du fond qui, “en énonçant qu’il (le prévenu) avait délibérément utilisé les fonds remis à une fin étrangère à celle qui avait été stipulée, ... a caractérisé à la fois le détournement et l’intention frauduleuse de son auteur”[645].
En droit privé, Emmanuel Gaillard rappelle, à propos du détournement de pouvoir, que “l’émancipation, la décision de l’assemblée générale d’actionnaires, la mesure de mise à pied ne sont entachées d’un détournement de pouvoir qu’autant que leur auteur les a prise consciemment dans un but étranger à l’intérêt du mineur, de la société ou de l’entreprise”[646].
Enfin, le « détournement » naît de la confrontation de deux buts : il y a un but « légal », qui devait être poursuivi, et puis il y a le but qui a été effectivement poursuivi par le sujet.[647] L’absence de coïncidence entre les deux buts matérialise l’existence d’un détournement.

147. Aux termes de cette présentation de la notion de détournement, il s’évince qu’une certaine constance peut être observée aussi bien en doctrine qu’en jurisprudence, lorsqu’il est question de détournement, quelle que soit la discipline juridique concernée.
En effet, des expressions similaires reviennent[648] pour caractériser la notion de détournement : l’utilisation hors de sa destination, de sa fonction d’un mécanisme ; le changement de destination, de but poursuivi (étranger au but initial) ; la non-conformité de but poursuivi (souvent traduit par l’expression « contraire au but ») ; les fins autres au but du mécanisme.

---

[643] Crim. 8 décembre 1971. Gaz. Pal., 1, 220.
[644] Crim. 10 janvier 1984, Bull. crim., n°11. V. également A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, n°2398, p. 1956. Jean NICOLET, Rép. Dalloz Droit pénal, *Abus de confiance*, n°89, p.6 : “Le détournement est également réalisé si celui à qui la chose a été confiée, notamment un mandataire, accomplit un acte qui rentre bien matériellement dans ses pouvoirs, mais qui s’inspire d’un but contraire à celui pour lequel les pouvoirs sur la chose lui avaient été conférés”.
[645] Crim. 16 mars 1987, Bull. crim., n°122.
[646] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*. Economica, 1985, n°149, p. 97.
[647] Cf. En droit administratif, AUBY et DRAGO, n°1295, p. 412 : “Lorsqu’il recherche le détournement de pouvoir, le juge est donc, avant tout, conduit à rechercher le but voulu par le législateur et il compare ce but à celui qu’a recherché l’autorité administrative en prenant sa décision. Il doit y avoir concordance entre ces buts.”. D. TRUCHET va dans le même sens : “le détournement de pouvoir résulte d’une discordance entre les fins que l’auteur de l’acte devait légalement poursuivre et celles qu’il a effectivement poursuivies.” (*La notion d’intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d’Etat*, Paris, 1977, p. 90).
[648] L’idée est remarquablement exprimée par JOSSERAND, lorsqu’il décrit le comportement du sujet de droit qui détourne de sa finalité la prérogative dont il est investi : “on voit parfois le titulaire d’une prérogative l’exercer dans une fausse direction et accomplir un acte qui constitue un contre-sens juridique ...”(*De l’esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l’Abus des droits*, cité *supra*, n°194, p. 262).
JEAN DABIN exprime également la même idée lorsqu’il écrit : “Pas n’est besoin d’ailleurs d’un dol, d’une fraude, d’une intention méchante : le seul détournement suffit. Sans sortir du cadre de son droit formel, le titulaire en a mal usé, par méconnaissance, volontaire ou involontaire, de la destination assignée au droit.”(*Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 249).

Il convient donc de vérifier à présent si la même notion se retrouve lorsqu'il est question de « détournement d'institution ».

B- L'application de la notion au détournement d'institution

148. Partant du constat que le détournement consiste en la poursuite d'un « but étranger », lequel est un but qui n'a rien de commun avec la finalité pour laquelle l'institution a été créée, il faut se demander ce que peuvent être des buts étrangers à l'institution, qui peuvent induire un détournement d'institution.

Ce sera le cas lorsque les sujets :

149. *utilisent l'institution dans le but de nuire à autrui :*

L'institution de l'adoption plénière utilisée dans le but de nuire à quelqu'un, n'est pas utilisée conformément à sa finalité[649], elle change de destination et est donc détournée de son but. Par exemple, dans une décision rendue le 7 mars 1989, la première chambre civile de la Cour de cassation[650] indique que l'adoption plénière d'enfants par le second mari de la mère, "dans le but … de couper les enfants de leur famille paternelle et notamment de leurs grands-parents, loin de correspondre à la finalité de l'institution en constituait un véritable détournement.".

En effet, l'adoption plénière, lorsqu'elle est prononcée, entraîne la rupture des liens par le sang entre l'adopté et sa famille d'origine[651]. L'adoption motivée uniquement par la volonté

---

[649] La jurisprudence rappelle de manière constante que l'adoption a pour but de créer une filiation. Cf. supra, émergence jurisprudentielle, p. 68.

[650] Gaz. Pal. 8 mars 1990, p. 131, note MASSIP ; Dalloz 1989, p. 477, note J. HAUSER. S'agissant du phénomène des mères porteuses, la première décision rendue par la Cour de cassation, le 13 décembre 1989, stigmatisant l'activité d'une association de mères porteuses, affirme que "l'activité de l'association … qui tend délibérément à créer une situation d'abandon, aboutit à détourner l'institution de son véritable objet, qui est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu." (Civ., 1ère, 13 décembre 1989. D. 1990, p. 273, rapport MASSIP, JCP 1990, II, 21526, note SERIAUX ; Defrénois 1990, art. 34802, p. 743, obs. AUBERT).
La Cour de cassation indique que l'adoption poursuit un but précis : « donner une famille à un enfant qui en est dépourvu ».
L'analyse faite par la première chambre civile de la Cour de cassation en 1989 a été validée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en 1991 (Ass. Plén., 31 mai 1991, JCP 1991, II, 21752, obs. F. TERRE ; Dalloz, 1991, p. 417, note THOUVENIN. ; RTD civ. 1991, p. 517 ; Petites Affiches du 23/10/1991, p.4, note GOBERT et du 27/11/1991, p. 31, note MASSIP ; Rapport Chartier dans l'arrêt de l'Assemblée plénière du 31 mai 1991. D. 1991, p. 418 et s.). La Cour en effet a repris à son compte l'argumentation développée par la première chambre, et approuvé de ce fait l'analyse de la notion de détournement : en effet, " l'adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère … ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption.".

[651] Article 356 du Code civil : « L'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang, sous réserve des prohibitions au mariage visées aux articles 161 à 164». Le législateur est intervenu pour renforcer la protection de la famille d'origine en cas d'adoption d'enfant du conjoint avec la loi 96-604 du 5 juillet 1996, qui a encadré l'adoption plénière de l'enfant du conjoint en indiquant que « L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise :
1° Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ;

de rompre avec la famille d'origine est étrangère à l'esprit de l'institution de l'adoption (en l'espèce, le père était prédécédé et la procédure d'adoption avait été dissimulée aux grands-parents, qui en apprenant son existence, avaient formé tierce-opposition au jugement d'adoption).

Cette hypothèse de détournement constituée par utilisation de la prérogative dans l'intention de nuire correspond trait pour trait aux premières manifestations de l'abus de droit[652], mais également à la jurisprudence administrative du détournement de pouvoir[653].

Sans aller jusqu'à l'intention de nuire, le but étranger à l'institution peut-il être avéré en cas de poursuite d'une fin individuelle et égoïste ? La société hyper-individualiste contemporaine pourrait laisser augurer un développement croissant des tentatives de détournement d'institution, à moins que la fermeté de la position jurisprudentielle ne vienne mettre un frein aux velléités des acteurs juridiques ... S'agissant des mariages « simulés », Madame FOULON-PIGANIOL[654] considère en effet que "Dans cette sorte d'union, l'institution devient pour les époux une simple technique destinée à la réalisation d'une fin purement individuelle.".

La poursuite d'une fin individuelle et égoïste est toujours présente en cas de détournement d'institution. On ne détourne pas une institution par philanthropie ou par altruisme, mais bien pour satisfaire une fin personnelle, pour satisfaire son propre intérêt.

150. *poursuivent une finalité qui n'est pas celle de l'institution*

Par exemple, la jurisprudence a précisé à propos de l'adoption que celle-ci avait pour but de créer une filiation[655].

2° Lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ;
3° Lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant. ».

[652] Et les célèbres affaires Clément-Bayard et Doerr ! Cf. Jacqueline LEMEE, *Essai sur l'abus de droit*, Thèse, Paris XII, 1977, n°14 et s., p. 14 et s.

[653] Cf. *supra*, la notion de détournement, p. 141 et s..

[654] *Ibid*.

[655] Jean HAUSER, systématisant la jurisprudence sanctionnant des détournements d'institution de l'adoption, fait, de manière indirecte, bien ressortir ce qu'est le « détournement » de l'adoption, en indiquant que "l'adoption a pour but l'intérêt de l'enfant, qu'elle n'est pas un moyen d'appropriation de cet enfant, ni d'ailleurs d'expropriation d'un parent, ni enfin un succédané pseudo-conventionnel pour situations imprévues …" (Note sous Civ. 1ère 7 mars 1989, D. 1989, J., p. 477 et s., spéc. p. 479). V. également Pierre RAYNAUD, qui constate que, pour la jurisprudence ayant sanctionné des détournements de l'adoption, "se trouve nettement condamnée une adoption qui aurait pour but de donner un statut juridique à un couple qui ne voudrait ou ne pourrait s'unir par le mariage, ce qui peut être le cas de concubins de sexe différent et qui l'est évidemment de concubins de même sexe, tant que la loi fera du mariage l'union d'un homme et d'une femme. La jurisprudence est très explicite puisqu'elle considère que "la consécration de ces liens par l'adoption ne serait pas davantage conforme à la finalité de cette institution, laquelle n'a pas pour objet de consacrer une situation de couple de quelque sexe que soient les personnes en cause mais de créer un état de filiation analogue à celui résultant des liens du sang." (*Un abus de l'adoption simple. Les couples adoptifs*, D. 1983, chron., p. 39 et s.).

Recourir à l'adoption pour permettre à un homme marié de créer un lien juridique avec sa concubine est un détournement de l'adoption. Ainsi en a décidé la Cour d'appel de Riom, dans une décision du 9 juillet 1981[656].

La Cour estime que "dans ces conditions, l'adoption sollicitée, étant de toute évidence contraire au but poursuivi par le législateur, ne saurait être prononcée. Il ne saurait toutefois être perdu de vue que la loi sur l'adoption a pour but de créer une filiation et qu'elle ne doit pas être détournée de son esprit …"[657]. En l'espèce, l'adoptant ne voulait pas divorcer de son épouse pour épouser sa concubine mais voulait créer un lien de droit avec sa concubine, avec laquelle il avait eu un enfant (sans doute pour des raisons patrimoniales …). L'adoption n'est pas un succédané au divorce et au remariage et elle n'est pas faite pour consacrer l'existence de liens à caractère sexuel entre l'adoptant et l'adopté[658], mais pour créer un lien filial.

En l'espèce, le but poursuivi par l'utilisateur de l'institution, qui visait à créer un lien de couple, était complètement étranger au but de l'institution[659]. Il y a eu changement de destination, de direction imprimé au but de l'institution, laquelle ne correspondait plus à sa fin initiale. La doctrine explique d'ailleurs bien en quoi la création d'un lien de couple ne correspond pas à la finalité de l'adoption : " si la filiation sert bien à la différentiation des générations et à un repérage social de l'individu en fonction de la transmission de la vie – ou d'une place supposée telle par la création d'une fiction dans le cas de l'adoption – alors, c'est n'avoir rien compris à la filiation que d'autoriser très officiellement la création d'un lien de filiation là où ont existé des relations sexuelles : comment est-il possible d'affirmer qu'un individu qui a occupé la place de membre d'un couple, puisse ensuite se retrouver dans la position d'enfant ? "[660].

De fait, du point de vue de la définition du détournement, les décisions rendues en matière d'adoption démontrent l'unité de point de vue quant à la conception de ce que peut être un

---

[656] JCP 1982, II, 19798, note ALMAIRAC.

[657] Le Tribunal de grande instance de Paris confirme la même solution dans une décision rendue le 3 novembre 1982 (En annexe à la chronique de P. RAYNAUD, *Un abus de l'adoption simple. Les couples adoptifs.* D. 1983, p. 39 et s.), et considère que l'adoption "n'a pas pour objet de consacrer une situation de couple de quelque sexe que soient les personnes en cause mais de créer un état de filiation analogue à celui résultant des liens du sang".

[658] La même idée permet d'expliquer le refus de prononcer des adoptions entre des personnes ayant des relations homosexuelles (cf. jurisprudence présentée dans le cadre de l'émergence jurisprudentielle).

[659] Voir Anne KIMMEL-ALCOVER, *les détournements de l'adoption*, Droit et société, vol. 29, 2000, p. 271 et s., spéc. p. 271 : "il y a détournement de l'adoption lorsque cette dernière est employée à des fins autres que celles qui lui sont traditionnellement assignées.". *Ibid.*, p. 281 : il "revient au tribunal de s'assurer au préalable que la demande en adoption est bien conforme à la finalité de l'institution.".. Comme l'indique Pierre RAYNAUD, à propos de l'adoption, "on voit mal comment un concubin homosexuel ou hétérosexuel pourrait être appelé un enfant."(*Un abus de l'adoption simple, les couples adoptifs*, D. 1983, chron., p. 39 et s.).

[660] Pierre MURAT, Droit de la famille 2005, comm. 30, sous Civ. 1ère, 22 juin 2004.

« détournement »[661], à savoir un changement de destination, la poursuite d'un but « contraire »[662], ou « étranger »[663] à l'institution.

Un autre exemple de ce que peut être le détournement d'une institution a été évoqué à propos du pacte civil de solidarité. Le pacte civil de solidarité a pour but d'organiser la fin commune entre les partenaires du PACS[664]. Il en découle que "Le pacte ne peut être ainsi utilisé pour une autre fonction que celle que lui attribue la loi : organiser la « vie commune » … Ainsi déterminé, l'objet du pacte limite la liberté de conclure un pacte : une telle définition légale fonderait la nullité ou du moins l'inefficacité du pacte conclu dans une autre perspective, pour détournement d'institution."[665].

Par ailleurs, la jurisprudence rendue en matière de « mariages blancs » [666] fait très certainement référence au détournement[667], lorsque la nullité d'un mariage contracté « dans un but totalement étranger à l'institution »[668] est prononcée : "le mariage est nul, faute de consentement, lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale …".

---

[661] Les commentateurs de la jurisprudence sur les détournements de l'adoption n'évoquent pas une seule fois *ut singuli* la notion de « détournement » – si ce n'est par Jean HAUSER – qui fait un rapprochement avec le détournement de pouvoir. (Note sous CA BORDEAUX, 1ère CH, 21 janvier 1988, D. 1988, J., p. 453 et s., spéc. p. 455, note 15 et surtout note sous Civ. 1ère, 7 mars 1989, D. 1989, J., p. 477 et s., spéc. p. 479) Les différents auteurs parlent, en réalité, du détournement comme d'une chose entendue : "Nul ne peut s'arroger le droit de se passer de la procédure habituelle de l'adoption et de détourner ainsi l'esprit de cette institution" (Philippe PEDROT, note sous Aix, 1ère ch., 29 avril 1988. JCP 1989, II, 21191. M. GOBERT, *La maternité de substitution : réflexions à propos d'une décision rassurante*, Petites Affiches, 23 octobre 1991, n°32, p. 20).

[662] "on demande au même droit inchangé de fournir des règles inverses visant à écarter certaines filiations plutôt qu'à les établir" Note Jean HAUSER sous CA BORDEAUX, 1ère CH, 21 janvier 1988, D. 1988, J., p. 453 et s., spéc., p. 456 *in fine*.

[663] CA PARIS, 1ère CH, 26 février 1985, JCP 1986, II, 20561, note François BOULANGER.

[664] Article 515-1 du Code civil : « Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune. ».

[665] Dominique FENOUILLET, *Couple hors mariage et contrat*, p. 81 et s., spéc. p. 114, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001.

[666] Cf. infra, émergence jurisprudentielle, p. 47 et s. et 83 et s. La question du mariage et de ses détournements est en fait bien plus complexe qu'il n'y paraît car elle suppose de distinguer la notion de « détournement » de celle de « déviation ». Cette question fera l'objet d'une étude en deuxième partie.

[667] La doctrine ne s'y trompe pas. Jean HAUSER (*Au mariage on peut tout trouver*, RTD civ. 1991, p . 296 et s.) écrit : "la liste des détournements de mariage s'enrichit de jour en jour … On a connu jadis des mariages fictifs pour toucher une dot, pour échapper au service militaire, il faudra désormais y ajouter le mariage pour se trouver un curateur.". L'auteur reprend à plusieurs reprises le terme de « détournement », pour caractériser les mariages fictifs : "En attendant d'autres détournements … c'est bien entendu l'utilisation du mariage à des fins liées à la condition des étrangers qui remporte le plus franc succès.". Madame CORPART-OURELICH, dans un article intitulé « *De l'intention matrimoniale ou le mariage était en blanc* » (Gaz. Pal. du 21 octobre 1993, p. 1257 et s.), s'inscrit dans une perspective identique, en énonçant que "les juges estiment qu'il n'y a point de consentement lorsque l'époux qui le donne n'a aucune intention réelle de se marier, l'institution du mariage se trouve alors détournée de son but.". Madame COPART-OURELICH n'explicite pas davantage ce qu'il faut entendre par « détournement », mais évoque néanmoins à plusieurs reprises des buts des époux "étrangers au mariage" ou le "résultat étranger au mariage" (spéc. p. 1260). Il est alors facile d'en déduire que le « détournement » se caractérise par un « changement de destination » du but poursuivi qui n'est plus conforme à celui de l'institution.

[668] Cass. Civ. 20 novembre 1963, D. 1964, p. 467. C.I FOULON-PIGANIOL, *Le mariage simulé*, RTD civ. 1960, n°3, p. 220 et *Mariage simulé ou mariage à effets conventionnellement limités ?* D. 1965, chron., p. 14.

La doctrine[669] relève d'ailleurs dans de telles hypothèses l'existence de « détournements de l'institution du mariage ». Par exemple, Madame FOULON-PIGANIOL[670] affirme qu'"En limitant à leur gré et selon les circonstances les effets de leur mariage, les époux utilisent indiscutablement une institution à des fins individuelles ; ils la détournent de la fonction sociale que le législateur lui a assignée." [671].

151. *utilisent l'institution pour éluder certaines dispositions légales impératives : la question des relations entre détournement d'institution et fraude à la loi se pose alors*[672].

Se servir d'une institution juridique dans le seul but de commettre une fraude à la loi détourne l'institution de sa finalité, puisque l'institution n'a pour seule utilité que de permettre la réalisation de la fraude. Le sujet de droit va, par exemple, avoir recours à l'adoption, non pas dans le but de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu, mais tout simplement pour faire échec au droit de renouvellement d'un fermier sur son bail rural[673]. La fin poursuivie, frauder la loi, est étrangère à la finalité de l'institution : c'est ce que précise la Cour de cassation dans cette affaire. La Cour suprême affirme que "l'adoption avait été poursuivie par l'un et l'autre des protagonistes pour des motifs étrangers à la finalité de l'institution.".

En droit du travail, le détournement d'institution a été relevé à propos de l'utilisation de la période d'essai dans les contrats de travail à durée indéterminée.

Certains employeurs, « dans un dessein purement pécuniaire », ont eu recours à un contrat de travail à durée indéterminée « limité à l'essai »[674]. La doctrine a qualifié de tels montages[675] de « détournement d'une législation protectrice du salarié »[676]. En effet, la période d'essai a pour objet, d'après la jurisprudence « d'apprécier l'aptitude du salarié à accomplir la tâche qui

---

669 Par exemple Frédéric VAUVILLE, note sous Civ. 1ère, 26 juin 1990, JCP 1991, II, n°21688.

670 C.I FOULON-PIGANIOL, *Le mariage simulé,* RTD civ. 1960, p. 217 et s., n°27, p. 241 ; *Mariage simulé ou mariage à effets conventionnellement limités ?* D. 1965, chron., p. 14.

671 C.I FOULON-PIGANIOL, *Le mariage simulé,* RTD civ. 1960, p. 217 et s., n°31, p. 249. Elle considère que "la notion d'ordre public, en annulant la convention limitative des effets, détruit le moyen mis en œuvre pour détourner le mariage de sa fonction institutionnelle.".

672 Cf. *infra*, 2ème partie, 325 et s.

673 Civ. 1 ère 19 novembre 1991. Petites Affiches, 29 juillet 1992, n°91, p. 37, note MASSIP, cf. *supra*, émergence jurisprudentielle du détournement d'institution, p. 76.

674 Sur cette question, cf. infra, domaines du détournement d'institution, p. 193 et s.

675 Daniel COHEN définit ainsi le « montage » : il s'agit de "la coordination d'opérations souvent matériellement distinctes mais conçues et organisées intellectuellement dans une même finalité" (Daniel COHEN, *La légitimité des montages en droit des sociétés.* In *L'avenir du droit,* Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF,1999, p. 261).

676 David JACOTOT et Christophe BOURRIER, *L'art de détourner la règle de droit : l'usage abusif de la période d'essai dans un contrat de travail à durée indéterminée,* D. 1996, chron., p. 343 et s., spéc. p. 345. Antoine LYON-CAEN, obs. sous Soc. 5 octobre 1993, D. 1994, somm. com., p. 304. La rupture du contrat de travail pendant la période d'essai est beaucoup plus aisée qu'une fois le contrat à durée indéterminée instauré, puisque les règles protectrice du licenciement trouvent à s'appliquer. En limitant la période de travail à la période d'essai, l'employeur trouve un moyen juridique de se soustraire à l'application des règles concernant la rupture du contrat de travail à durée indéterminée. Il y a fraude à la loi.

lui est confiée »[677], et non pas de se procurer du personnel à moindre coût, « en éludant les règles du licenciement »[678]. La doctrine, qui a alors utilisé la notion de « détournement »[679], n'a pas défini le sens qu'elle lui donnait, sauf à évoquer la « dérivation »[680], ou la « dénaturation »[681] d'une institution.

Dans un autre domaine, un employeur, poursuivi pour entrave à l'exercice du droit syndical[682], invoquait une fraude dans la désignation du délégué syndical, pour enlever à l'infraction son caractère punissable.

La Chambre criminelle valide cet argument, en retenant que la désignation "ayant pour seul objet de protéger l'intéressé contre le licenciement … elle tendait ainsi à détourner l'institution de sa finalité propre et constituait une fraude dans l'utilisation de la loi du 27 décembre 1968".

152. *utilisent l'institution pour permettre de combler un « vide juridique »*

Le détournement d'une institution juridique peut avoir pour but d'apporter une réponse juridique à un problème nouveau que les institutions existantes, utilisées normalement, n'ont pas permis d'appréhender de façon « efficace ».

Dans les affaires de mères porteuses, le problème est de créer un lien juridique entre l'enfant né de la mère porteuse et celle qui va l'élever en réalité. Le droit français consacre la règle selon laquelle la mère est juridiquement celle qui a accouché[683]. Mais la mère porteuse abandonne volontairement son enfant pour qu'il devienne celui d'une autre.

L'adoption permet de créer le lien juridique manquant entre l'enfant et la mère « de substitution ». Mais en principe l'adoption est faite pour remédier à une situation de fait, non volontaire, et non pas pour venir achever un montage, une convention portant sur un enfant à naître organisant volontairement une situation d'abandon pour ouvrir droit à l'adoption, ce qui

---

[677] Citée par David JACOTOT et Christophe BOURRIER, *L'art de détourner la règle de droit : l'usage abusif de la période d'essai dans un contrat de travail à durée indéterminée,* D. 1996, chron., p. 343 et s., spéc. p. 343. Antoine LYON-CAEN, obs. sous Soc. 5 octobre 1993, D. 1994, somm. com., p. 304.

[678] Geneviève PIGNARRE, *Sauf abus, l'employeur peut licencier un cadre pendant la période d'essai sans avoir à se justifier*, D. 1997, J., p 101 et s.

[679] Geneviève PIGNARRE, *Sauf abus, l'employeur peut licencier un cadre pendant la période d'essai sans avoir à se justifier*, D. 1997, J., p 101 et s. ; David JACOTOT et Christophe BOURRIER, *L'art de détourner la règle de droit : l'usage abusif de la période d'essai dans un contrat de travail à durée indéterminée,* D. 1996, chron., p. 343 et s.

[680] David JACOTOT et Christophe BOURRIER, *L'art de détourner la règle de droit : l'usage abusif de la période d'essai dans un contrat de travail à durée indéterminée,* D. 1996, chron., p. 343 et s., spéc. p. 343.

[681] Geneviève PIGNARRE, *Sauf abus, l'employeur peut licencier un cadre pendant la période d'essai sans avoir à se justifier*, D. 1997, J., p 101 et s.

[682] Crim. 18 octobre 1977, Bull. crim. n°308, p. 781. Cf. *supra*, émergence jurisprudentielle, p. 54.

[683]

est complètement étranger au but de l'institution [684]. Pour Madame LARRIBAU-TERNEYRE[685], "ce qui conduit les juges, dans de telles circonstances, à refuser l'adoption, c'est l'idée que se trouvent consacrés des abus, des détournements de l'institution de l'adoption. **De telles adoptions sont contraires au but poursuivi par le législateur[686]**, qui est de donner une famille à un enfant qui n'en a pas … or, on admettra, de ce point de vue, que l'adoption d'un enfant issu d'une convention de mère porteuse consacre un détournement de l'institution de l'adoption … le but n'étant plus de donner une famille à un enfant qui n'en a pas, mais avant tout de donner un enfant à des parents qui n'en ont pas.".

Un auteur est même allé plus loin en estimant, à propos des détournements de l'institution de l'adoption, que l'adoption était "niée dans la finalité qui est normalement la sienne"[687]. En effet, on veut demander à l'institution de l'adoption d'appréhender une situation de fait pour laquelle aucune règle juridique ne donne de solution applicable. Non seulement la situation qu'on lui demande d'appréhender n'est pas conforme à sa finalité, mais n'est ce pas aussi détourner la finalité d'une institution que de lui demander de combler une situation de vide juridique ?

153. *recherchent seulement un des effets de l'institution, à l'exclusion des autres*

L'idée que le détournement puisse résulter non seulement de la poursuite d'une fin étrangère à l'institution, mais également de fins accessoires à l'institution a très certainement pris corps à propos de la jurisprudence rendue sur le phénomène des mariages « simulés »[688].

En effet, analysant les décisions rendues dans ce domaine, la doctrine a très vite vu que ce que la jurisprudence qualifiait de fin « étrangère au mariage », se ramenait le plus souvent en réalité à la poursuite d'une fin accessoire à l'institution ou plus exactement d'un des effets

---

[684] Ainsi "la maternité de substitution – contrairement à l'adoption qui donne une famille à un enfant existant et abandonné – consiste à créer délibérément et un enfant et une situation d'abandon par la mère pour satisfaire au désir d'enfant du couple." Rapport MASSIP, sous Civ. 1ère, 13 décembre 1989, D. 1990, J., p. 273 et s., spéc., p. 275. Cf. également Alain SERIAUX, JCP 1990, II, 21526, n°15. D'autres auteurs rappellent que "La conception d'un enfant en vue de son adoption contredit toutes les dispositions tendant à empêcher l'organisation contractuelle de l'adoption d'un enfant non encore né ou à prévenir le risque réel que des enfants soient arrachés à leur famille pour satisfaire la demande ...".(Note B. EDELMAN et C. LABRUSSE-RIOU sous : CA PARIS, 1ère CH, C, 15 juin 1990, JCP 1991, II, 21653. Note P. PEDROT, sous CA AIX, 1ère CH, 29 avril 1988, précitée.).

[685] Véronique LARRIBAU-TERNEYRE, note sous CA PAU, 19 février 1991, D. 1991, J, p. 380 et s., spéc. p. 382. Madame FOULON-PIGANIOL évoque le détournement à propos des mariages « simulés ». Bien qu'elle ne définisse pas ce qu'il faut entendre par « détournement », elle explicite indirectement la notion, en indiquant, après avoir analysé la jurisprudence, que l'"on est en présence d'une union dont certaines conséquences légales sont exclues par les intéressés, contrairement à l'esprit de l'institution."(*Le mariage simulé*, n°20, p. 237).

[686] C'est nous qui soulignons.

[687] Anne KIMMEL-ALCOVER, *les détournements de l'adoption*, Droit et société, vol. 29, 2000, p. 271 et s., spéc. p. 276.

[688] Cf. supra, émergence jurisprudentielle du détournement d'institution, p. 48 et s. et 2ème partie, la distinction entre détournement et déviation, p. 404 et s.

légaux du mariage, à l'exclusion des autres ce qui constitue également, sous certaines conditions, un détournement d'institution[689].

De fait, selon la jurisprudence, lorsqu'un homme et une femme se marient, afin de permettre à l'un d'eux de bénéficier d'un avantage procuré par le statut d'époux (nationalité par exemple), **il y a détournement de l'institution du mariage**, si les époux ne se marient que dans le but d'obtenir l'effet de l'institution qui les intéresse, sans poursuivre la finalité de cette institution. Les époux poursuivent un but totalement étranger à l'union matrimoniale, ou, plus exactement, ils en recherchent l'un des effets, à l'exclusion des autres.

L'absence de légitimité des effets privilégiés par les utilisateurs d'une institution est donc assimilée à son détournement

Mais il faut aussi envisager l'hypothèse dans laquelle l'effet recherché n'exclut pas l'intention de donner vie à l'institution. On ne peut plus alors considérer qu'il y a détournement, mais déviation[690].

154. Des développements qui précèdent, il ressort que, même si la jurisprudence consacrée à la notion de « détournement d'institution » n'a pas défini expressément ce qu'il fallait entendre par « détournement », le terme vise bien un changement de destination, de finalité de l'institution, la poursuite d'un but étranger à celui poursuivi par l'institution détournée.

Les formules permettant de stigmatiser le détournement sont souvent les mêmes, le processus est perçu unanimement comme un changement de destination[691], la poursuite d'un but étranger au « but »[692] initial. A aucun moment, la doctrine ou la jurisprudence ne donnent le sentiment de privilégier une expression plutôt qu'une autre. Le recours à des termes identiques pour décrire la notion démontre qu'un large consensus se fait autour de la définition du détournement, consistant à poursuivre une fin autre, non-conforme, ou étrangère à la fin prévue par l'institution ou étant un changement de destination, de finalité ou de but poursuivi[693].

---

[689] Cf. *infra*, 2ème partie, p. 403 et s.

[690] Cette distinction sera abordée en 2ème partie.

[691] Ou encore l'absence de conformité du but poursuivi par les utilisateurs avec la finalité de l'institution. Dominique THOUVENIN affirme que "si la volonté privée peut être efficiente, encore faut-il qu'elle soit conforme à l'institution à laquelle elle se rapporte." (note sous Ass. Plén., 31 mai 1991, Dalloz, 1991, p. 417).

[692] Madame FENOUILLET préférant parler de "fonction" plutôt que de but de l'institution. Cf. article précité, p.246.

[693] C'est le cas, par exemple, dans une décision de la 1ère chambre civile de la Cour de cassation, du 14 mai 1991 (aff. Chiavarino, Bull. civ. 1991, I, n°157, p. 103; JCP 1991, II, 21760, note Frédéric POLLAUD-DULIAN; D. 1992, som. com., p. 15 ; RTD com. 1991, p. 592, note André FRANCON ; RIDA 1992, p. 272, note Pierre SIRINELLI), rendue à propos du droit de repentir et de retrait, composant du droit moral de l'auteur : la Cour de cassation approuve la Cour d'appel qui, après avoir constaté que "M. X … se bornait à alléguer, pour justifier sa demande, l'insuffisance du taux de 1% appliqué par la SPE pour le calcul de ses redevances" a retenu « à bon

Le détournement est donc perçu comme un changement de destination de la finalité de l'institution, la poursuite d'un but qui lui est opposé, non-conforme[694], contraire même.

Les définitions des termes de « détournement » et d'« institution », pris chacun isolément, renvoient bien au composé de « détournement d'institution » tel qu'il a été précédemment défini.

L'institution est un corps de règles de droit unies par une finalité commune et le détournement un changement de finalité, de destination ou de but poursuivi.

Le détournement d'institution est donc bien le changement de finalité d'un corps de règles de droit, la poursuite d'un but étranger à l'institution.

La notion de « détournement d'institution » et ses applications jurisprudentielles étant maintenant bien cernées, il faut se demander à présent, si le détournement d'institution n'a pas vocation à appréhender des situations, autres que celles qui ont donné lieu à des décisions jurisprudentielles, que ce soit en droit de la famille ou dans d'autres domaines du droit privé.

droit » qu'"étranger à la finalité de l'article 32 de la loi du 11 mars 1957 un tel motif … caractérisait un détournement des dispositions de ce texte et un exercice abusif du droit qu'il institue".

[694] François BOULANGER écrit à propos des maternités de substitution : "si l'on peut considérer que l'enfant est, biologiquement, en partie celui du mari, la requête en adoption plénière n'a pas de rapports avec les cas classiques d'adoption." (note sous CA PARIS, 1ère CH, 26 février 1985, JCP 1986, II, 20561).

SECTION II : LES DOMAINES POSSIBLES DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

155. A côté des détournements d'institution relevés par la jurisprudence, la doctrine, en s'interrogeant sur cette nouvelle notion de « détournement d'institution », a découvert d'autres pistes pour lesquelles le détournement d'institution pourrait permettre d'appréhender, ou d'expliquer certaines situations.
Evidemment, le droit de la famille s'est révélé être un terrain fertile pour constater de nouveaux détournements (§1), mais toutes les institutions juridiques, ont en quelque sorte « vocation » à faire, un jour ou l'autre, l'objet de détournements[695] (§2).

§1- Le droit de la famille

156. En droit de la famille, le terrain de prédilection du détournement d'institution reste sans aucun doute l'adoption (A). Mais d'autres institutions sont touchées par le phénomène (B).

A – L'adoption

157. La doctrine a vu en effet dans certaines formes d'utilisation de l'adoption des détournements d'institution. C'est le cas, par exemple, en matière d'adoption de son propre enfant naturel (1), d'adoptions réalisées dans un but successoral (2), d'adoptions-légitimation (3) ou d'adoption pour obtenir l'autorité parentale conjointe (4).

1) – L'adoption de son propre enfant naturel

158. De telles adoptions concernent des enfants naturels simples (a), mais également des enfants naturels adultérins[696] (b).

a) L'adoption de son enfant naturel simple

[695] En raison du sens retenu du mot institution. Cf. *supra*, Institution et institution juridique, p. 93.
[696] L'ordonnance 2005-759 du 4 juillet 2005 supprimant les distinctions entre enfants naturels simples et adultérins, de telles adoptions ne présenteront désormais qu'un intérêt historique. Sur ces adoptions, cf. François TERRE, Dominique FENOUILLET, Droit civil. Les Personnes, la Famille, les Incapacités, 7ème éd. 2005, Précis Dalloz, n°895, p. 840.

159. L'adoption par un parent de son enfant naturel (enfant naturel simple) a été admise de bonne heure par la Cour de cassation[697].

A l'époque, l'intérêt d'une telle démarche reposait sur la volonté d'assurer une meilleure situation successorale à l'enfant et de lui conférer une sorte de légitimité hors mariage : "Le principe du Code civil, rappelait M. DELANGLE, a été d'honorer le mariage. Aussi ce code a t-il refusé aux enfants naturels le titre d'héritiers, pour leur accorder seulement la qualité de créanciers. Pour prohiber la fraude à cette disposition, il a pris dans le titre Des donations d'autres dispositions ; tout cela n'est pas pour faire payer à de malheureux enfants la faute de leur origine, mais c'est pour pousser leurs parents au mariage "[698].

Mais avec l'instauration de l'égalité entre les filiations légitimes et naturelles, par la loi du 3 janvier 1972[699], la question avait été pratiquement vidée de son intérêt, s'agissant des enfants naturels simples[700].

Le débat a pourtant été relancé il y a quelques années, à l'occasion d'une demande d'adoption d'un enfant naturel issu d'un inceste[701]. Un enfant, né de relations incestueuses entre un demi-frère et une sœur, avait été reconnu par sa mère, puis par son père. La seconde reconnaissance ayant été annulée[702], le père avait formé une demande d'adoption simple de l'enfant. La Cour

---

[697] Cass. ch. civ. 1er avril 1846, D.P 1846, I, p. 81, concl. contraires DELANGLE : "Il en résulte, jusqu'à l'évidence, que l'adoption de l'enfant naturel est une violation flagrante des lois qui régissent la matière ... Qui pourrait nier que l'adoption de l'enfant naturel ne doive avoir pour résultat de porter atteinte aux lois qui organisent la famille, et qui règlent le sort de transmissions successorales? ".

[698] Ainsi que l'a fait observer Madame RUBELLIN-DEVICHI, "jusqu'en 1972, plus qu'un moyen d'adoption, l'article 343-1 du Code civil apparaissait surtout comme un moyen donné à une célibataire de légitimer son enfant naturel." (Obs. à la RTD civ. 1984, p. 304) ; M. P. CHAMPENOIS-MARNIER, Jurisclasseur civil, Adoption, cité supra, n°50 et Pierre RAYNAUD, *La réforme de l'adoption*, D.1967, chron., n°36, p.84, qui regrette cette "déformation d'une institution".

[699] C. civ., article 334 : « L'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère ». V. article 310 du Code civil, issu de l'ordonnance 2005-759 du 4 juillet 2005 : « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux ».

[700] On pourrait presque en douter à la lecture de cet arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 31 janvier 1983 (Gaz. Pal. 1983, 2e sem., somm., p. 99). Il s'agissait d'une adoption d'un enfant par le père naturel alors qu'il avait épousé la mère naturelle. On peut se demander pourquoi les parents n'ont pas eu recours à la légitimation par mariage prévue à l'article 331 du Code civil. V. également Paris, 1ère ch. suppl., 22 novembre 1985, Gaz. Pal. 1986, 1er sem., somm., p. 126, qui refuse l'adoption en invoquant l'intérêt de l'enfant. Le père souhaitait obtenir le transfert de l'exercice de l'autorité parentale et l'attribution à l'enfant du double nom de ses parents. Le ministère public avait rappelé opportunément que les souhaits du père adoptif pouvaient être réalisés par utilisation de l'article 374 §2 du Code civil sur l'autorité parentale et l'article 334-2 concernant la substitution du nom du père naturel à celui de la mère.

[701] Civ. 1ère, 6 janvier 2004 ; Bull. civ., I, n°2, p. 2. D. 2004, 362, concl. Sainte-Rose, note Vigneau ; somm. 1419, obs. Granet-Lambrechts ; JCP 2004, II, 10064, note LABRUSSE-RIOU ; I, 109, obs. RUBELLIN-DEVICHI ; Defrénois 2004, 594, obs. MASSIP ; AJ famille 2004, 66, obs. BICHERON ; Dr. Fam. 2004, n°16, note FENOUILLET ; RJPF 2004-3/34, note GARE ; RLDC 2004/3, n°107, note DEKEUWER-DEFOSSEZ ; Petites Affiches, 8 avril 2004, note VOISIN ; RTD civ. 2004, p. 75, obs. HAUSER ; Dr. Famille 2003, n° 29, Dominique FENOUILLET, *L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit*. Dr. Famille 2003, n° 29, p. 5 et s.

[702] Sur le fondement de l'article 334-10 du Code civil : « S'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 ci-dessus pour cause de parenté, la filiation étant

d'appel avait fait droit à la demande, aux motifs notamment que la loi n'interdisait pas l'adoption de son propre enfant[703]. Cette décision est censurée par la Cour de cassation, qui indique que la demande d'adoption formée par le père incestueux "contrevient aux dispositions d'ordre public édictées par l'article 334-10 du Code civil interdisant l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu".

La demande d'adoption ainsi formée constituait sans nul doute un détournement de l'institution de l'adoption[704], car l'adoption n'a pas pour but de permettre de tourner la prohibition de l'inceste. Le détournement d'institution était, de surcroît, en l'espèce, le moyen d'accomplir une fraude à la loi sur la filiation[705]. La Cour de cassation ne vise en l'espèce ni le détournement d'institution, ni la fraude à la loi, mais censure au visa de l'article 334-10, en indiquant que ses dispositions sont d'ordre public[706].

En outre, la question de l'adoption de son propre enfant naturel avait aussi conservé une certaine actualité, s'agissant des enfants naturels adultérins.

b) L'adoption de son enfant naturel adultérin

160. En effet, l'égalité instaurée entre enfants légitimes et enfants naturels n'était pas parfaite car le législateur de 1972 avait cru bon de maintenir en position d'infériorité l'enfant

déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre ». (nouvel article 310-2 du Code civil, issu de l'ordonnance 2005-759 du 4 juillet 2005.

[703] « et que l'adoption simple, ne manifestant pas une filiation biologique, ne pouvait être assimilée à la reconnaissance d'un enfant dont les père et mère connaissent un des empêchements à mariage prévu par les articles 161 et 162 du Code civil ». Cf. Dominique Fenouillet, *L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit*. Dr. Famille 2003, n° 29.

[704] V. obs. Jacques MASSIP, Defrénois 2004, n°38, 594 : "Il n'est pas douteux non plus que l'admission de la requête constituerait un détournement de l'institution de l'adoption". V. l'arrêt de la Cour de renvoi : Cour d'appel de PARIS, 1ère ch. C, 5 avril 2005, Gaz. Pal. 2005, 1er/3 mars, J., p. 8 et s., concl. GIZARDIN. Madame GIZARDIN estime que "l'adoption de son propre enfant, telle qu'elle est prévue par l'article 348-5 du Code civil ne saurait mettre à néant les prohibitions de l'article 334-10 précité. En décider autrement constituerait un détournement de procédure constitutif d'une fraude à la loi. Le détournement de l'institution de l'adoption a été régulièrement sanctionné par la jurisprudence.". Dominique Fenouillet, *L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit*. Dr. Famille 2003, n° 29. Madame FENOUILLET note que "L'adoption est cette institution destinée à créer un lien de filiation malgré l'absence de lien biologique. Elle n'est certainement pas destinée, en revanche, à permettre l'établissement d'un lien de filiation en présence d'un lien biologique interdit.".

[705] Jacques MASSIP indique qu'il "est clair que le recours à l'adoption est ici un cas typique de fraude à la loi, à savoir le recours à une technique licite pour obtenir un résultat prohibé par une loi impérative", Defrénois 2004, n°38, 594. Cf. également Dominique Fenouillet, *L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit*. Dr. Famille 2003, n° 29, p. 5 et s.

[706] Un auteur en a déduit que qu'il n'existait pas à propos de la notion de détournement d'institution "de théorie jurisprudentielle consolidée". Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s, spéc. p. 243. L'explication ne vient-elle pas tout simplement du fait, qu'en l'espèce, ainsi que le relève fort justement Jacques MASSIP, "la Cour suprême peut s'appuyer sur un argument de texte : l'article 334-110 du Code civil" ? Le détournement d'institution ne serait ainsi sanctionné, de la même manière que l'abus de droit ou la fraude à la loi, qu'en l'absence de textes permettant d'appréhender le comportement malhonnête de l'utilisateur.

naturel adultérin, lorsqu'il venait à la succession de son auteur en concours avec le conjoint ou les enfants victimes de l'adultère. L'enfant adultérin voyait alors ses droits successoraux réduits de moitié[707].

Il pouvait alors être tentant, pour le conjoint auteur de l'adultère, de rétablir une vocation successorale "normale" de ces enfants en ayant recours à l'adoption[708]. L'enfant adopté acquerrait alors le statut d'enfant "légitime" du mari, puisque l'adoption avait pour effet de conférer les mêmes droits à l'adopté et les mêmes obligations qu'un enfant légitime[709].

Cette assimilation de l'enfant adopté à l'enfant légitime était complète, car la Cour de cassation[710] avait même décidé que l'enfant adopté par un couple marié pouvait bénéficier des dispositions des articles 759, 760 et 915 du Code civil, protégeant l'enfant légitime issu du mariage, en concours avec l'enfant adultérin du mari ou de l'épouse[711].

---

[707] C. civ. art. 759, 760 et 915. Article 759 : « Les enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne, n'excluent pas celle-ci de la succession de leur auteur, lorsque, à leur défaut, elle y eût été appelée par application des articles 765 et 766 ci-dessous.
En pareil cas, ils ne recevront, quel que soit leur nombre, que la moitié de ce qui, en leur absence, aurait été dévolu au conjoint selon les articles précités, le calcul étant fait ligne par ligne.
La répartition de la succession se fixe d'après l'état des vocations héréditaires au jour du décès, nonobstant toutes renonciations ultérieures. ».
Article 760 : « Si le conjoint survivant ou les enfants issus du mariage demandent, à charge de soulte s'il y a lieu, que certains biens de la succession leur soient attribués par préférence dans les conditions de l'article 832, les enfants naturels visés aux deux articles précédents ne pourront s'opposer à cette attribution préférentielle. La même faculté s'étend au local d'habitation dans lequel le ou les demandeurs avaient leur résidence secondaire.
Le conjoint peut exercer ce droit lorsqu'il vient à la succession par application, soit de l'article 759, soit de l'article 767, et il peut, dans tous les cas, l'exercer en demandant une attribution préférentielle sur ces mêmes biens en usufruit seulement. ».
Article 915 : « Quant un enfant naturel dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne, est appelé à la succession de son auteur en concours avec les enfants légitimes issus de ce mariage, il compte par sa présence pour le calcul de la quotité disponible ; mais sa part dans la réserve héréditaire n'est égale qu'à la moitié de celle qu'il aurait eue si tous les enfants, y compris lui-même, eussent été légitimes.
La fraction dont sa part dans la réserve est ainsi diminuée accroîtra aux seuls enfants issus du mariage auquel l'adultère a porté atteinte ; elle se divisera entre eux par égales portions. ».

[708] Cf. obs. RUBELLIN-DEVICHI, RTD civ. 1984, p. 304. L'adoption suppose néanmoins l'accord du conjoint (article 343-1 al. 2 du Code civil).

[709] C. civ; art. 358. Idem en matière d'adoption simple, (art. 368 du C. civ). V. Civ. 1ère 8 octobre 1985, Bull. civ. 1985, I, n°249, p. 224 ; RTD civ. 1986, p. 614, obs. PATARIN. Cette décision confirme que l'adoption d'un enfant adultérin lui confère dans la succession de son auteur la situation d'enfant légitime, car le principe selon lequel « l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption simple, bien que conservant ses droits héréditaires dans sa famille d'origine, a, dans la famille de l'adoptant les mêmes droits successoraux qu'un enfant légitime est général et doit trouver application dans tous les cas ou il n'en est pas dispose autrement par la loi laquelle ne fait pas de distinction entre les enfants adoptés selon la nature de leur filiation d'origine ». V. également Cour d'appel de PARIS, 8 octobre 1976, D. 1977, J., p. 42, note RAYNAUD.

[710] Civ. 1 ère, 8 novembre 1982, Defrénois 1983, art. 33032, p. 443, note FLOUR et GRIMALDI, confirmant Paris, 26 juin 1981, Defrénois 1982, art. 32834, p. 258, note FLOUR et GRIMALDI. V. également obs. critiques PATARIN, RTD civ. 1982, 449 et RTD civ. 1983, 569.

[711] Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE, Cujas, éd. 1995/1996, n°658, p. 384 et n°688, p. 406. E.S. DE LA MARNIERRE, *Commentaire de la loi 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption*, JCP 1966, I, 2028 : Monsieur MALAURIE constatait que "lorsque l'adoptant adopte son enfant naturel, il peut de cette manière, tourner les règles sur l'établissement de la filiation fondée sur le sang, celles sur l'établissement volontaire de la filiation naturelle et celles sur la légitimation ... un homme pourra ainsi légitimer son enfant naturel, sans épouser la mère, ce à quoi aurait dû répondre la légitimation par autorité de justice". Pourtant, la pratique montre que de tels détournements existaient encore

On pouvait alors légitimement craindre, ainsi que le faisait observer Jean HAUSER[712] que "poussé à l'extrême, le principe de l'égalité successorale des enfants légitimes et adoptifs permet[te] à ceux, parmi les enfants adultérins d'un même individu, qui ont des chances d'être adoptés, pour des raisons diverses, de se prévaloir de cette «supériorité» pour diminuer la part successorale *ab intestat* et la part de réserve des autres enfants adultérins ... l'adoption, utilisée de plus en plus fréquemment pour tout faire, secrète des conséquences imprévues qui heurtent le bon sens et permettent tous les calculs."[713].

161. La doctrine a donc vu dans les adoptions de son propre enfant naturel des détournements d'institution[714].

Si l'adoption de son propre enfant naturel adultérin peut constituer un détournement d'institution, cela justifie a fortiori la solution retenue par la jurisprudence, lorsqu'un époux adopte l'enfant adultérin de son conjoint, dans le cadre d'un processus de maternité de substitution, car cela aboutit à "consacrer la validité des conventions qui ont pour motif déterminant la naissance d'un enfant adultérin. ".[715]

récemment et Monsieur MALAURIE considérait que l'adoption "ne doit (ou plutôt ne devrait) porter que sur l'enfant d'autrui, tandis que la légitimation suppose une filiation biologique entre l'enfant et le parent. En fait cependant les institutions s'entrecroisaient : on peut adopter ses enfants naturels et il existe des légitimations de complaisance." (Pour une illustration de ce phénomène, cf. Paris, 8 octobre 1976, D. 1977, p. 42, note RAYNAUD : enfant né d'une femme mariée déclaré à l'état civil de mère inconnue, adopté en la forme plénière par son père naturel. La mère divorce puis se remarie avec son amant, qui reconnaît l'enfant. Les époux engagent alors une procédure en légitimation par mariage à laquelle la Cour fait droit en estimant que "ce serait détourner ces règles de leur finalité [irrévocabilité de l'adoption plénière et interdiction d'établir un lien de filiation entre l'adopté et un autre que l'adoptant, article 356 du Code civil] que d'en déduire qu'elles s'opposent à ce que soit proclamée la véritable nature du lien de filiation unissant l'adoptant lui-même à l'adopté".).

[712] *L'adoption à tout faire*, D. 1987, p. 206.

[713] Avant 1972, la question présentait un intérêt plus vif encore car l'enfant adultérin ne pouvait pas être reconnu par son auteur et ne pouvait bénéficier sur le plan successoral que de droits alimentaires. Sur ce point, Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Cujas, 1989, n°337, p. 304 (La dernière édition de l'ouvrage est plus laconique sur ce point, cf *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, 3ème éd. Defrénois 2008, n°61, p 53). Le danger était déjà souligné par l'Avocat général DELANGLE, qui dénonçait en 1846 les parents qui cherchent à "trouver un moyen meilleur, moins gênant que le mariage, d'assurer leur fortune à leurs enfants.". Il craignait que ceux-ci ne se hâtent "de l'embrasser. Ce serait détruire, par l'extension de l'adoption, les lois les plus saintes, celles que le législateur a voulu le plus respecter.".
Madame CHAMPENOIS-MARMIER s'interrogeait sur l'intérêt qui poussait les parents à favoriser des détournements d'institution, alors qu'il existait par ailleurs des dispositions légales permettant d'atteindre le but recherché : "pourquoi détourner l'adoption de son but lorsque l'application des dispositions légales, largement interprétées par la jurisprudence, permettent d'apporter satisfaction sans fraude ?" (*Opus cité, n°52*).

[714] V. J. RUBELLIN-DEVICHI , RTD civ. 1984, p. 304. Madame CHAMPENOIS-MARMIER indiquait que "la loi du 3 janvier 1972, instaurant une quasi égalité des filiations, tend à rendre inutiles de tels détournements de l'institution ... Par l'admission de la légitimation par autorité de justice, elle permet de légitimer sans mariage l'enfant naturel, plus exceptionnellement adultérin, qui en ce cas, n'aura plus à souffrir de l'infériorité successorale encore attachée à l'adultérinité en présence du conjoint et d'enfants légitimes" (*Opus cité supra*, n°52). Cf. Dominique Fenouillet, *L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit*. Dr. Famille 2003, n° 29.

[715] P. KAYSER, *Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle*, D.1987, chron., p. 196 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, *Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption*, D. 1991, chron., p. 210 : "Cependant, n'est-il pas incohérent de rejeter l'adoption par le conjoint au motif qu'il s'agit d'un enfant né

Le droit des successions, qui a été réformé par une loi du 3 décembre 2001, a instauré une égalité complète entre enfants légitimes et enfants naturels y compris adultérins : l'article 733 du Code civil dispose en effet désormais que "La loi ne distingue pas entre la filiation légitime et la filiation naturelle pour déterminer les parents appelés à succéder.".

Le législateur a ainsi mis fin aux détournements d'institution, en permettant aux parents ou aux enfants d'obtenir ce dont ils étaient privés auparavant.

Malgré cette avancée, le droit des successions « provoque » encore d'autres formes d'adoptions à but successoral.

2)- L'adoption à but successoral

162. La doctrine a aussi « découvert » d'autres hypothèses de détournements de l'institution de l'adoption à but successoral, qui n'ont pas été sanctionnés en tant que tels par la jurisprudence[716].

Souvent, il a été constaté que l'adoption était utilisée pour permettre à l'adoptant de se trouver un héritier.

Mais les juges du fond sont vigilants, et refusent parfois de prononcer l'adoption, comme par exemple, dans une espèce jugée le 21 mars 1995, par la Cour d'appel de Toulouse[717].

Un homme marié, alors âgé de 63 ans, avait présenté, après douze ans de mariage, une requête en adoption des enfants de son conjoint ; les enfants du conjoint étaient majeurs et mariés pour la plupart. Cet homme avait un enfant issu de son précédent mariage.

La Cour, après avoir rappelé que l'adoption, même simple, a pour finalité de créer une cellule familiale effective, a considéré que la procédure d'adoption des enfants de son conjoint, introduite après douze ans de mariage, alors que les enfants étaient âgés de plus de trente ans et que deux d'entre eux étaient déjà mariés, dissimulait en réalité un but successoral de nature à compromettre la vie de la famille originelle. La Cour s'est appuyée sur l'opposition de l'enfant légitime de l'adoptant à cette procédure d'adoption.

La Cour, en l'espèce, n'a pas voulu sanctionner le fait que l'adoption avait été effectuée dans le but "d'instituer un héritier", ce qui est souvent la motivation principale dans les cas d'adoption de majeurs, mais a pris en considération la nécessité de "veiller à protéger la famille". Les intérêts en cause ne sont en effet plus les mêmes. La position récente de la Cour

d'une mère porteuse, alors que, s'il s'agit d'un enfant prétendument né de relations adultères du père, il faudra bien accepter l'idée qu'il peut être adopté par l'épouse censée avoir pardonné la faute conjugale? ".

[716] François TERRE, Dominique FENOUILLET, Droit civil. Les Personnes, la Famille, les Incapacités, 7ème éd. 2005, Précis Dalloz, n°895, p. 841.

[717] Toulouse, 1 ère ch., 21 mars 1995, Jurisdata, 043583.

de cassation permet de prendre en considération l'intérêt pécuniaire personnel des héritiers."[718].

163. Mais l'adoption peut aussi servir à capter un héritage, ainsi dans l'espèce jugée par la première chambre civile de la Cour de cassation le 10 juin 1981[719]. Une personne âgée avait entamé une procédure d'adoption simple d'un homme de 50 ans. La requête aux fins d'adoption avait été déposée le 3 février 1977. Le 12 octobre de la même année, la vieille dame était placée sous tutelle. Le tuteur était alors intervenu à l'instance en adoption pour s'y opposer.

Pour Madame RUBELLIN-DEVICHI[720], ce sont en l'espèce, les règles des incapacités qui ont permis de "déjouer la manœuvre", et d'éviter le détournement d'institution[721].

Dans cette affaire, la "tentative" a échoué, grâce peut être au fait que dans ce domaine, la loi est suffisamment bien faite pour avoir prévu une parade[722].

Un autre exemple consacré à l'adoption met en scène l'adoption aux fins de légitimation d'un enfant, dont le demandeur n'est pas le père.

3)– L'adoption-légitimation[723]

164. Le Code civil avait établi deux sortes de légitimation : une légitimation par mariage (articles 331 et suivants) et une légitimation par autorité de justice[724] (articles 333 et suivants). La légitimation[725] "transforme la qualité juridique de la filiation qui était naturelle et devient légitime.".

---

[718] Sur ces points, M. LE BIHAN-GUENOLE, article *cité supra*, p. 370.

[719] Bull. civ. 1981, I, n°202 ; Defrénois 2002,I , 993, obs. MASSIP; RTDC civ. 1981, obs. NERSON et RUBELLIN-DEVICHI ; RTD civ. 1984, p. 303, obs. RUBELLIN-DEVICHI.

[720] Obs. *citées supra*.

[721] La Cour rappelle tout d'abord que "les conditions d'application de l'article 503 du Code civil, et notamment la condition de notoriété, ne sont pas exigées lorsque, conformément à l'article 489 du même Code l'existence du trouble mental au moment de l'acte est établie. ".

Puis, répondant à un argument de l'auteur du pourvoi qui soutenait que la validité du consentement de l'adoptant devait être appréciée à la date à laquelle il avait été exprimé, date qui pouvait être antérieure à celle du dépôt de la requête en adoption, la Cour précise que "la capacité de l'adoptant doit être appréciée au jour de la présentation de sa requête, «traduisant sans équivoque sa volonté d'adoption» et «qu'il importe peu qu'il ait auparavant exprimé ses désirs auprès de son conseil»".

[722] Car en effet, souvent, le détournement d'institution est utilisé précisément lorsque le droit est impuissant à sanctionner le montage mis en place par des individus, qui se servent d'une institution sans en poursuivre les fins.

[723] Institution supprimée par l'ordonnance 2005-759 du 4 juillet 2005.

[724] Dominique Fenouillet, *L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit*. Dr. Famille 2003, n° 29. L'auteur indique que la légitimation par autorité de justice avait été instituée pour mettre fin à des détournements de l'adoption (adoption de son enfant naturel).

Il pouvait paraître surprenant de lier sous une même appellation deux notions telles que l'adoption et la légitimation, qui se différencient par le fait que la légitimation, contrairement à l'adoption, "ne crée pas de lien de filiation ; elle se borne à en changer la nature."[726].

Pour Monsieur MALAURIE[727], la légitimation serait fondée sur le sang, ce qui n'est pas le cas de l'adoption.

Malheureusement, la pratique avait laissé apparaître, de plus en plus fréquemment, des cas de "légitimation de complaisance" : le futur mari reconnaissait l'enfant de son futur conjoint alors qu'il savait pertinemment qu'il n'est pas le père de l'enfant.

La jurisprudence avait admis que le "père complaisant" pouvait être condamné à des dommages-intérêts, si la reconnaissance était annulée[728].

165. C'est peut être en raison de la fragilité des légitimations de complaisance, qu'un homme avait préféré avoir recours à l'adoption plénière de l'enfant de son conjoint, alors qu'il avait une fille issue d'un premier mariage.

La Cour d'appel de Paris[729] a rejeté la demande, au nom de l'intérêt de l'enfant. Elle a en effet retenu l'existence d'une discrimination possible entre ce fils adoptif et la fille légitime du père, qui ne jouirait pas des mêmes avantages, puisque le père, divorcé n'avait pas la garde de sa fille. La Cour a considéré "qu'une adoption plénière ainsi décidée, privilégiant nécessairement, sur le plan matériel et psychologique, aux yeux de l'enfant légitime, un enfant entièrement étranger que M. B. n'a fait que recueillir en même temps qu'il épousait la mère de celle-ci, apparaît comme risquant de faire l'objet d'un rejet fondamental par l'enfant légitime ... et ... se trouve de nature à compromettre la vie familiale de M. B. et de son entourage, au sens de l'article 353 du C. civ.".

"En insistant sur le fait que M. B... recueille un « enfant entièrement étranger» en même temps qu'il épouse la mère, la Cour suggère que la requête n'est qu'un détournement de la légitimation par mariage", ainsi s'exprime Monsieur BOULANGER[730]. Il considère que l'on est en présence d'un détournement d'institution et conclut l'analyse de la situation en insistant

[725] Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE, Cujas, éd. 1995/1996, p. 377. V. la dernière édition : Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°1380 et s., p. 541 et s.

[726] Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE, Cujas, éd. 1995/1996, n°650, p. 377.

[727] Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE, Cujas, éd. 1995/1996, n°658, p. 384 et n°688, p. 406.

[728] Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE, Cujas, éd. 1995/1996, n°610, p. 359.

[729] 26 février 1985, JCP 1986, II, 20561, note BOULANGER.

[730] note précitée.

sur le fait que l'intérêt de l'arrêt est de faire ressortir "l'idée que l'adoption est, prioritairement, le remède contre la stérilité du couple.".

Si ces exemples n'ont plus aujourd'hui qu'un intérêt « historique », avec la suppression de l'institution de la légitimation par l'ordonnance 2005-759 du 4 juillet 2005[731], d'autres utilisations de l'adoption offrent encore un attrait pour leurs utilisateurs, en violation de l'esprit de l'institution, telles que l'obtention de l'autorité parentale « conjointe », dans les couples homosexuels.

4)- L'adoption pour obtenir l'autorité parentale conjointe

166. Récemment, de nouvelles tentatives ont vu le jour pour faire jouer à l'adoption un rôle qui n'est pas le sien (ou plutôt pour rechercher un des effets de l'institution, à savoir l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale à l'adoptant). L'autorité parentale est une institution organisée par les articles 371-1 et suivants du Code civil. Le Code prévoit qu'elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant[732].

Le Code n'a pas prévu l'hypothèse où le concubin (ou le partenaire de PACS, homosexuel ou non d'ailleurs) voudrait exercer également l'autorité parentale sur le (ou les) enfant(s) de son concubin ou partenaire, alors qu'il n'est pas père ou mère du (ou des) enfant(s)[733].

Des couples homosexuels ont alors vu dans l'adoption simple un moyen pour la concubine de la mère de l'enfant, d'obtenir l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant élevée en commun par la mère et sa partenaire[734]. La seconde étape du processus consistant ensuite à ce que la

---

[731] Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille,* par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°1382, p. 542.

[732] Article 371-1 alinéa 2 du Code civil : « Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne ». V. Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°1520 et s, p. 601 et s..

[733] Il ne peut donc pas exercer l'autorité parentale, puisque l'exercice de celle-ci est liée à la qualité de parent de l'enfant. Cf. article 371-1 alinéa 2 du Code civil, précité.

[734] V. Civ. 1ère 19 décembre 2007, Bull. civ. 2007, I, n°392 ; Dr. Famille 2007, n°28, note P. MURAT ; D. 2008, p. 1028, obs. L. MAUGER-VIELPEAU, JCP 2008, II, 10046, note Y. FAVIER ; RTD civ. 2008, p. ; Defrénois 2008, 1119, note MASSIP. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir refusé de faire droit à la demande d'adoption de la concubine homosexuelle de la mère de l'enfant : « attendu qu'ayant relevé, d'une part, que la mère de l'enfant perdrait son autorité parentale en cas d'adoption de son enfant alors qu'elle présente toute aptitude à exercer cette autorité et ne manifeste aucun rejet à son égard, d'autre part, que l'article 365 du code civil ne prévoit le partage de l'autorité parentale que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint, et qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage, la cour d'appel, qui n'a contredit aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, a légalement justifié sa décision ». V. Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille,* par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°1425, p. 571.

mère « adoptive » consente une délégation de l'autorité parentale à la mère biologique de l'enfant, afin d'une certaine manière de « rétablir ses droits »[735].

Certaines juridictions du fond[736] avaient fait droit aux demandes d'adoption émanant du partenaire d'un parent homosexuel, en mettant en avant la conformité de l'adoption avec l'intérêt de l'enfant. La Cour de cassation avait même admis[737], dans une décision du 24 février 2006[738] qu'une mère homosexuelle pouvait déléguer l'exercice de l'autorité parentale à sa compagne.

La doctrine était très critique par rapport à cette décision, en indiquant qu'il y avait un risque "de consacrer des comportements frauduleux, ou tout au moins des détournements ou des contournements d'institution"[739].

---

[735] La délégation de l'autorité parentale est une institution juridique, réglementée par les articles 376 et suivants du Code civil. (Il s'agit bien d'un ensemble de règles de droit (les articles 376, 377, 377-1, 377-2, 377-3 du Code civil), qui ont pour effet de réaliser un transfert d'autorité parentale, dans certaines circonstances limitativement prévues par le Code). La délégation vise donc à opérer un transfert, sous le contrôle du juge, " à un particulier digne de confiance, à un établissement agréé à cette fin, ou au service départemental de l'aide sociale à l'enfance, de l'exercice de l'autorité parentale relativement à un enfant qui avait été remis à un tiers par ses père et mère ou recueilli sans intervention des père et mère (C. civ., a. 377). " (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. mise à jour, PUF, Quadrige, 2007, p. 280). La finalité en a même été déterminée : elle "a eu pour objet spécifique de répondre aux problèmes posés par les recompositions familiales consécutives aux décès, divorces ou séparations et qui sont de plus en plus fréquentes à notre époque. Il s'est agi de donner un « statut » aux « beaux-parents » dans ces familles et non d'ouvrir même implicitement aux couples homosexuels une institution pour leur permettre de contourner l'impossible coparentalité qui les affecte en amont." Jerry Sainte ROSE, *Vers une reconnaissance de l'homoparentalité ?* AJ famille 2006, p. 395 et s., spéc. p. 396. V. également Caroline MECARY, *Homoparentalité : protection de l'enfant,* AJ Famille 11/2006, p. 398 et s.

[736] Cf. obs. Christelle DELAPORTE-CARRE, sous Civ. 1ère, 20 février 2007, D. 2007, AJ, p.721. V. Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille,* par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°1425, p. 570.

[737] En rejetant le pourvoi formé par le Parquet général de la Cour d'appel. V. commentaire Jerry Sainte ROSE, AJ famille 2006, p. 395 et s.

[738] Civ. 1ère 24 février 2006, D. 2006, J., 897, note Vigneau ; pan. Jur, p. 1148, obs. GRANET ; p. 1421, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; Dr. Famille 2006, note MURAT ; AJ famille 2006, p. 159, obs. CHENEDE ; *Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? Réflexions sur « l'homoparentalité »*. Hugues FULCHIRON, p. 392. Approuvant la décision : Caroline MECARY, *Homoparentalité : protection de l'enfant,* AJ Famille 11/2006, p. 398 et s.

[739] Hugues FULCHIRON, commentaire précité, p. 393. En l'espèce, la question de la conception des enfants, qui n'avait pas de filiation paternelle établie, restait entière comme le souligne Monsieur FULCHIRON : "La procréation était-elle naturelle, artificielle ? Y avait-il eu procréation médicalement assistée ? En France ? A l'étranger ?". L'auteur ajoute que "A défaut d'adoption, la délégation-partage permettait de donner un statut au partenaire, non pas un statut de parent, encore inaccessible, mais un statut parental. Seraient ainsi contournés les interdits posés par la loi sur les procréations médicalement assistées (interdiction de l'assistance médicale à la procréation pour les personnes seules ou pour les couple homosexuels, interdiction du recours à une mère porteuse) …". Jerry Sainte ROSE, *Vers une reconnaissance de l'homoparentalité ?* AJ famille 2006, p. 395 et s., spéc. p. 396 et 397 : "peut-on faire produire à un processus illégal, provenant d'une opération pénalement poursuivie, des conséquences juridiques ?". Dominique Fenouillet, *L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit*. Dr. Famille 2003, n° 29. L'auteur met en garde contre la prise en compte de l'intérêt de l'enfant comme ultime critère de l'adoption : "Que l'intérêt de l'enfant soit le critère d'appréciation de l'opportunité de l'adoption est une solution parfaitement justifiée … Mais de là à considérer que cet intérêt est devenu **la seule condition** de l'adoption, il y a un pas qu'il ne faut pas franchir, à peine d'évacuer toutes les conditions qui entourent cette institution, conditions qui ont pourtant leur raison d'être.". V également, Jean HAUSER, obs. à la RTD civ. 1996, n°25, p. 382.

167. Aussi la Cour de cassation, est à nouveau intervenue, mais sur le terrain de l'adoption, par deux décisions du même jour[740], pour casser, pour violation de la loi, la première décision, aux motifs que « l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté … que cette adoption réalisait un transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant en privant la mère biologique, qui entendait continuer à élever l'enfant, de ses propres droits ». La Cour a également approuvé les juges du fond, dans la seconde décision, d'avoir refusé de prononcer l'adoption sollicitée, parce que la mère de l'enfant « perdrait son autorité parentale … en cas d'adoption par Mme X…, alors qu'il y avait communauté de vie … ».

Les deux arrêts ne s'appuient pas sur le détournement d'institution pour sanctionner les utilisations faites en l'espèce de l'adoption[741]. Pourtant comme le fait remarquer, à juste titre, Madame DELAPORTE-CARRE, dans ses observations[742], "admettre la privation des droits de la mère biologique, bien qu'elle continue à éduquer l'enfant et par la suite leur restitution, par le biais d'une délégation, reviendrait à entériner un détournement de ces institutions contraire à l'intérêt de l'enfant.". Et il n'y aurait rien eu de choquant à voir dans ces deux espèces la sanction de détournement d'institution de l'adoption d'une part, mais également la sanction d'un détournement de l'institution de la délégation parentale, qui, certes, ne constituaient pas « l'ultime phase d'un processus d'ensemble », mais qui s'inscrivaient tous deux dans un processus d'ensemble, visant à permettre une sorte d'exercice conjoint de l'autorité parentale entre concubins homosexuels[743].

Ce seraient alors des considérations d'ordre public qui expliqueraient la solution retenue dans les espèces considérées[744].

---

[740] Civ. 1ère, 20 février 2007, D. 2007, AJ, p.721, obs. Christelle DELAPORTE-CARRE.

[741] La Cour de cassation a préféré se placer sur la terrain de la violation de la loi dans la première espèce, et a approuvé les juges du fond dans la seconde d'« avoir légalement justifié » leur décision.

[742] Civ. 1ère, 20 février 2007, D. 2007, A.J., p.722, obs. Christelle DELAPORTE-CARRE.

[743] L'adoption, dans de telles hypothèses, ne correspond absolument pas à sa finalité qui est de « donner un lien de filiation à un enfant qui en est dépourvu ». En effet, l'enfant a déjà une filiation établie vis-à-vis de sa mère, et l'opération va avoir pour conséquence que l'enfant va perdre son lien de filiation vis-à-vis de sa mère naturelle pour recréer un lien avec une mère « artificielle », ce qui paraît pour le moins étonnant. Contra Daniel VIGNEAU, sous Civ., 1ère, 20 février 2007, D. 2007, Etudes et commentaires, p. 1047 et s., spéc. p. 1049 : "Motiver le rejet … des demandes d'adoption par une violation de l'article 365 du code civil peut ne pas emporter pleinement la conviction puisque c'est le législateur lui-même qui pose le principe selon lequel l'adoption simple prive le parent biologique de ses droits d'autorité parentale. Il n'est donc pas évident, de prime abord, de s'élever contre le fait qu'une adoption simple produise le résultat voulu par la loi elle-même ; surtout lorsque le parent en question a consenti à l'adoption en connaissance de cause.".
L'auteur poursuit plus loin (p. 1050) qu'"il ne faudrait pas non plus oublier que l'adoption n'est pas une institution destinée à attribuer des enfants à des couples qui ne peuvent en avoir, mais une institution destinée à donner une famille à des enfants souffrant d'une perte ou d'une défaillance parentale. Or, n'est-ce pas un rôle attributif d'enfant que certains voudraient faire jouer à l'adoption dans le couple homosexuel ?".

[744] Civ. 1ère, 20 février 2007, D. 2007, Etudes et commentaires, Daniel VIGNEAU, p. 1047 et s, spéc. p. 1050 : Pour l'auteur, "Il ne faudrait surtout pas oublier que l'adoption n'établit pas un lien de droit ordinaire, mais un lien de filiation. Or, un système de parenté, et cela vaut pour l'adoption, doit être et rester plausible et cohérent

Mais cela ne peut il pas également signifier que le détournement d'institution ne se situe pas sur le plan de la légalité ? Sur quel terrain doit-il alors être positionné ? La morale ? L'équité ?[745]

168. En ce qui concerne la délégation de l'autorité parentale, une autre explication peut être proposée. La Cour de cassation aurait très certainement pu choisir de se placer sur le terrain des éléments constitutifs de la délégation d'autorité parentale et estimer que les conditions légales de mise en jeu de l'institution n'étaient pas constituées[746].

L'attitude de la Cour de cassation en la matière s'expliquerait, selon Monsieur VIGNEAU[747], par une certaine prudence de la Haute juridiction "sur un sujet aussi sensible et délicat que celui de l' « homoparentalité ».".

Ainsi, l'adoption montre encore des sources possibles de détournement d'institution.

Mais ce n'est pas la seule institution pouvant avoir vocation à receler des détournements. La délégation parentale en est un autre exemple, mais d'autres institutions du droit de la famille peuvent être concernées.

pour remplir sa fonction essentielle qui est de donner à chacun sa place dans la famille et la société … Un tel système forme un tout. On ne peut le modifier par des mentions marginales."
L'auteur poursuit : "La loi … remplit une fonction normative dans l'organisation sociale et n'est pas faite pour satisfaire toutes les revendications des minorités ou de quelques communautés agissantes."

[745] Cf. infra, fondement du détournement d'institution, p. 265 et s.

[746] Comme le fait remarquer Daniel VIGNEAU, dans une note publiée sous les deux décisions précitées, "Sans doute les conditions légales de la délégation d'autorité parentale sont-elles strictes dans les textes. Mais elles n'ont guère été appliquées strictement par la Haute juridiction … En quoi, dans cette espèce, des circonstances telles que l'absence de filiation paternelle, ou l'éventualité d'un événement accidentel pour la mère ou son éloignement professionnel, pouvaient-elles être présentées comme des circonstances suffisantes pour « exiger » une mesure de délégation d'autorité parentale ? ... La Cour de cassation avait bel et bien, en la circonstance, réduit son contrôle à une simple formalité.". De surcroît, Monsieur VIGNEAU observe qu'en l'espèce, l'absence " de filiation paternelle [était] d'ailleurs consécutive, ici encore, à une AMP* avec donneur réalisée à l'étranger, de façon illicite au regard de la loi française. " (Civ. 1ère, 20 février 2007, D. 2007, Etudes et commentaires, Daniel VIGNEAU, p. 1047 et s., spéc. p. 1049.).* *Assistance Médicale à la Procréation.*
Cette fois encore, la fraude à la loi (internationale) aurait pu servir d'appui à un raisonnement tendant à sanctionner l'existence d'un détournement d'institution. Cf. Caroline MECARY, *Homoparentalité : protection de l'enfant*, AJ Famille 11/2006, p. 398 et s., pour la jurisprudence antérieure à cette décision.

[747] Civ. 1ère, 20 février 2007, D. 2007, Etudes et commentaires, Daniel VIGNEAU, p. 1047 et s., spéc. p. 1049. La position de la Cour de cassation va-t-elle pas être remise en cause avec la décision récente de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 22 janvier 2008, qui a condamné la France pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Il s'agissait d'un refus d'agrément, délivré par les autorités françaises, à une personne homosexuelle qui souhaitait adopter (CEDH E. B./ France, requête n°43546/02, JCP 2008, II, 10071, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; D. 2008, 2038, note P. HENNION-JACQUET). Une décision récente du Tribunal administratif de Besançon du 10 novembre 2008 tire les conséquences de cette décision en ordonnant au Conseil général du Jura de délivrer dans un délai de 15 jours, l'agrément demandé par une candidate à l'adoption homosexuelle (Cf. Le Monde du 10 novembre 2009). Sur la jurisprudence antérieure de la CEDH, cf. François TERRE, Dominique FENOUILLET, Droit civil. Les Personnes, la Famille, les Incapacités, 7ème éd. 2005, Précis Dalloz, n°878, p. 824. V. également n°1405, p. 555. Pour un exemple des « dérives » auxquelles peut conduire l'homoparentalité cf. Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille,* par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°1433, p. 575, note 7.

B – Le détournement d'institution en droit de la famille

169. La doctrine a analysé un certain nombre de situations comme ayant fait l'objet de « détournements d'institution ».
Plusieurs institutions ont été − ou sont − « touchées ». Il s'agit essentiellement, récemment, de la possession d'état (1), et de façon plus « classique » de l'émancipation (2), de l'autorité parentale (3), du PACS (4) et du divorce (5).

1)- La possession d'état

170. La possession d'état est un moyen d'établir un lien de filiation entre un enfant et son père et/ou sa mère (article 310-3 et 317 du Code civil).
Elle est réglementée par les articles 311-1 et 311-2 du Code civil.
La possession d'état peut-elle être qualifiée d'institution juridique, au sens de « corps de règles ayant une finalité commune » ?
Plusieurs articles du Code en réglementent l'application, il y a donc bien un ensemble de règles, qui poursuivent un but commun, qui est de permettre la preuve du lien de filiation d'un enfant envers ceux qui l'élèvent comme tel.
Les couples ayant eu recours aux maternités de substitution[748] ont cru trouver leur salut, à défaut de pouvoir recourir à l'adoption, dans l'utilisation de la possession d'état.
La jurisprudence a écarté le recours à la possession d'état, parce que les conditions d'application de celle-ci n'étaient pas réunies, dans une affaire jugée par le tribunal de grande instance de Lille le 22 mars 2007[749]. Les « parents » de l'enfant avaient saisi le tribunal, du refus de transcription à l'état civil, de la possession d'état constatée par acte de notoriété. En effet, ils avaient obtenu du juge des tutelles un certificat de notoriété reconnaissant la possession d'état de l'enfant vis-à-vis des deux parents[750].

[748] Cf. *supra*, émergence jurisprudentielle du détournement d'institution, p. 173. V. note Pierre MURAT, sous Cour d'appel de Rennes, 4 juillet 2002, Droit de la famille 2002, n° 142, p. 16. *La révision des lois de bioéthique*, étude du Conseil d'Etat, 6 mai 2009, p. 47 et s. Cf. également Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°1032, p. 412. Une décision récente a-t-elle ouvert une brèche dans la position jurisprudentielle sur les maternités de substitution, en rejetant la demande d'annulation, formée par le ministère public, de la transcription sur les registres français d'état civil d'un jugement rendu par un juge californien, conférant au couple demandeur à la maternité de substitution la qualité de parents de l'enfant à naître ? Cf. Cour d'appel de PARIS, 25 octobre 2007, D. 2008, p. 434 ; RTD civ. 2008, p. 96, obs. J. HAUSER.
[749] TGI de Lille, 22 mars 2007, Dalloz 2007, II, p. 1251 et s., note Xavier LABBEE ; Dr. Famille 2007, n°122, note P. MURAT ; RTD civ. 2007, p. 556, obs. J. HAUSER.
[750] Le couple, qui ne cachait pas avoir eu recours aux maternités de substitution, souhaitait placer le débat non pas sur l'illicéité de la méthode utilisée pour avoir l'enfant, mais sur la nécessité pour le droit d'appréhender la situation « de fait » de l'enfant, qui vivait en France et était élevé par son père et l'épouse de celui-ci. (L'un des

Le ministère public faisait valoir le caractère équivoque de la possession d'état, qui serait résulté de la prohibition de l'article 16-7 du Code civil de la gestation pour le compte d'autrui. La naissance de l'enfant aurait alors été faite en fraude et en violation de la loi.

171. Le tribunal de grande instance de Lille[751], après avoir rappelé la nullité des conventions de mères porteuses, en application des articles 16-7 et 16-9 du Code civil, affirme ensuite que les époux ont commis une fraude en se rendant à l'étranger pour souscrire une telle convention, alors qu'ils connaissaient l'existence de cette règle d'ordre public. L'adage "*fraus omnia corrumpit*" atteint "la possession d'état sur laquelle les demandeurs se fondent pour voir établir un lien de filiation légitime a leur profit, et l'acte de notoriété qu'ils ont ainsi obtenu, sont eux-mêmes viciés et ne peuvent donc permettre l'établissement d'un tel lien.". Le tribunal poursuit : "En effet, la possession d'état doit être notamment, selon l'article 311-2 du code civil, exempte de vice. Tel ne saurait être le cas lorsqu'elle découle d'une convention frauduleuse.".

Ce faisant, le tribunal approuve l'argumentation qui avait été développée par le ministère public. Mais les magistrats vont plus loin en estimant que le ministère public "a non seulement préservé *l'ordre public de direction*[752] posé aux articles 16-7 et 16-9 du Code civil, mais aussi garanti à l'enfant l'accès à ses origines.".

L'un des caractères de la possession d'état, mentionnés à l'article 311-2 du Code civil, faisait défaut en l'espèce, puisque elle était en l'espèce équivoque (ou plutôt elle n'était pas exempte de vices, selon la formule utilisée par le tribunal)[753].

Il en découle que la possession d'état n'était donc pas véritablement constituée.

C'est donc à juste titre que le tribunal de grande instance n'a pas retenu en l'espèce l'existence d'un détournement d'institution de la possession d'état.

Il apparaît, à la lumière de cette décision, que le domaine des maternités de substitution reste un terrain fertile en tentatives de détournements et fraudes en tous genres.

Les tentatives sont parfois encouragées par la doctrine, ainsi d'ailleurs que le fait observer le commentateur de la décision[754].

arguments était de dire que "Toutefois, la possession d'état qui résulte d'une situation de fait valablement constituée en France et qui n'est pas un effet de la convention ne peut être atteinte par la nullité précitée.").

[751] TGI de Lille, 22 mars 2007, Dalloz 2007, II, p. 1251 et s., note Xavier LABBEE ; Dr. Famille 2007, n°122, note P. MURAT ; RTD civ. 2007, p. 556, obs. J. HAUSER.

[752] C'est nous qui soulignons.

[753] Sur ces notions cf. la note Xavier LABBEE précitée. V. également F. GRANET, note sous Cour d'appel de Rennes, 4 juillet 2002, D. 2002, p. 2904.

[754] Cité supra, note 1158, p. 1253 : "Le couple songea alors, au bénéfice d'une pensée doctrinale encourageante et quasi unanime, à la possession d'état.". Note Pierre MURAT, sous Cour d'appel de Rennes, 4 juillet 2002, Droit de la famille 2002, n° 142, p. 16, précitée.

Certains détournements concernent également des institutions qui ne touchent pas à l'établissement d'un lien de filiation, mais qui concernent le statut de l'enfant, telles que l'émancipation.

2)- L'émancipation

172. L'émancipation est organisée aujourd'hui par les articles 413-1 à 413-8 du Code civil, qui sont issus de la loi du 5 mars 2007[755].

L'effet essentiel de l'émancipation est que Le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile[756].

Il s'agit bien d'une institution juridique, en tant que corps de règles (les articles précités du Code civil), ayant pour finalité essentielle l'intérêt de l'enfant[757].

La doctrine a constaté il y a quelques années, des détournements de cette institution juridique[758], par le biais de ce qu'un auteur a qualifié « d'émancipations-expulsions »[759], c'est-à-dire des utilisations de l'émancipation faites dans le but de « faire tomber la présomption de l'article 1384 alinéa 4 » du Code civil[760]. Ces situations, qui auraient sans aucun doute mérité la qualification de « détournements d'institution », présentent presque un intérêt « historique » aujourd'hui, puisque l'émancipation se fait sous le contrôle du juge des tutelles[761], ce qui offre une certaine garantie quant aux motifs qui peuvent pousser les parents à émanciper leur progéniture.

---

[755] La loi n°2007-308 du 5 mars 2007 a transformé les articles 476 et suivants du Code civil, qui étaient issus eux-mêmes de la loi 64-1230 du 14 décembre 1964. Cette loi a donné son visage actuel à l'institution.

[756] Article 413-6 du Code civil.

[757] Frédéric VAUVILLE, *La pratique de l'émancipation judiciaire ou l'ambivalence d'une institution marginale* ; D. 1990, chron. p. 283.

[758] Cf. Frédéric VAUVILLE, *La pratique de l'émancipation judiciaire ou l'ambivalence d'une institution marginale* ; D. 1990, chron. p. 283, spéc. p. 288 : "Au détournement d'institution, certains joindront alors un détournement de procédure".

[759] Jean CARBONNIER, *civil, T. I, La famille*, PUF, 14e éd. rev. et mise à jour, 1991, n°174, p. 291. Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges MALAURIE, Defrénois, Paris 2005, p. 237. Frédéric VAUVILLE, *La pratique de l'émancipation judiciaire ou l'ambivalence d'une institution marginale* ; D. 1990, chron. p. 283. L'auteur recense les diverses hypothèses de détournement de l'institution de l'émancipation, en observant qu'elles tendent le plus souvent à éluder des dispositions impératives. Parmi les exemples cités par l'auteur : émancipations pour échapper aux institutions protectrices des intérêts patrimoniaux des mineurs, aux règles du droit du travail, en matière agricole, pour éluder certaines dispositions sociales et fiscales …

[760] Ce texte prévoit la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs. Cf. Frédéric VAUVILLE, *La pratique de l'émancipation judiciaire ou l'ambivalence d'une institution marginale* ; D. 1990, chron. p. 283, qui révèle que la pratique est « extraordinairement courante ». Mais les utilisations de l'émancipation dans un but autre que celui pour lequel elle a été instituée ont été très tôt sanctionnées par la jurisprudence : v. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français. T. IV. Les Obligations*, par P. ESMEIN, 2ème éd., LGDJ, 1952, n°376, p. 805 : émancipation d'un enfant par le père, pour faire échec à une décision attribuant la garde à un autre, émancipation pour faire cesser l'administration des revenus par un tiers . V. Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits*, 2ème éd., Dalloz, 1939, n°72, p. 106/107.

[761] Article 413-2 du Code civil. Cf. Frédéric VAUVILLE, *article précité*.

Il existe une autre institution, malmenée par la pratique, qui est proche de l'émancipation, puisqu'il s'agit de l'autorité parentale.

3)- L'autorité parentale

173. Selon l'article 371-1 du Code civil, "l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant."[762].

Cette définition affirme incontestablement la nature institutionnelle de l'autorité parentale : l'ensemble de droits et de devoirs résulte d'un ensemble de règles de droit qui le définit et l'organise.

Un certain malaise est apparu en doctrine, pour donner un fondement juridique au contrôle effectué par le juge, du respect de la finalité de telles institutions. Ainsi, par exemple, après avoir évoqué la possibilité du détournement d'institution, Monsieur COURTIEU[763] affirme que "La jurisprudence fait au détenteur de l'autorité parentale obligation d'user de ses prérogatives dans l'intérêt de l'enfant. C'est la théorie de l'abus de droit – détournement de pouvoirs – qui sert à contrôler l'exercice des divers attributs de l'autorité parentale ...".

La jurisprudence de son côté, montre que l'institution de l'autorité parentale a été utilisée par des parents pour permettre à l'un d'eux, de nationalité étrangère, d'obtenir un titre de séjour[764].

Il n'aurait pas paru choquant dans une telle hypothèse de voir sanctionné un détournement d'institution.

174. Pourtant, la Cour de cassation, dans un arrêt du 26 juin 1990[765], n'a pas saisi l'occasion qui lui était donnée et s'est retranchée derrière les textes relatifs à l'autorité

---

[762] La définition correspond à celle donnée par Monsieur CORNU : L'autorité parentale consiste dans l'"Ensemble des droits et des devoirs qui appartiennent aux père et mère en vertu de la loi (C. civ., a. 371-2) et que ceux-ci exercent en commun pendant le mariage (C. civ., a. 372), d'une part relativement à la personne de leurs enfants mineurs non émancipés, en vue de les protéger (garde, surveillance, éducation), d'autre part relativement aux biens de ceux-ci (administration et jouissance légale)." (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., Quadrige, PUF, 2007, p. 96). V. Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°1520, p. 601 et n°1550 et s., p. 609 et s..

[763] Guy COURTIEU, *Abus de droits et abus de pouvoirs*, Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386, fasc. 131-20, 2005, n°54, p. 14.

[764] François BOULANGER, *Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille* ? JCP 1993, I, n°3665, p. 151 et s. L'auteur critique par exemple l'utilisation de l'article 374 du Code civil, lequel "autorise par avance des fins qui n'ont pas de rapport direct avec l'intérêt de l'enfant … Faute d'une certaine éthique … les facilités légales se prêtent par avance au détournement des institutions.". (L'article 374 concernait la souscription de déclaration, par des parents naturels, en vue de l'exercice conjoint de l'autorité parentale devant le juge des tutelles, le contrôle du juge étant purement formel).

[765] Civ. 1ère, 26 juin 1990, JCP 1991, II, 21688, p. 210, note F. VAUVILLE. V. Crim. 9 mars 1972, Bull. crim., n°95.

parentale[766]. En l'espèce, deux parents naturels, dont l'un était de nationalité étrangère avaient tous les deux reconnus une fillette et avaient saisi le juge des tutelles, dans le cadre des dispositions de l'article 374, alinéa 2 du Code civil, afin d'exercer en commun l'autorité parentale[767]. Le juge des tutelles avait refusé de dresser le procès verbal de déclaration, par ordonnance motivée[768], en estimant que la déclaration devait être souscrite dans l'intérêt de l'enfant, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, puisqu'elle avait été souscrite dans le but de permettre au père d'obtenir un titre de séjour[769].

La Cour de cassation casse, pour violation de la loi, la décision du Tribunal de Grande Instance qui avait confirmé l'ordonnance du juge des tutelles. La Haute juridiction a estimé que les textes relatifs à l'autorité parentale visés en l'espèce (article 374, alinéa 2 du Code civil et article 1080-1 du Nouveau Code de procédure civile), "ne confèrent pas au juge des tutelles le pouvoir d'apprécier, au regard de l'intérêt de l'enfant, l'opportunité de la déclaration faite par les père et mère ni celui de contrôler la légitimité des motifs de la déclaration conjointe, le juge étant tenu d'enregistrer ladite déclaration dès lors qu'il existe un accord entre ceux qui ont légalement reconnu l'enfant"[770].

175. Le parallèle avec la situation des mariages naturalisant n'a pas manqué d'être fait par la doctrine : "L'exigence d'une volonté réelle d'exercer conjointement l'autorité parentale révèle, en effet, une identité presque naturelle avec la nécessité d'un consentement sérieux à mariage, dont l'absence permet aux juges d'empêcher l'effet acquisitif de nationalité en annulant l'union simulée ou en la privant de l'effet accessoire recherché."[771].

---

[766] Il s'agit sans doute d'une nouvelle illustration du caractère « subsidiaire » du recours au mécanisme du détournement d'institution : lorsqu'il existe des textes permettant d'appréhender le comportement « douteux ». Cf. *infra*, p. 245 et s.

[767] A l'époque, le texte prévoyait que l'autorité parentale sur un enfant naturel pouvait être exercée en commun par ses deux parents, en faisant une déclaration conjointe devant le juge des tutelles. V. article 372 du Code civil (loi 2002-305 du 4 mars 2002).

[768] L'article 1180-1 du Nouveau Code de procédure civile précisait que le juge devait établir un procès-verbal de déclaration et, en cas de refus, devait statuer par ordonnance motivée.

[769] Selon Monsieur VAUVILLE, "l'exercice conjoint de l'autorité parentale qu'entraîne la déclaration permettrait aux parents étrangers d'un enfant naturel de nationalité française d'obtenir, de plein droit, une carte de résident et de se prémunir contre une expulsion du territoire national.". (F. VAUVILLE, note au JCP 1991, II, 21688, p. 210).

[770] Commentant la décision de la Cour de cassation, F. VAUVILLE rappelle que le contrôle du juge des tutelles consiste à "vérifier que sont réunies les conditions de l'opération : l'accord des deux parents (et) la minorité de l'enfant" ; et l'auteur constate qu'en pratique, "de la vérification de l'accord à l'appréciation éminemment subjective d'un consentement réel et éclairé, il n'y a qu'un pas allègrement franchi" (Note au JCP 1991, II, 21688, p. 210 et s., spéc. p. 212).

[771] Monsieur VAUVILLE précise cependant qu'une différence essentielle démarque les deux situations : "C'est que la sanction du mariage de complaisance, fondée sur un consentement simulé, suppose un contrôle rétrospectif, et non pas préalable : il faut vérifier, après coup, l'adhésion des époux aux obligations matrimoniales et la réalité de la communauté de vie ; c'est son absence qui va « *accréditer la version d'un mariage blanc* ».".

L'autorité parentale est, sans aucun doute, une institution juridique, qui a pour but est d'organiser l'utilisation des pouvoirs des parents sur leurs enfants mineurs[772], elle ne doit pas servir à obtenir un titre de séjour. Il y a alors détournement de l'institution, à but frauduleux[773] : le détournement d'institution devient alors le moyen efficace de commettre une fraude à la loi.

A ce propos, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 janvier 1994[774], est venu affirmer que « doivent être déclarés abandonnés les enfants dont … le père ne s'est manifestement intéressé que lorsqu'il était détenu alors qu'il s'en désintéressait délibérément lors de ses périodes de liberté, révélant ainsi sa volonté d'utiliser ses enfants dans le seul but de se maintenir sur le territoire national ».

176. Un auteur, ESMEIN, citait aussi l'exemple du "mari infidèle, et désirant amener sa femme à demander le divorce, [qui] use de son droit de puissance paternelle sur l'enfant commun pour le maintenir éloigné de sa mère"[775]. L'exemple cité par ESMEIN mérite que l'on s'y attarde, ne serait-ce parce qu'il présente un certain nombre d'éléments

Si une sanction peut intervenir dans de telles situations, ce sera *a posteriori*, et l'auteur d'évoquer tour à tour le détournement de procédure, la fraude à la loi et le détournement d'institution pour appréhender l'utilisation dévoyée de l'autorité parentale : "malgré le silence de la Cour de cassation … un contrôle *a posteriori* reste concevable, dès lors que serait acquise la conviction d'une fraude à la loi. C'est alors un détournement de procédure qui se trouverait sanctionné lorsque la déclaration conjointe a exclusivement pour objet l'obtention, par l'un des parents, de la carte de résident … Lorsqu'en matière de mariage de complaisance, la jurisprudence annihile l'effet acquisitif de nationalité, elle marque sa volonté de sanctionner une fraude à la loi : il faut empêcher que l'institution ne soit détournée et ne devienne « un truc afin d'échapper aux règles françaises sur l'immigration ».". (Note au JCP 1991, II, 21688, p. 210 et s., spéc. p. 212). Et en fait, la Cour de cassation n'a pas interdit en l'espèce la possibilité d'un détournement d'institution, mais ce dernier ne peut être révélé qu'ultérieurement.

[772] Cf. *supra.* V. note Catherine LABRUSSE-RIOU sous Civ. 1ère, 6 janvier 2004, JCP 2004, II, 10064.

[773] Pour Monsieur VAUVILLE, la fraude à la loi consiste en ce que l'institution devient "« *un truc afin d'échapper aux règles françaises sur l'immigration »*" (Note au JCP 1991, II, 21688, p. 210 et s., spéc. p. 212).

[774] Cour d'appel de PARIS ch. 24, section B du 21 janvier 1994, Juris-data n°020027. L'article 350, issu de la loi 2005-744 du 4 juillet 2005 dispose actuellement que « L'enfant recueilli par un particulier, un établissement ou un service de l'aide sociale à l'enfance, dont les parents se sont manifestement désintéressés pendant l'année qui précède l'introduction de la demande en déclaration d'abandon, est déclaré abandonné par le tribunal de grande instance sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa. La demande en déclaration d'abandon est obligatoirement transmise par le particulier, l'établissement ou le service de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant à l'expiration du délai d'un an dès lors que les parents se sont manifestement désintéressés de l'enfant ». Le texte applicable à l'époque avait également recours à la notion de désintérêt volontaire.
Sont considérés comme s'étant manifestement désintéressés de leur enfant les parents qui n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien de liens affectifs.
La simple rétractation du consentement à l'adoption, la demande de nouvelles ou l'intention exprimée mais non suivie d'effet de reprendre l'enfant n'est pas une marque d'intérêt suffisante pour motiver de plein droit le rejet d'une demande en déclaration d'abandon. Ces démarches n'interrompent pas le délai figurant au premier alinéa.
L'abandon n'est pas déclaré si, au cours du délai prévu au premier alinéa du présent article, un membre de la famille a demandé à assumer la charge de l'enfant et si cette demande est jugée conforme à l'intérêt de ce dernier.
Lorsqu'il déclare l'enfant abandonné, le tribunal délègue par la même décision les droits d'autorité parentale sur l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance, à l'établissement ou au particulier qui a recueilli l'enfant ou à qui ce dernier a été confié.
La tierce opposition n'est recevable qu'en cas de dol, de fraude ou d'erreur sur l'identité de l'enfant ».

[775] AUBRY et RAU, *Droit civil français*, T. 6, 6ème éd., par Paul ESMEIN, Librairies Techniques Juris-Classeurs, 1951, p. 460.

caractéristiques, qui peuvent bien le faire basculer dans la catégorie précisément du détournement d'institution. Il y avait bien utilisation d'une institution (la puissance paternelle), non pas dans l'intérêt de l'enfant – but de l'institution – (par exemple le maintenir éloigné pour le protéger d'une mère alcoolique ou violente), mais dans un but autre, pour lequel cette institution n'a pas été conçue et qui ne correspondait pas à l'esprit de l'institution (amener l'épouse à demander le divorce). A l'époque, le détournement d'institution n'existant pas en tant que catégorie juridique autonome, c'est bien alors évidemment l'abus de droit, mécanisme voisin, qui a servi de cadre juridique pour appréhender et sanctionner de tels comportements.

L'autorité parentale, comme d'autres institutions touchant à la filiation, montre qu'elle se prête, ou s'est prêtée, à des détournements.

Mais le recours au détournement d'institution a été également constaté par la doctrine à propos d'autres institutions, situées en dehors du droit de la filiation, telles que le PACS.

4)– Le PACS

177. La création du pacte civil de solidarité (PACS) par la loi du 15 novembre 1999[776] a sans aucun doute permis de remettre au goût du jour les réflexions de la doctrine sur la notion d'institution.

Le Code civil précise qu'« Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune »[777].

Mais de fait, Dominique FENOUILLET[778] est catégorique à ce sujet : "C'est bien à l'institutionnalisation des couples non mariés que correspond le pacte civil de solidarité, tant il est vrai que ce prétendu contrat ne constitue, en réalité, rien d'autre qu'une nouvelle institution.".

La doctrine[779], se fondant sur la définition légale du PACS, considère que "Le pacte ne peut être ainsi utilisé pour une autre fonction que celle que lui attribue la loi : organiser la « vie commune » … Ainsi déterminé, l'objet du pacte limite la liberté de conclure un pacte : une

[776] Articles 515-1 à 515-7 du Code civil, modifiés par la loi 2007-308 du 7 mars 2007. François TERRE, Dominique FENOUILLET, Droit civil. Les Personnes, la Famille, les Incapacités, 7ème éd. 2005, Précis Dalloz, n°617 et s., p. 532 et s. Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille,* par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°350 et s., p. 178 et s.

[777] Article 515-2.

[778] Dominique FENOUILLET, *Couple hors mariage et contrat*, p. 81 et s., spéc. p. 100, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001. V. Alain BENABENT, *Droit civil. La famille*. 10ème éd., Litec, 2001, n°433, p. 255.

[779] Dominique FENOUILLET, *Couple hors mariage et contrat*, p. 81 et s., spéc. p. 114, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001.

telle définition légale fonderait la nullité ou du moins l'inefficacité du pacte conclu dans une autre perspective, pour détournement d'institution.".

Les exemples de détournements d'institution relevés tournent autour de la fraude : PACS pour obtenir une mutation dans la fonction publique[780], ou un titre de séjour en France[781] par exemple, mais la Cour de cassation n'a pas eu encore l'occasion de se prononcer sur la question.

Le but frauduleux, poursuivi par les utilisateurs de l'institution, se retrouve encore à propos de l'utilisation de l'institution du divorce.

5)- Le divorce

178. Certains auteurs citent en effet des exemples d'utilisation du divorce, qui mériteraient d'être qualifiés de détournement d'institution. Par exemple, Michel DAGOT[782] rapporte le cas de "deux époux qui, se heurtant actuellement à l'immutabilité du régime matrimonial, simulent un divorce, puis quelque temps après se remarient, après avoir changé de régime matrimonial ; l'exemple, bien que ne s'étant pas présenté en jurisprudence, est loin d'être inconnu dans la pratique.".

Une telle situation montre un détournement de l'institution du divorce, dont le but n'est pas de permettre un changement de régime matrimonial, et l'exemple montre, en plus, que le détournement d'institution peut s'insérer dans un montage combinant simulation et fraude à la loi (il s'agit de faire échec à la règle de l'immutabilité du régime matrimonial).

179. On peut aussi se demander si un exemple de détournement d'institution du divorce ne ressort pas de la célèbre affaire Taleb, jugée le 17 novembre 1981 par la première chambre

---

[780] Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges MALAURIE, Defrénois, Paris 2005, p. 237. Cf. Alain BENABENT, *Droit civil. La famille*. 10ème éd., Litec, 2001, n°442, p. 259 et 462 et s., p . 269 et s., qui évoque la notion de « pacte simulé » liée aux effets fiscaux et sociaux du PACS. Certains auteurs renvoient purement et simplement aux solutions jurisprudentielles concernant l'institution du mariage : cf. François TERRE, Dominique FENOUILLET, Droit civil. Les Personnes, la Famille, les Incapacités, 7ème éd. 2005, Précis Dalloz, n°625, p. 539. Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°370, p. 188. Sur les tentatives faites pour éradiquer les PACS effectués pour obtenir une mutation dans la fonction publique, cf. Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, note 16, p. 181. V. également, n°370, p. 188 : la tentation de la fraude est liée aux nombreux avantages procurés par le PACS : "continuation du bail, rapprochement de partenaires, réduction des droits de mutation à titre gratuit, imposition avantageuse, etc.". Hubert BOSSE-PLATIERE, *Le pacte civil de solidarité à égalité avec le mariage ?* Note sous CE, 28 juin 2002, JCP 2003, I, n°101, p. 16.

[781] Xavier LABBEE, Le faux PACS et les vrais papiers, note sous Tribunal administratif de LILLE, 3 juillet 2002, D. 2004, J, p. 587 et s.

[782] Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*, LGDJ, 1967, n°270, p. 265.

civile de la Cour de cassation[783], dans laquelle un algérien qui avait perdu la nationalité française à la suite de la proclamation de l'indépendance de l'Algérie avait divorcé, pour se remarier avec son «ex-épouse», afin d'obtenir par le second mariage la nationalité souhaitée. Le divorce avait été prononcé le 21 mai 1976 et le 19 juin de la même année, le second mariage était célébré. La question de la validité du divorce avait été soulevée par le ministère public, qui avait formé tierce-opposition au jugement de divorce et, en même temps, demandé la nullité du second mariage. Pourtant, la Cour de cassation n'a pas sanctionné de détournement d'institution du divorce, mais a choisi de se placer sur le terrain du mariage, pour appréhender le comportement frauduleux (il était certainement plus « confortable » de pouvoir viser l'article 146 du Code civil, plutôt qu'un principe général du droit).

180. Un autre exemple concerne une affaire dans laquelle le divorce par consentement mutuel avait pour but d'éluder une créance d'aliments, envers la belle-mère de l'un des époux[784]. La doctrine considère que l'obligation alimentaire tirée de l'article 206 du Code civil[785] envers les beaux-parents cesse en cas de divorce[786]. De là à utiliser le divorce pour faire cesser cette obligation, il n'y avait qu'un pas qu'ont franchi les époux … avec la « bénédiction » de la Cour de cassation, puisque celle-ci a rejeté le pourvoi formé par la belle-mère contre la décision d'appel qui avait jugé sa demande irrecevable. La belle-mère avait fait tierce-opposition au jugement de divorce, sur le fondement de l'article 1104 du Nouveau code de procédure civile[787], en invoquant précisément le fait que le divorce était uniquement fondé sur la volonté d'éluder l'obligation alimentaire, dont elle était bénéficiaire. Pour Jean HAUSER, le rejet de la tierce opposition s'explique parce qu'en fait, c'était le divorce lui-même qui était attaqué et non pas la convention homologuée par le juge[788]. L'auteur indique qu'il aurait sans doute été plus judicieux de se placer sur le terrain du détournement d'institution[789] …

---

[783] Defrénois 1982, art. 32967, n°79, obs. MASSIP. Cf. *supra*, émergence jurisprudentielle, p. 83.
[784] Civ 2ème 7 mars 2002, RTD civ. 2002, p. 275, obs. Jean HAUSER.
[785] Article 206 : « Les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leur beau-père et belle-mère, mais cette obligation cesse lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés ».
[786] Cf. obs. HAUSER précitées.
[787] Article 1104 du Nouveau Code de procédure civile, en vigueur en 2002 : « Les créanciers de l'un et de l'autre époux peuvent faire déclarer que la convention homologuée leur est inopposable en formant tierce opposition contre la décision d'homologation dans l'année qui suit l'accomplissement des formalités mentionnées à l'article 262 du Code civil ».
[788] Le fondement juridique choisi, en l'espèce l'article 1104 du Nouveau code de procédure civile n'était pas adapté et c'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a confirmé l'irrecevabilité de la tierce-opposition. Cf. les explications très pertinentes données par Jean HAUSER sur ce point.
[789] Point de vue que nous partageons entièrement :"Sur la voie du détournement d'une institution finalisée (le divorce) la voie aurait pu être explorée. Si l'utilisation du divorce aux fins reprochées était vraiment démontrée …c'est le détournement qui aurait pu être sanctionné" (Obs. Jean HAUSER, RTD civ. 2002, p. 275).

Les exemples de situations qui pourraient être qualifiées de « détournements d'institution » sont assez nombreux en droit de la famille, mais le droit de la famille n'est pas le seul terrain propice au détournement d'institution. Le droit du travail qui a servi de « creuset » à la notion, présente un certain nombre de situations juridiques qui pourraient encore relever du détournement d'institution. D'autres domaines peuvent aussi trouver des applications de la notion, que ce soit le droit civil en général, le droit des affaires (droit commercial, droit des sociétés, droit fiscal) etc.

§2- Les détournements d'institution hors du droit de la famille

181. La vocation « naturelle » de la notion de détournement d'institution à appréhender tous les domaines du droit privé s'explique par le fait que des institutions juridiques existant partout, leur détournement aura vocation à être sanctionné, si ces institutions sont utilisées en méconnaissance de leur esprit.
Certains exemples se rencontrent en droit civil (1), d'autres en droit des sociétés (2) mais aussi et surtout en droit du travail (3).

1)- En droit civil

182. En droit civil, la matière des régimes matrimoniaux est un des girons traditionnels de la fraude[790] et celle-ci y revêt un aspect particulier : "la fraude se caractérise par l'état d'esprit de l'époux fraudeur, sa volonté délibérée de satisfaire ses propres intérêts au détriment de ceux de la famille ou des tiers.".[791]
Le détournement d'institution pourrait également y être relevé[792], essentiellement comme moyen d'accomplir une fraude aux droits des tiers.
Par exemple, Madame CHEVALLIER-DUMAS[793] explique qu'avant "même le mariage, le futur époux qui a des dettes mais non le désir de les acquitter, sera tout naturellement enclin à préférer le régime matrimonial le moins perméable aux poursuites de ses créanciers. Les

[790] Françoise CHEVALLIER-DUMAS, *La fraude dans les régimes matrimoniaux*, RTD civ. 1979, p. 40 et s.
[791] Françoise CHEVALLIER-DUMAS, *La fraude dans les régimes matrimoniaux*, RTD civ. 1979, p. 40 et s., spéc., p. 42.
[792] Ainsi que le note Mme CHEVALLIER-DUMAS (*ibid.*, n°4, p. 43), "Si le législateur veut assurer efficacement l'autonomie des époux et rendre plus aisés leurs rapports avec les tiers, il doit leur en donner les moyens. Ceux-ci constituent alors autant de « facilités » qui pourront être détournées de leur finalité.".
[793] Françoise CHEVALLIER-DUMAS, *La fraude dans les régimes matrimoniaux*, RTD civ. 1979, p. 40 et s., spéc., n°33, p. 56.

époux vont donc choisir d'un commun accord un régime dont les mécanismes pourront être utilisés, par **déviation de finalité**[794], en fraude des droits des créanciers.".

183. Ainsi, le régime de communauté légale peut être choisi par des époux peu scrupuleux afin de frauder les droits des créanciers antérieurs au mariage.

Madame CHEVALLIER-DUMAS[795] rappelle en effet qu'en ce qui concerne le gage des créanciers, "la communauté légale est en elle-même très défavorable aux créanciers antérieurs qui n'ont désormais d'action que sur les propres de leur débiteur[796]".

Les règles qui forment le régime de communauté peuvent en outre être utilisées par les époux dans le but de frauder les droits de leurs créanciers (utilisation judicieuse des présomptions de propriété ou de la subrogation[797]).

Le régime de communauté réduite aux acquêts est incontestablement une institution juridique : il s'agit bien d'un ensemble de règles de droit qui ont pour finalité d'organiser les aspects patrimoniaux de la vie de couple marié, en organisant une masse commune "destinée à être partagée entre les époux ou leurs héritiers lors de la dissolution de la communauté."[798].

En utilisant les règles du régime de communauté dans le but de frauder les droits des tiers, les époux ne détournent-ils pas l'institution du régime matrimonial de son but ?

184. Madame CHEVALLIER-DUMAS[799] semble admettre l'existence de détournements d'institution, notamment à propos de la subrogation. Elle explique en effet que "La technique de la subrogation réelle[800], indispensable pour maintenir l'équilibre entre les différentes masses de biens, peut aussi être détournée de sa finalité et tendre à diminuer le gage des créanciers antérieurs."[801].

---

[794] C'est nous qui soulignons.

[795] Françoise CHEVALLIER-DUMAS, *La fraude dans les régimes matrimoniaux*, RTD civ. 1979, p. 40 et s., spéc., n°34, p. 56.

[796] En note, l'auteur précise : Articles 1410 et 1411, 1er alinéa du code civil. Le créancier se trouve donc privé, pour la garantie de sa créance, de tous les acquêts, même ceux entrés en communauté du chef de son débiteur, et en particulier les gains et salaires sur lesquels il était auparavant en droit de compter. Son gage se fige subitement, du fait du mariage de son débiteur …

[797] Cf. Françoise CHEVALLIER-DUMAS, *La fraude dans les régimes matrimoniaux*, RTD civ. 1979, p. 40 et s., spéc., p. 56 et s.

[798] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 184.

[799] Françoise CHEVALLIER-DUMAS, *La fraude dans les régimes matrimoniaux*, RTD civ. 1979, p. 40 et s., spéc., n°38, p. 59, n°40, p.61 : "des époux malhonnêtes peuvent nuire aux créanciers antérieurs à leur mariage par une simple utilisation frauduleuse des règles du régime matrimonial initialement choisi à cette fin.".

[800] Il s'agit d'une "Fiction de droit par laquelle (dans une universalité) un bien en remplace un autre en lui empruntant ses qualités (C. civ., a. 855, al. 2, a. 1406, al. 2, a. 1434 et 1435).". Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 890.

[801] En effet, "La subrogation réelle est laissée à la discrétion des époux dans le cadre des opérations d'emploi et de remploi des propres qui nécessitent certaines formalités à défaut desquelles elle ne se produit pas. Les époux ont alors un moyen très simple de restreindre le gage de leurs créanciers : il leur suffit de ne pas accomplir les formalités exigées. Dans ces conditions, le bien nouveau, financé avec des fonds propres ou avec le prix de vente

Une autre fraude consiste pour un époux débiteur à "échanger un bien propre contre un autre bien d'une valeur supérieure au double du bien cédé. L'opération est régulière, mais elle n'en est pas moins préjudiciable au créancier qui assiste, impuissant, au transfert d'une valeur propre (qui contribuait à garantir sa créance) dans la masse commune (pour lui insaisissable) … en l'occurrence, l'époux débiteur ne s'appauvrit pas réellement, puisqu'il est titulaire contre la communauté d'une créance égale à la valeur du bien cédé. Or, cette créance ne peut être saisie car elle constitue une récompense qui ne sera liquidée qu'à la dissolution de la communauté. Un tel procédé, commode et efficace, laisse le créancier lésé totalement désarmé."[802].

185. Au cours du mariage, la fraude peut aussi se manifester dans le cadre d'un changement de régime matrimonial, dont les articles 1397 et suivants du Code civil organisent les modalités.

Le changement de régime matrimonial est une institution juridique, au sens de corps de règles, ayant pour objet l'organisation et les effets du changement de régime matrimonial, en cours de mariage.

Les époux, en mettant en œuvre un changement matrimonial dans le but de frauder leurs créanciers ou les créanciers de l'un d'eux, n'utilisent pas certainement pas l'institution dans le but pour lequel elle a été créée : l'institution n'a pas pour objet ou pour effet de permettre la fraude.

En droit des régimes matrimoniaux, force est donc de constater que les détournements d'institutions, s'ils existent, ne sont pas sanctionnés pour eux-mêmes, la fraude « absorbant » souvent, en quelque sorte le détournement d'institution.

Voyons maintenant ce qui se passe en droit des sociétés.

2)- En droit des sociétés

d'un bien propre, constitue un acquêt de communauté (art. 1401, C. civ.), échappant, comme tel, au gage des créanciers antérieurs. L'époux débiteur peut donc facilement entamer son capital propre au préjudice de ses créanciers dont le gage risque avec le temps de diminuer, puis de disparaître." (Françoise CHEVALLIER-DUMAS, *La fraude dans les régimes matrimoniaux*, RTD civ. 1979, p. 40 et s., spéc., n°39, p. 59). L'emploi est l'"Achat d'un bien avec des deniers provenant de la vente d'un autre bien ou d'une indemnité représentative de la valeur d'un autre bien (indemnité d'assurance ou d'expropriation, par ex.) (C. civ., a. 455, 1430, 1434, 1435, 1541). Le remploi diffère de l'emploi en ce qu'il suppose l'aliénation préalable d'un bien, tandis que l'emploi consiste dans l'achat d'un bien fait avec des capitaux disponibles qui ne proviennent pas d'une telle aliénation (mais, par ex., du paiement d'une créance, d'une donation ou d'un legs, d'une succession)". Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 798.

[802] Françoise CHEVALLIER-DUMAS, *La fraude dans les régimes matrimoniaux*, RTD civ. 1979, p. 40 et s., spéc., n°40, p. 61.

186. La société est, selon l'article 1832 du Code civil « instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ». C'est une Institution, mais aussi une institution juridique, en tant que corps de règles ayant un même objet[803].

La société est bien une institution juridique, dans la mesure où il existe un groupe de règles relatives à la société (constitution, fonctionnement, disparition), qui sont orientées vers un but qui leur est propre ; la société étant constituée dans le but de faire des bénéfices. Lorsque la création d'une entité juridique nouvelle est motivée par des objectifs étrangers à la recherche de bénéfices, il y a détournement d'institution, puisque la finalité poursuivie ne correspond pas à l'esprit de l'institution[804] (le plus souvent, ce sont malheureusement des considérations purement fiscales qui sont recherchées, effets de l'institution, mais qui sont étrangères à sa finalité). Le législateur a fait de la société une institution à finalité très marquée, puisqu'il a imposé, *ad validitatem*, que le rappel de la finalité figure dans l'objet de cette entité.

En effet, l'article 1832 du Code civil apporte une réponse précise dans la mesure où il indique que la société est instituée « en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter »[805].

Aussi, la doctrine et la jurisprudence ont-elles admis sans difficultés l'existence d'abus ou de détournements de la personnalité morale[806].

187. Mais, comme l'objet de la personne morale et finalité de l'institution ne font qu'un, peut-on admettre qu'un détournement de l'objet de la personne morale constituera par là même un détournement d'institution ?

En fait, l'examen de la jurisprudence montre que, très souvent, le détournement d'institution de la société s'insère dans un montage plus élaboré, visant à commettre une fraude à la loi, et c'est donc par le biais des notions de fraude ou d'abus que le comportement malhonnête est sanctionné.

La fraude à la loi concerne soit le droit fiscal, soit le droit du travail.

---

[803] Cf. *supra*, p. 93.

[804] Le Code pénal précise par exemple (article 131-39, modifié par l'ordonnance 2009-80 du 22 janvier 2009), que lorsque la loi le prévoit, un crime ou un délit commis par une personne morale pourra être sanctionné par la dissolution de celle-ci, lorsque la personne morale a été "créée ou ... détournée de son objet pour commettre les faits incriminés.".

[805] V. Maurice COZIAN, Alain VIANDIER, Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 21ème éd. Litec, 2008, n°20 et s. , p. 9 et s., qui recensent trois finalités possibles pour la société (technique d'organisation du partenariat, de l'entreprise, du patrimoine).

[806] "Il y a abus de la personnalité morale lorsque la société créée est fictive ou frauduleuse." (Maurice COZIAN, Alain VIANDIER, Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 21ème éd. Litec, 2008, n°166, p. 81).

En droit fiscal l'administration dispose d'une « arme » privilégiée, la notion d'abus de droit[807].

Lorsque l'abus de droit prend la forme de la fraude à la loi[808], on peut dire que le processus ressemble en fait davantage à un détournement d'institution qu'à un abus de droit proprement dit.

En effet, la doctrine note que "la société créée est exempte de tout vice de fictivité et … fonctionne de façon parfaitement régulière."[809], ce qui est un des premiers critères du détournement d'institution[810].

Selon Monsieur COHEN[811], la jurisprudence exige, en outre, que l'administration fiscale établisse l'existence que le but poursuivi par les parties est *exclusivement* fiscal.

L'existence d'un tel but ne trahit-elle pas davantage un détournement d'institution qu'un abus de droit, d'un point de vue civil ?

En effet, pour les sujets ayant recours aux montages, le but n'est-il pas de frauder la loi, et plus spécialement la loi fiscale, en utilisant diverses institutions du droit des sociétés à cette fin (fusions, transformations de sociétés, apports d'actifs …) ?

La jurisprudence n'exige pas non plus, semble t'il, qu'un préjudice ait été causé, ce qui est un élément caractéristique de l'abus de droit[812]. En outre, comme en matière de détournement d'institution, l'existence d'un motif légitime à l'opération permet d'exclure la sanction du montage qui a été réalisé et sauve l'opération[813].

Tous les ingrédients du « détournement d'institution » sont donc présents, mais celui-ci poursuivant un but frauduleux, il n'est pas appréhendé en tant que tel par le Droit[814], la fraude absorbant le détournement.

188. Au titre des abus de la personnalité morale, un exemple d'abus de la personnalité morale a été relevé dans l'utilisation de l'institution de la société civile immobilière[815] par

---

[807] Cf. Daniel COHEN, *La légitimité des montages en droit des sociétés.* In *L'avenir du droit,* Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF,1999, p. 261, spéc. p. 268 et s.

[808] La doctrine distingue en effet l'abus de droit-simulation et l'abus de droit-fraude à la loi. Cf. Maurice COZIAN, Alain VIANDIER, Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 21ème éd. Litec, 2008, n°172 et 173, p. 84.

[809] Maurice COZIAN, Alain VIANDIER, Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 21ème éd. Litec, 2008, n°173, p. 84.

[810] Cf. infra, Titre II, régime juridique du détournement d'institution, p. 214 et s.

[811] Cf. Daniel COHEN, *La légitimité des montages en droit des sociétés.* In *L'avenir du droit,* Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF,1999, p. 261, spéc. p. 268 et s. Maurice COZIAN, Alain VIANDIER, Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 21ème éd. Litec, 2008, n°169 et s., p. 82 et s.

[812] Cf. *infra*, 2ème partie, p. 467 et s.

[813] Maurice COZIAN, Alain VIANDIER, Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 21ème éd. Litec, 2008, n°173, p. 84 : "Autrement dit, la société sera considérée comme légitime si, à côté des motifs fiscaux, les associés peuvent faire valoir des motifs d'une autre nature à condition qu'ils soient plausibles : motifs juridiques, financiers, familiaux, organisationnels …".

[814] Cf. *infra*, 2ème partie, p. 245 et s.

deux époux, faite dans le but d'organiser leur insolvabilité[816]. Dans une l'espèce, des époux avaient constitué deux sociétés civiles immobilières, dont ils étaient les seuls associés, auxquelles ils avaient apporté la nue-propriété d'immeubles dont ils étaient propriétaires. Le fisc avait exercé l'action paulienne, sur le fondement de l'article 1167 du Code civil, pour fraude aux droits des tiers. En outre, la société immobilière n'était pas utilisée conformément à sa finalité[817], puisqu'elle n'avait pour seul objet que de permettre l'organisation de l'insolvabilité des époux à l'égard du fisc …

189. Par ailleurs, certains auteurs[818] évoquent, en matière de groupe de sociétés, l'existence d'une pratique de « détournement d'affectation ». Le groupe étant défini comme "une unité de contrôle patrimonial destinée à assurer une unité de décision économique"[819], Messieurs CONTIN et HOVASSE citent une proposition visant à "fondre le patrimoine de chacune des sociétés en un patrimoine de groupe (qui) emporterait une compensation automatique des résultats. On peut légitimement redouter qu'une telle compensation ne masque la défaillance de certaines sociétés du groupe et n'en perpétue artificiellement l'existence."[820]. Et les auteurs[821] de déplorer "la tentation ... à laquelle succombent certains contrôlaires de prélever sur les moyens financiers d'une entreprise prospère pour les réintégrer dans une unité décadente. Des apports partiels d'actif sous-évalués, des prêts consentis à des taux dérisoires ou encore des cautionnements inconsidérés, peuvent ainsi amputer l'unité la plus dynamique des valeurs indispensables à sa croissance.".

190. La doctrine considère encore que certaines sanctions applicables aux dirigeants d'une entreprise en redressement ou liquidation judiciaire sont en réalité la sanction d'abus ou de détournements de la personnalité morale. Spécialement, la mise en redressement ou liquidation judiciaire des dirigeants de la personne morale, prévue par l'article 182 de la loi du

[815] Maurice COZIAN, Alain VIANDIER, Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 21ème éd. Litec, 2008, n°1168 et s., p. 518 et s.
[816] V. l'exemple cité par Maurice COZIAN, Alain VIANDIER, Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 21ème éd. Litec, 2008, n°170, p. 83. V. également, à propos du « couple infernal » SCI/société d'exploitation, n°157, p. 76.
[817] Pour Maurice COZIAN, elle a pour objet "la gestion d'un patrimoine privé" et est "une technique d'organisation du patrimoine". (Maurice COZIAN, Alain VIANDIER, Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 21ème éd. Litec, 2008, n°1167, p. 517).
[818] Raphaël CONTIN et Henri HOVASSE, *L'autonomie patrimoniale des sociétés. Réflexions sur les finalités d'une organisation juridique des groupes*, D. 1971, chron., p. 197 et s., spéc. n°16 et s., p. 201.
[819] Raphaël CONTIN et Henri HOVASSE, *L'autonomie patrimoniale des sociétés. Réflexions sur les finalités d'une organisation juridique des groupes*, D. 1971, chron., p. 197 et s., spéc. n°3, p. 197.
[820] Raphaël CONTIN et Henri HOVASSE, *L'autonomie patrimoniale des sociétés. Réflexions sur les finalités d'une organisation juridique des groupes*, D. 1971, chron., p. 197 et s., spéc. n°17, p. 201.
[821] Raphaël CONTIN et Henri HOVASSE, *L'autonomie patrimoniale des sociétés. Réflexions sur les finalités d'une organisation juridique des groupes*, D. 1971, chron., p. 197 et s., spéc. n°17, p. 201.

25 janvier 1985 (devenu article L 652-1 du Code de commerce[822]), qui réalise une extension de procédure, “a pour objet de sanctionner un détournement abusif de la personnalité morale, alors que le prononcé de la faillite personnelle ou de son substitut, l’interdiction de gérer vise à sanctionner des actes frauduleux ”[823].

191. La notion d’unité économique et sociale[824], « créée » par la jurisprudence afin de lutter contre les fraudes[825] au droit du travail, est encore une illustration du phénomène du détournement de l’institution de la société, poursuivant un but frauduleux. Le droit du travail impose en effet aux employeurs d’instaurer au sein de leurs entreprises une représentation du personnel et une représentation syndicale, au-delà d’un certain nombre de salariés[826]. Afin d’échapper à de telles obligations légales, certains employeurs ont eu l’idée d’utiliser l’institution de la société, afin de diviser leur entreprise en plusieurs unités juridiquement distinctes, en créant plusieurs sociétés commerciales[827].

L’arrêt qui fait autorité dans ce domaine est une décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 23 février 1970.[828]

---

[822] Loi 2005-845 du 26 juillet 2005. Devenu article L 651-2, ordonnance 2008-1345 du 18 décembre 2008.

[823] Charley HANNOUN, *Redressement et liquidation judiciaires, Dirigeants sociaux, Sanctions personnelles*, Jurisclasseur commercial, fasc. 2910, 1997, n°6, p. 3.

[824] Cf. Jean SAVATIER, *L’unité économique et sociale entre personnes morales juridiquement distinctes*, Droit social, janvier 1986, p. 11 et s.

[825] Jean SAVATIER minimise le rôle de la fraude en matière d’unité économique et sociale : “bien que l’existence d’une unité économique et sociale ne soit aucunement liée à une volonté de fraude à la législation sociale de la part des dirigeants des sociétés en cause, la constatation de l’intention frauduleuse, ayant conduit à masquer la réalité d’une entreprise unique par la création de plusieurs sociétés destinées à éviter la mise en place d’institutions représentatives, dispense le juge d’avoir à préciser les critères de l’unité économique et sociale.”. V. Soc. 29 avril 1985, cité en annexe : “que les dirigeants communs s’efforçaient de mettre en place des formules dont le but était de diminuer les effectifs et d’empêcher la constitution d’une délégation du personnel ; qu’ayant ainsi caractérisé la fraude par le fait de laquelle des entreprises juridiquement distinctes n’étaient que des fictions destinées à masquer la réalité d’une entreprise unique il (le tribunal) n’était pas tenu de caractériser chacun des éléments constitutifs de celle-ci.” (*L’unité économique et sociale entre personnes morales juridiquement distinctes*, Droit social, janvier 1986, p. 11).

[826] Sur ces questions, cf. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, p. 1035 et s. (liberté syndicale), p. 1085 et s. (institutions représentatives des salariés dans l’entreprise).

[827] Rappelant l’évolution jurisprudentielle intervenue dans ce domaine, Messieurs PELISSIER, SUPIOT et JEAMMAUD précisent que “Ce sont d’abord les juridictions répressives qui ont refusé de tenir compte de la « façade juridique », dissimulant la continuité d’une même entreprise. En créant et en juxtaposant plusieurs sociétés commerciales n’ayant pas d’activités spécialisées propres, un employeur tourne les dispositions impératives du droit du travail par le moyen de la division artificielle du corps électoral ... Pour faire échec à cette fraude, les juges répressifs décident que les sociétés, tout en ayant une existence juridique propre, ne constituent pas, au regard du droit du travail, des entreprises distinctes” (Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°874, p. 1114 et s.).
Le commentaire appelle d’emblée une précision, qui permet d’écarter en l’espèce la notion de simulation, en ce sens que les sociétés ainsi créées ont une « existence juridique propre », une existence réelle, mais elles ne sont qu’un moyen au service d’une fraude à la loi.

[828] D. 1970, 444 ; JCP 1972, II, 17046 ; Grands Arrêts, n°64.

Dans cette affaire, une société SUTRAM, ayant pour gérant un certain Auguste Herriau, était chargée des activités industrielles d'une société Ets Herriau et Cie, dont Auguste Herriau était président directeur général et son frère Paul directeur commercial. Une nouvelle société avait été créée, dénommée COFRAMO, avec pour gérant Paul Herriau, qui s'était vu transférer la presque totalité des salariés de l'entreprise, à l'exception de deux salariés délégués du personnel et membres du comité d'entreprise, qui étaient restés rattachés à la société SUTRAM. La société SUTRAM avait cessé son activité l'année suivante et les deux salariés avaient été licenciés. Ces derniers avaient alors poursuivi les consorts Herriau pour entrave à la libre désignation des délégués du personnel et du comité d'entreprise. En appel, la Cour avait relaxé les prévenus, en raison du pouvoir de l'employeur de transformer ou réorganiser son entreprise[829].

Il n'est pourtant pas douteux que l'institution de la société n'était pas, dans de telles hypothèses, utilisée conformément à sa finalité, dans la mesure où le seul but qui avait présidé à la création de la société, était de dissocier juridiquement en plusieurs structures une entreprise, et non pas de chercher à s'associer en vue de réaliser des bénéfices, ce qui est le but « normal » de la création d'un tel type de personnes morales. Mais le détournement d'institution qui a été réalisé ce faisant n'a pas été pris en compte en tant que tel, car il n'a été que le moyen de réaliser une fraude à la loi, et les juges ont choisi de se placer au niveau de la fraude accomplie, afin de sanctionner les employeurs peu scrupuleux[830].

Le souci du juge est, dans de telles hypothèses, d'éviter que les "dispositions applicables à la mise en place d'institutions représentatives du personnel ne restent "*lettre morte*" et les réformes sociales dont ils sont chargés, à l'état d'enveloppe vide, si le principe de

---

[829] La Cour de cassation censure les juges du fond, en estimant que "s'il résulte des motifs de l'arrêt que les Sociétés Etabl. Herriau et Cie, SUTRAM et COFRAMO ont eu une existence juridique propre, il n'y est pas démontré que ces personnes morales aient constitué, au regard du droit du travail, des entreprises distinctes ; qu'à supposer même que la création de la dernière de ces sociétés ait été juridiquement régulière et économiquement justifiée, il incombait à la cour d'appel de rechercher si elle n'avait pas été utilisée pour faire échec à la loi, ainsi que, d'après les propres constatations de l'arrêt, l'affirmait l'inspecteur du travail, disant avoir été lui-même induit en erreur et ne s'être aperçu qu'après coup d'une violation de la loi, insidieusement réalisée par la combinaison d'actes juridiques dont chacun pouvait paraître isolément admissible ; qu'ainsi, faute d'avoir apporté sur ce point une réponse aux conclusions de la partie civile, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision.".

[830] Et c'est la raison pour laquelle "Cette manœuvre – cette fraude à la loi- ne doit pas produire les effets escomptés par le fraudeur" (Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°874, p. 1114). Il faut empêcher que la manœuvre aboutisse, rendre le moyen employé inefficace et par voie de conséquence faire échec à la fraude. Monsieur DESPAX approuve le recours à l'adage « *fraus omnia corrumpit* » : "La création d'une société nouvelle, dans le cadre d'un groupe, fût-elle réelle et puisant sa justification dans des considérations commerciales ou comptables, peut être considérée comme *frauduleuse* si le *motif déterminant* de cette création a été la volonté de *faire échec* à la mise en place des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise ou d'entraver leur fonctionnement.". (Michel DESPAX, *Groupe de sociétés et institutions représentatives du personnel*, JCP 1972, I, 2465. Egalement, sur les mutations frauduleuses au sein d'autres sociétés du groupe, v. n°19 et 20).

l'*indépendance juridique des sociétés* membres du groupe conduit à méconnaître *l'existence du groupe* et son unité profonde."[831].

Rapidement cependant, la notion de fraude a été abandonnée[832], au profit de celle d'unité économique et sociale, dont les critères ont été précisés par la jurisprudence[833].

Ce faisant, les juges ont fait preuve d'une initiative assez remarquable, car ainsi que le font observer Messieurs PELISSIER, SUPIOT et JEAMMAUD[834], "L'audace de cette construction d'origine jurisprudentielle est son indifférence à la personnalité morale de chacune des entités ainsi réunies en une unité.".

192. Trop fréquemment encore, les détournements d'institution commis en droit des sociétés poursuivent un but frauduleux, consistant à chercher à éluder les dispositions jugées trop contraignantes du droit du travail[835].

Un exemple intéressant s'évince d'un arrêt de la Cour de cassation du 8 novembre 2005[836], dans lequel une SARL avait été créée uniquement afin de masquer le véritable employeur des salariés : des personnes travaillaient au sein de la SARL, en affirmant se livrer à une activité bénévole, en qualité d'associés. En réalité ces personnes étaient rémunérées par un commissionnement résultant d'une convention de mandat entre une société CAP 3 P et la SARL. Or, selon la convention, le mandataire n'était pas propriétaire du fonds de commerce, du stock, des lieux et ne pouvait vendre que les produits fournis ou agréés par le mandant ; la

---

[831] Michel DESPAX, *Groupe de sociétés et institutions représentatives du personnel*, JCP 1972, I, 2465.

[832] L'abandon du critère de la fraude peut certainement tenir au fait que l'existence de structures juridiquement distinctes au sein d'une même « entreprise » ne s'explique pas toujours par un but frauduleux ; la notion d'unité économique et sociale permettant alors d'étendre à de telles structures les règles applicables en matière de constitution de comités d'entreprises ou de représentation du personnel. L'objectif n'est plus alors de sanctionner les comportements indélicats mais de permettre à la loi d'avoir le champ d'application le plus large possible. V. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 20ème éd., 2000, n°597, p. 619, note 3, qui relèvent que "le tournant est pris dans les arrêts rendus le 19 décembre 1972 : Soc. 19 déc. 1972, D. 1973, 381, note Michel DESPAX. Cette formule n'est pas reprise dans l'édition 2008 de l'ouvrage, cf. n°874, p. 1115.".

[833] "- sur le plan économique (et surtout pour la constitution d'un comité commun) on s'attachera à la communauté de direction (dirigeants communs, administrateurs, commissaires aux comptes communs), de moyens (comptabilité, informatique, locaux communs), d'intérêts (absence de concurrence, participations financières, échanges techniques), d'activité (objet social très proche, activités éventuellement diverses mais complémentaires) ;

- sur le plan social, (principalement pour les délégués syndicaux et du personnel), permutabilité du personnel, identité de statut social collectif, des conditions de travail (accord de participation unique, bilan social unique), gestion du personnel unifiée. L'ensemble attestant qu'il existe une communauté de personnel, une collectivité de travail.". (Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°874, p. 1115).

[834] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°874, p. 1117. De telles innovations ont apporté et apportent des arguments à ceux qui pensent que la jurisprudence est une source du droit.

[835] Gérard LYON-CAEN, dans un article intitulé "Plasticité du capital et nouvelles formes d'emploi" dénonce "les procédés du Droit des sociétés qui seront employés pour brouiller les pistes : la *filialisation*, les prises de *contrôle*, la constitution de *groupes* de façon plus ou moins visible (souvent à l'insu des salariés)". (Droit social, Septembre-Octobre 1980, spéc n°3 et 8 et s.).

[836] Crim. 8 novembre 2005, www.legifrance.gouv.fr, n°05-80.778.

convention pouvait être résiliée par le mandant, en cas de désaccord sur les modes de vente et les prix pratiqués ou les horaires d'ouverture du magasin. La SARL ne possédait aucun actif corporel, ni incorporel, le fonds de commerce n'étant cessible qu'avec l'agrément du mandant. La Cour d'appel avait constaté que la SARL "n'avait en réalité pour objet que d'assurer dans les locaux et le fonds de commerce de la société CAP 3 P l'accomplissement pour un montant forfaitaire du travail salarié nécessité par l'exploitation du point de vente de cette société, ledit travail étant réalisé sous l'autorité de la société CAP 3 P par l'effet des directives administratives et commerciales nombreuses résultant directement ou indirectement de la convention de mandat, le mandataire ne jouant que le rôle d'une structure d'encadrement interne à l'entreprise et recevant pour cela une rémunération globale assimilable à un salaire par commissionnement ; qu'il s'ensuit que l'activité de la société Sopreser Bernard apparaît ainsi comme n'ayant pas été une véritable activité commerciale indépendante mais comme ayant consisté en l'accomplissement, sous cette forme sociale fictive, des tâches salariales, par leurs modalités d'exécution subordonnée et par leur intégration aux structures de l'entreprise, inhérentes à l'exploitation par la Société CAP 3 P de son établissement d'Auxerre."[837].

En l'espèce, la SARL n'était en réalité qu'une coquille vide, destinée uniquement à éluder les dispositions impératives du Code du travail relatives à l'embauche et à la déclaration de salariés, évitant par là au véritable employeur d'avoir à assumer les conséquences sociales et fiscales liées à l'emploi de salariés, et lui permettant de la sorte de réaliser de substantielles économies …

La société créée dans un tel but est bien détournée de son objet car elle n'a pour seul but que de servir d'instrument du montage permettant la fraude, mais pas de mettre en commun des moyens afin de réaliser des bénéfices.

193. Un dernier exemple concerne les attraits du statut de salarié, qui expliquent la tentation à laquelle certains sujets peuvent céder à l'occasion de la création de sociétés : "on peut parler à juste titre d'une « dérive sociétaire » conduisant les créateurs d'entreprise à préférer la constitution en S.A.R.L. ou en S.A. y compris fictivement pour s'assurer les avantages du salariat grâce à la participation de leur famille ou de leurs amis. Ces montages peuvent avoir du mal à occulter totalement les réalités, notamment à l'encontre d'organismes tiers comme l'assurance chômage. Et parfois la confusion est poussée jusqu'à son comble : ainsi dans le

[837] La Cour d'appel a condamné le dirigeant de la société à 9000 € d'amende, et la société CAP 3 P à 3000 € d'amende, pour exécution d'un travail dissimulé, en application des dispositions des articles L 324-9 et L 324-10 du Code du travail et L 121-1 du même Code.
Sur pourvoi, la Cour de cassation confirme la décision entreprise, en se retranchant derrière le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (décision précitée).

détachement international, le cadre d'une société mère ira diriger une filiale à l'étranger ... en qualité de mandataire et sans que nécessairement le contrat de travail disparaisse ce qui évite le piège du mandat social révocable ad nutum. Au-delà, il peut se faire attribuer une promesse de cessions de parts afin d'utiliser successivement les outils du droit du travail et du droit des sociétés, ce qui est licite en l'absence de fraude[838]. La protection maximale est alors établie à partir d'une interdépendance des contrats de travail et des cessions d'actions."[839].

194. Si le détournement d'institution peut être relevé en droit des sociétés, ce n'est qu'à titre de moyen de réalisation d'une fraude à la loi[840], que l'institution utilisée soit celle de la société, ou qu'il s'agisse d'autres institutions du droit des sociétés (par exemple cession entre actionnaires[841], fusion de sociétés[842]). Très souvent, en effet, la doctrine constate "la décomposition d'une opération globale en opérations successives mais très rapprochées, destinées à la masquer et à la faire éclater afin d'éviter la règle normalement applicable."[843].
Les détournements opérés en droit de sociétés s'insèrent dans des montages[844] et poursuivent alors un but frauduleux, lié à l'éviction des règles du droit des sociétés, du droit fiscal ou du droit du travail.
Spécialement, le droit du travail, qui a permis l'émergence de la notion de détournement d'institution, se montre toujours une mine de cas qui peuvent être analysés comme tels, ce qui illustre certainement, une fois encore, le phénomène de "l'intégration du droit du travail dans le système juridique d'ensemble"[845] ?

---

[838] M.A MOREAU, note sous Cass. Soc. 30 juin 1993 Rev. crit DIP 1994, p. 323 et s, spéc. p. 326.
[839] A. ARSEGUEL et P. ISOUX, *Les nouvelles frontières entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise.* In Les collaborateurs de l'entreprise : salariés ou prestataires de service ? Travaux de l'Institut de Droit des Affaires. PU Aix-Marseille III, 1995, p. 9 et s., spéc. p. 18.
[840] Cf. infra, 2ème partie, p. 436 et s. Daniel COHEN constate que "le bon conseil serait alors celui qui permet de détourner la règle au profit de son client, de trouver les failles dans la législation, d'en contourner son esprit sans entraver sa lettre." (Daniel COHEN, *La légitimité des montages en droit des sociétés.* In *L'avenir du droit,* Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF,1999, p. 261, spéc. p. 272). Pour Maurice COZIAN, "il faut désacraliser la société ; elle n'est qu'un outil et non un instrument religieux." (Maurice COZIAN, Alain VIANDIER, Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 14ème éd. Litec, 2001, n°208, p. 80.
[841] V. Daniel COHEN, *La légitimité des montages en droit des sociétés, précité,* p. 261, spéc. p. 263, qui décrit le montage juridique sanctionné par la jurisprudence dans une affaire de fraude à la clause d'agrément : "les parties au montage avaient ainsi scindé leur opération globale en deux opérations juridiques distinctes, qui prises séparément étaient valables (cession entre actionnaires non soumises à la clause d'agrément ; cession de contrôle du cessionnaire interposé non visée par ladite clause), mais qui, regroupées du point de vue de leur finalité et de la commune intention des parties, révélaient en réalité un montage frauduleux.".
[842] Lorsque des fusions de sociétés ont été effectuées dans le seul intérêt personnel du dirigeant de la société majoritaire, ou dans le but de se libérer d'un engagement de caution, la doctrine a noté que "l'opération de fusion était clairement détournée de sa fin" (Daniel COHEN, *La légitimité des montages en droit des sociétés.* In *L'avenir du droit,* Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF,1999, p. 261, spéc. p. 267.
[843] Daniel COHEN, *La légitimité des montages en droit des sociétés, précité* p. 261, spéc. p. 270.
[844] V. Daniel COHEN, *La légitimité des montages en droit des sociétés.* In *L'avenir du droit,* Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF,1999, p. 261.
[845] Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°40, p. 86.

3)- En droit du travail

195. La matière du droit du travail laisse essentiellement apparaître des comportements traduisant soit des fraudes à la loi[846], soit des détournements de pouvoir ou de procédure[847].
Les détournements d'institution susceptibles d'être relevés se situent essentiellement à plusieurs niveaux de l'institution « phare » du Code du travail : le contrat de travail.
D'abord au moment de l'embauche, où la mise en œuvre de certaines règles peut être mise à mal par la pratique (a). Ensuite, en cours de contrat, où des détournements sont toujours possibles (b), et enfin à l'issue du contrat, moment propice par excellence aux mauvais coups en tous genres (c).

a)- Le détournement d'institution à la naissance du contrat de travail

196. Afin de lutter contre le chômage, notamment chez les jeunes, le législateur met régulièrement en place diverses mesures incitatives à l'embauche de jeunes salariés. Ces mesures avaient pris en particulier il y a quelques années, la forme de stages combinant formation et activité salariée (pactes pour l'emploi ; stages d'orientation, d'insertion et de qualification ; stages d'initiation à la vie professionnelle[848]. Or, la pratique a permis de constater "de nombreux abus (recours à ces stages pour pourvoir à bon compte de véritables emplois)"[849].
Le recours par des employeurs peu scrupuleux, au système des stages plutôt qu'à la conclusion de véritables contrats de travail[850], renvoie davantage à l'idée de détournement d'institution qu'à l'idée d'abus de droit.
Les stages peuvent sans difficultés recevoir la qualification d'institution juridique (articles L 980-1 et L 982-1 du Code du travail) : "Le régime du stagiaire se distingue, et du régime des élèves ou étudiants – et du régime des salariés (encore que le stagiaire travaille) – et de celui

---

[846] V. par ex. G. LYON-CAEN, *La fraude à la loi en matière de licenciement*, Lég. social 1981, n°96, p. 34.
[847] V. not. la jurisprudence sur le détournement du pouvoir de direction de l'employeur.
[848] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°216, p. 303. V. note H. BLAISE au JCP 1990, II, 21445. Jean-Christophe SCIBERRAS, *Le stagiaire dans l'œil du cyclone*, Droit social, décembre 1988, p. 795 et s.
[849] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°216, p. 303.
[850] La jurisprudence a estimé que ces conventions de stage n'étaient pas des contrats de travail. Cf. P. FIESCHI-VIVET, D. 1989, somm. Comm., p. 203/204.

des demandeurs d'emploi (bien que le stagiaire soit plus ou moins un chômeur)."[851]. Plusieurs règles en déterminent les conditions d'existence, le régime juridique, ainsi que les effets[852].

197. L'utilisation des contrats de stage à des fins autres que celles prévues par la loi[853] (qualification, initiation à la vie professionnelle), mérite de recevoir l'appellation de détournement d'institution. Henry BLAISE[854] le laisse entendre, lorsqu'il rappelle que "le contrat de S.I.V.P. crée au profit du stagiaire une véritable *créance de formation*, dont l'entreprise est débitrice. Le travail demandé au stagiaire ne doit être qu'un moyen, au service d'une finalité qui est celle de préparer son insertion professionnelle. Dans ce but, l'entreprise d'accueil devra désigner un tuteur, qui guidera le stagiaire et sera, d'autre part, l'interlocuteur principal de l'organisme chargé du suivi du stage. C'est par le respect de cet objet du contrat et dans cette mesure seulement, que le S.I.V.P. peut échapper à la qualification de travail salarié." [855].

Un auteur[856] montre, exemples jurisprudentiels à l'appui, qu'il existe plusieurs éléments qui, en pratique, faciliteront la mise en lumière de détournements d'institution. Ainsi seront révélateurs du détournement de l'objet du stage "l'occupation d'un véritable poste ou emploi dans l'entreprise", "l'inexécution par l'employeur de son obligation de formation", "l'organisation du travail" ou les motifs de la rupture du contrat invoqués par l'employeur.

---

[851] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°216, p. 303. Françoise FAVENNEC-HERY, *S.I.V.P. et déclin du contrat de travail*, Droit social, juin 1988, p. 511 et s., spéc. p. 516.

[852] Jean-Christophe SCIBERRAS, *Le stagiaire dans l'œil du cyclone*, Droit social, décembre 1988, p. 795 et s.

[853] "les stages d'initiation à la vie professionnelle (S.I.V.P.) ont pour but de proposer aux jeunes de seize à vint-cinq ans une découverte du travail en entreprise, en attendant leur accès direct à l'emploi.". Obs. P. FIESCHI-VIVET D. 1989, somm. P. 203. L'auteur précise que le législateur est venu préciser en 1989 l'objet des S.I.V.P. : "permettre aux jeunes de découvrir la vie de l'entreprise, de développer leur aptitude de travail et, en conséquence, de concourir à leur orientation pour leur permettre de trouver le plus tôt possible leur place dans un processus de qualification ou un emploi.".

[854] JCP 1990, II, 21445, note Henry BLAISE.

[855] La même idée se retrouve sous la plume de P. FIESCHI-VIVET, qui explique que "La requalification en contrat de travail n'est pour autant pas exclue, dans la mesure où la formule serait détournée de ses objectifs.". L'auteur indique par ailleurs que "la démonstration du détournement du but du S.I.V.P. doit, par la force des choses, se cantonner aux cas les plus extrêmes ... ou les plus évidents.". (D. 1989, somm. p. 203, spéc. p. 204). V. Françoise FAVENNEC-HERY, *S.I.V.P. et déclin du contrat de travail*, Droit social, juin 1988, p. 511 et s., spéc. p. 517. Philippe ENCLOS, *La requalification judiciaire de stages d'initiation à la vie professionnelle*, Droit social, juin 1991, p. 500 et s., spéc. p. 503.

[856] *La requalification judiciaire de stages d'initiation à la vie professionnelle*, Droit social, juin 1991, p. 500 et s., spéc. p. 501. Pour P. FIESCHI-VIVET, la "référence à la période de formation est en revanche primordiale. Sans formation, il n'y a pas de S.I.V.P. Cette exigence paraît bien négligée en pratique" (D. 1989, somm. p. 203, spéc. p. 204) ; et de façon très claire, Madame FAVENNEC-HERY, rappelle que "si l'adoption d'un certain type de convention rend inopérants les critères classiques du contrat de travail, la forme adoptée ne doit cependant pas permettre un détournement de l'objet du contrat. Le but des stages est la formation, le travail accompli n'est qu'un moyen tendant vers cette fin." (Françoise FAVENNEC-HERY, *S.I.V.P. et déclin du contrat de travail*, Droit social, juin 1988, p. 511 et s., spéc. p. 511).

La jurisprudence offre en effet quelques exemples révélateurs, et les qualifications qui sont parfois proposées par les magistrats, à l'appui des sanctions prononcées, suggèrent fortement l'idée du détournement d'institution[857].

Une première décision significative résulte d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 8 novembre 1989[858], qui a rejeté un pourvoi, formé contre une décision de Cour d'appel ayant refusé de requalifier un stage d'initiation à la vie professionnelle en contrat de travail, aux motifs qu'« appréciant les éléments de fait qui leur étaient soumis, les juges du fond ont estimé qu'il n'était pas établi que la participation de Melle Yven aux travaux de l'entreprise, nécessaires au stage d'initiation, avait été détournée de son objet ».

Dans une autre affaire, l'embauche de stagiaires, sous forme de contrats SIVP, qui avaient été affectés à des postes de salariés licenciés, est requalifiée en contrat de travail par la Cour de cassation, dans une décision du 17 janvier 1990[859].

La doctrine rapporte des décisions rendues par les juges du fond, dans lesquelles le détournement du but du stage a été établi[860] : une décision de la Cour d'appel de Rennes, du 10 septembre 1987[861] avait permis de relever un "cas typique où le contrat de S.I.V.P. aboutissait à procurer, aux moindres frais (à l'époque, rappelons-le, 27 % du S.M.I.C. et de plus sans charges sociales !), les services à temps plein d'un véritable employé."[862]. Plus précisément, la Cour considère que « si une convention de stage d'initiation à la vie professionnelle SIVP n'est pas en principe un contrat de travail dans la mesure où son objet

---

[857] Curieusement, les auteurs commentant la jurisprudence rendue dans ce domaine (cf. infra) évoquent le détournement de l'objet ou du but du contrat, mais aucun n'ose aller plus loin et évoquer la notion d'institution juridique, et par voie de conséquence le détournement d'institution. Il est vrai que la notion de détournement d'institution était encore dans les années 1987 à 1989 à ses balbutiements en jurisprudence. Seul peut-être s'en approche J. C SCIBERRAS, qui, dans un article intitulé *Le stagiaire dans l'œil du cyclone* (Droit social décembre 1988, p. 795 et s., spéc. p. 797), affirme qu'il faut bien constater que la dénonciation de la fiction du stage n'a ni infléchi le recours à cette forme de travail, ni empêché y compris par des stratégies judiciaires, les dérapages dans l'utilisation détournée des stages.

[858] JCP 1990, II, 21445, note Henry BLAISE.

[859] Monsieur BLAISE (note au JCP 1990, II, 21445) fait observer que "La Haute Juridiction va même très loin, en ce qui concerne la possibilité de requalifier le contrat, puisqu'elle reconnaît ce pouvoir à la juridiction des référés ...". Henry BLAISE rappelle que "la distinction entre stage et travail salarié paraît donc justifiée, mais à condition que l'objet du contrat soit entre les deux cas bien différencié. L'expérience a prouvé qu'un glissement était à craindre et les abus ont été fréquents. La tentation est grande pour l'entreprise de se procurer une main-d'œuvre à bon marché, puisqu'elle n'est tenue de verser au stagiaire qu'une indemnité égale à 26 % ou 36 % du S.M.I.C., selon l'âge de ce stagiaire ... Mais à l'inverse, il ne faut pas que l'on arrive, avec cette charge financière limitée, à faire tenir par le stagiaire un véritable emploi qui justifierait la présence d'un salarié.". Sur la requalification, v. article 12 du Code de procédure civile et *infra*, sanctions du détournement d'institution, p. 240 et s.

[860] JCP 1990, II, 21445, note Henry BLAISE. Françoise FAVENNEC-HERY, *S.I.V.P. et déclin du contrat de travail*, Droit social, juin 1988, p. 511 et s., spéc. p. 516.

[861] Droit ouvrier, août 1988, p. 348.

[862] JCP 1990, II, 21445, note Henry BLAISE : Selon le commentateur, la Cour "releva le détournement de but, ce qui conduisait à considérer que la convention de S.I.V.P. dissimulait la réalité d'un véritable contrat de travail.". Françoise FAVENNEC-HERY, *S.I.V.P. et déclin du contrat de travail*, Droit social, juin 1988, p. 511 et s., spéc. p. 512 et 516. Madame FAVENNEC-HERY relève en l'espèce que "L'objectif poursuivi par l'entreprise concernée ne répondait pas, à l'évidence, aux finalités du SIVP.".

n'est pas en réalité la fourniture de ce dernier, et demeure le concours à l'orientation de l'initié par la découverte de la vie en entreprise et par le révélé de ses aptitudes personnelles au travail qui y est fait, elle peut le devenir notamment par le détournement de son véritable but. »[863].

La Cour de cassation a aussi rendu plusieurs décisions concernant des « détournements d'institution du stage », dont certaines sont très significatives de l'idée qui guide la Cour pour sanctionner les détournements commis. Ainsi, dans un arrêt du 11 octobre 1990[864], la chambre sociale rappelle, de façon solennelle que "si le contrat de stage d'initiation à la vie professionnelle conclu ... entre l'organisme de formation ou de suivi conventionné, l'entreprise d'accueil et le jeune n'est pas un contrat de travail, la volonté des parties est impuissante à les soustraire au statut social qui découle des conditions d'accomplissement des tâches par le jeune dans l'entreprise ...".

198. Si la notion de « détournement d'institution » n'apparaît pas dans les arrêts de la Cour de cassation, en revanche un arrêt de Cour d'appel, cité par Philippe ENCLOS dans un article consacré à « la requalification judiciaire de stages d'initiation à la vie professionnelle »[865], fait état, selon l'auteur, de « détournement d'institution ». La Cour d'appel de Douai, en effet, dans une décision rendue le 30 août 1988, estime qu'en l'espèce "Il y a eu détournement de l'institution et le contrat doit être requalifié en contrat de travail à durée déterminée.". Monsieur ENCLOS[866] donne quelques précisions sur cette affaire : "Ecrivant à l'organisme de suivi pour expliquer la rupture du stage, l'employeur indique : « Les raisons effectives en sont essentiellement les horaires de la profession ; ils sont imprévisibles et dépendant de la clientèle et ne correspondent donc absolument pas pour une employée en contrat SIVP ». La Cour en conclut que pour l'employeur il y a incompatibilité entre le travail qu'il impose dans

---

[863] Madame FAVENNEC-HERY précise que "L'obligation de l'entreprise est de mettre le stagiaire dans les conditions d'un travail effectif sans exiger de lui une prestation véritable et sans être tenue au paiement d'un salaire. Il faut alors distinguer le moyen qu'est le travail et la finalité qu'est la formation du cocontractant. C'est le détournement du but du contrat qui révèle une modification de son objet et entraîne une requalification du contrat par le juge.". (Françoise FAVENNEC-HERY, *S.I.V.P. et déclin du contrat de travail*, Droit social, juin 1988, p. 511 et s., spéc. p. 516).

[864] Bull. civ., V, n°473, p. 286. JCP 1991, éd. E., n°104, note H. BLAISE. JCP 1991, II, 21700. L'arrêt d'appel est cassé pour manque de base légale, car les juges du fond auraient du rechercher "si le stagiaire n'avait pas en réalité travaillé à temps complet sous la subordination de la société et s'il n'avait pas, de ce fait, été mis dans l'impossibilité de bénéficier de la formation en alternance ...". Monsieur BLAISE estime que "La position de la chambre sociale est donc particulièrement nette. A partir du moment où le stagiaire est employé à temps plein, comme le serait un salarié, on est en présence d'un contrat de travail ... Autrement dit le détournement de l'objet du contrat par l'entreprise, au stade des conditions d'exécution, transforme le stage en relation de travail, soumise aux règles ordinaires ...". V. également, Soc. 27 octobre 1993, Droit social 1993, p. 960.

[865] *La requalification judiciaire de stages d'initiation à la vie professionnelle*, Droit social, juin 1991, p. 500 et s., spéc. p. 508.

[866] *La requalification judiciaire de stages d'initiation à la vie professionnelle*, Droit social, juin 1991, p. 500 et s., spéc. p. 506.

son auberge et le stage SIVP ; elle continue ainsi : « Or, il n'est pas contestable que l'intéressée s'est soumise dans le passé aux conditions de travail imposées, et ce n'est que lorsque le mari est venu protester que l'employeur s'est avisé que Mme M., qu'il qualifie d'employée, n'était finalement qu'une stagiaire ».".

Même si cette décision est restée isolée, en ce qu'elle précise que le détournement d'objet du contrat de S.I.V.P. est un détournement d'institution, elle a néanmoins le mérite d'affirmer haut et fort que l'utilisation des contrats S.I.V.P. à des fins autres que celles prévues par la loi s'analyse en un détournement d'institution.

199. Des détournements d'institution ont également été relevés en ce qui concerne le recours des employeurs à des sociétés d'intérim, pour l'embauche de leur personnel.

Ainsi, Gérard LYON-CAEN[867] explique "La législation conçue à l'origine pour remplacer les travailleurs absents et pour offrir une chance à des travailleurs ne cherchant pas un emploi régulier – a été utilisée par les entreprises pour obtenir une plus grande souplesse dans la gestion du personnel et des emplois d'intérimaires sont couramment proposés aux demandeurs d'emploi cherchant un emploi durable. Il y a eu *détournement de législation.*".

Là encore, il semble que le détournement d'institution ne soit que le moyen de commettre une fraude à la loi[868].

200. Certains auteurs ont encore trouvé des illustrations du phénomène du détournement d'institution à propos de la période d'essai, qui est souvent stipulée en pratique lors de la conclusion d'un contrat de travail. "La période d'essai est une période probatoire se situant au commencement de l'exécution du contrat de travail. L'employeur et le salarié peuvent ainsi, à l'expérience, apprécier si le contrat leur convient ... La loi n'y consacre pourtant que des

---

[867] *Plasticité du capital et nouvelles formes d'emploi*, Droit social, septembre-octobre 1980, spéc n°8 et s., n°11 et n°16. Pour cet auteur, le travail temporaire "risque de déborder son rôle d'appoint et d'adaptation d'une main-d'œuvre périphérique aux nécessités économiques, pour devenir un moyen de précariser une partie de la population active, et ainsi de tourner la législation du travail protectrice qui lui était jusqu'ici applicable.".

[868] Gérard LYON-CAEN explique "la fraude à la loi caractérise la pratique. « *Des tâches non durables* » sont devenues *des tâches quelconques*. Grâce à cette main-d'œuvre mobile, sans avantages sociaux, conventionnels ou statutaires – bon marché (les calculs ont été faits et sont certains), les entreprises diminuent le nombre de leurs salariés titulaires. La Cour de cassation cherche à faire échec à de telles fraudes. S'attachant au principe fondamental selon lequel le travail temporaire ne peut être utilisé que pour des tâches non durables, elle exclut du champ d'application de la loi de 1972 un contrat conclu entre une ETT et un ST, qu'elle requalifie en contrat à durée indéterminée de *droit commun* (Cass. Soc. 15 févr. 1978).".

Dans cette affaire, la Cour requalifie, non pas sur le fondement de la fraude, mais en observant qu'en l'espèce, l'employeur n'avait pas respecté les dispositions de la loi de 1972, prescrivant une autorisation administrative pour le renouvellement du contrat d'intérim. La Cour en a alors déduit fort justement que « Faute d'avoir observé la loi de 1972, l'entreprise de travail temporaire s'est placée hors de son champ d'application » (*Plasticité du capital et nouvelles formes d'emploi*, Droit social, septembre-octobre 1980, spéc. n°8 et s., n°16, spéc. n°11).

dispositions ponctuelles ou fragmentaires : la seule disposition de portée générale est exclusivement négative (art. L 122-4, al. 2, C. trav. [869])"[870].

La finalité de l'essai "est exclusivement de permettre à l'employeur d'« *apprécier les capacités* » du salarié"[871].

Mais, à côté des essais se produisant au début de la période de travail, des pratiques se sont développées visant à prévoir des périodes d'essai pour des salariés affectés à de nouvelles fonctions[872].

La doctrine cite, à titre d'illustration, un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 2 février 1994[873].

Dans cette affaire, la Cour de cassation avait cassé une décision de cour d'appel, pour manque de base légale, "alors qu'elle avait relevé l'existence d'une confusion des directions des sociétés SEDEC et RRR qui expliquait qu'après la signature du contrat conclu avec la société RRR, le salarié avait, pendant un temps, continué à fournir son activité au sein de la société SEDEC". Elle lui reproche de ne pas avoir recherché "ainsi qu'elle y était invitée par les conclusions du salarié, si la succession des deux contrats de travail ne visait pas à détourner la période d'essai de son objet".

Un premier élément ne suscite pas de réelles difficultés : lorsque le renouvellement de la période d'essai intervient alors que les conditions d'exécution du travail restent les mêmes, l'objectif poursuivi ne peut être conforme à la finalité de la période d'essai, qui est un moyen pour le salarié et l'employeur, d'apprécier, par l'expérience, si le contrat conclu leur convient. Le détournement de la finalité de l'essai est avéré, mais il faut alors s'interroger sur la catégorie à laquelle l'essai doit être rattaché : règle, droit subjectif, pouvoir ou institution juridique.

---

[869] « Le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes sous réserve de l'application des règles ci-après définies. Ces règles ne sont pas applicables pendant la période d'essai ». V. articles L 1221-19 à L 1221-26 du Nouveau Code du travail, entré en vigueur le 1er mai 2008.

[870] Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°73, p. 154.

[871] D. 2006, n°6, panorama, p. 419, obs. E. P. V. Cass. Civ., 27 avril 1933, Gaz. Pal., 1933, 2, p. 101 ; Grands arrêts, n°40. Cf. Soc. 4 juin 2009, n° pourvoi 08-41359 qui juge « déraisonnable, au regard de la finalité de la période d'essai et de l'exclusion des règles du licenciement durant cette période, la durée d'un an du stage prévu par la convention collective nationale » de l'entreprise pour les salariés « engagés par contrat à durée indéterminée ». Cf. Emmanuel DOCKES, *Droit du travail*, 3ème éd., 2008, Dalloz, Hypercours, n°200, p. 188.

[872] Gérard COUTURIER explique que "Compte tenu du caractère exorbitant du régime de l'essai et de sa raison d'être, la stipulation de l'essai ne devrait pouvoir intervenir qu'au tout début des relations contractuelles. Il arrive pourtant à la jurisprudence d'admettre qu'une période d'essai soit stipulée à l'occasion d'une modification du contrat : le salarié changeant d'attributions, il est soumis à un essai dans ses nouvelles fonctions.". Mais l'auteur ajoute que des limites ont été posées en ce sens qu'un "nouvel essai ne peut intervenir à l'occasion de n'importe quel changement d'attributions ; un essai prévu alors que c'est la même relation de travail qui continue avec le même employeur peut être considéré comme détourné de son but.". (Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°73, p. 155).

[873] Cité par Gérard COUTURIER. V. Droit social 1994, 371.

Dès lors, la question de la nature de l'essai est fondamentale, pour pouvoir apprécier si l'on est bien en présence d'un véritable détournement d'institution.

201. A l'évidence, l'essai ne peut être réduit à une seule règle. Même si le législateur n'avait, jusque très récemment, peu réglementé le phénomène[874], la jurisprudence a peu à peu dégagé le régime juridique de la période d'essai[875]. Plusieurs règles juridiques législatives ou jurisprudentielles[876] ont donc concouru à délimiter la notion d'essai.

Les notions de droit subjectif et de pouvoir ne sont pas non plus d'un grand secours pour cerner l'essai, dans la mesure où l'essai ne peut être qualifié de « prérogative »[877].

L'essai, en lui-même[878], ne fait pas davantage partie des pouvoirs de l'employeur[879].

Reste la notion d'institution juridique, soit un corps de règles ayant une finalité commune. Le fait que certaines des règles, qui caractérisent la période d'essai soient d'origine jurisprudentielle, ne peut en aucun cas être un obstacle à la qualification d'institution juridique ; l'institution est un corps de règles de droit, peu important l'origine − légale ou jurisprudentielle − desdites règles.

L'essai, par la pluralité des règles qui le composent (règles concernant la stipulation, la durée, la rupture ...), règles orientées autour de la finalité de probation des relations entre un salarié et un employeur[880], fait incontestablement partie des institutions juridiques. Le détournement de ces règles peut incontestablement être rattaché au détournement d'institution[881].

---

[874] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°310, p. 306. Comp. les nouvelles dispositions du Code du travail précitées. Cf. Emmanuel DOCKES, *Droit du travail*, 3ème éd., 2008, Dalloz, Hypercours, n°198 et s., p. 187 et s.

[875] Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°73, p. 154.

[876] V. obs. A. LYON-CAEN, Soc. 5 octobre 1993, D. 1994, som. com., p. 304/305. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°310 et s., p. 411 et s. Obs. D.CORRIGNAN-CARSIN, sous Soc. 10 mars 2004, JCP 2004, II, 10088, spéc. n° 3, p. 1017.

[877] Gérard COUTURIER indique que "l'essai n'est pas de droit : le salarié n'a à subir cette période probatoire que si elle est prévue par le contrat de travail, la convention collective ou par un usage certain dans la profession.". (Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°73, p. 154).

[878] Mais "L'appréciation des compétences professionnelles se rattache au pouvoir de direction". Cf. note D.CORRIGNAN-CARSIN, précitée, n° 10, p. 1018.

[879] Prérogative conférant un *dominium* à un sujet de droit, une supériorité, dans un ou plusieurs domaines particuliers : pouvoirs du sujet sur ses biens, sur son corps, pouvoirs du tuteur, pouvoirs dans les assemblées générales d'actionnaires ... Le pouvoir est une sphère d'autonomie conférée au sujet de droit, dans un domaine précis, de liberté, possibilité d'agir ou de ne pas agir, de faire ou de ne pas faire, qui n'est cependant pas absolue et est limitée par la fin qui est la sienne (comp. la notion de détournement de pouvoir). La prérogative conférée par le droit est également finalisée. Cf. *infra*, 2ème partie, p. 375 et s.

[880] V. obs. A. LYON-CAEN, Soc. 5 octobre 1993, D. 1994, som. com., p. 304.

[881] La finalité de l'essai ne fait aucun doute dans l'esprit des auteurs en général : "s'il apparaît que la longue durée de l'essai a pour but, non de permettre l'appréciation des qualités du salarié, mais d'éluder la législation sur les licenciements, la Cour de cassation considère que le contrat est définitivement conclu et que la rupture du contrat ... est un licenciement. (Soc. 22 fév. 1979, D. 1979, IR, 424 ; Soc. 21 déc. 1977, Bull, V, n°727)." (Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°312, p. 414). V. note sous Versailles 9 mai 1986, Droit ouvrier 1986, p. 344/345 : "La faculté réciproque de rupture du

Les détournements d'institution opérés en matière d'essai poursuivent en général un but frauduleux : à savoir retarder ou tenter d'éluder l'application des règles de droit du travail relative à l'embauche des salariés, ou au licenciement[882], mais cela peut aussi être un motif étranger au but de la période d'essai (motif politique par exemple,[883] disciplinaire ou syndical[884], voire encore en raison de l'état de santé du salarié[885]).

Ainsi, par exemple, un employeur avait cru bon de prévoir dès la signature du contrat de travail que celui-ci se limiterait à la période d'essai de trois mois qui avait été convenue. La Cour de cassation, dans un arrêt du 5 octobre 1993[886], après avoir relevé que l'intention de l'employeur était, dès l'origine, de limiter la période d'emploi du salarié à la durée de l'essai, estime que « la période d'essai a été détournée de son objet ». Commentant cette décision, Monsieur LYON-CAEN[887] fait observer que "la période d'essai ne doit pas pouvoir servir à satisfaire momentanément le besoin en personnel d'un employeur" et précise que "l'institution de la période d'essai permet – et permet seulement – de vérifier la coïncidence entre les aptitudes du salarié et l'emploi qu'il occupe (ou plutôt les aptitudes qu'il suppose)."[888].

202. En doctrine, d'autres auteurs voient dans de telles situations des abus de droit[889], en se plaçant du point de vue du droit de rompre l'essai[890].

contrat de travail sans préavis ni indemnité au cours de la période d'essai ou à l'expiration de celle-ci est fondée sur l'appréciation de l'adéquation du salarié au travail qui lui est demandé.". *Contra*, Emmanuel DOCKES, *Droit du travail*, 3ème éd., 2008, Dalloz, Hypercours, n°202, p. 190, qui voit « seulement » un détournement de la clause d'essai.

882 *La fraude à la loi en matière de licenciement*, Droit social, avril 1978, p. 67 et s. , spéc. p. 69. L'auteur analysait à l'époque la situation en fraude à la loi : "La jurisprudence corrige certains excès à l'aide de la notion d'abus ; il paraît plus exact d'analyser le comportement de l'employeur comme constitutif d'une fraude, fraude consistant à donner une ampleur qu'elle ne comporte pas à la notion juridique d'essai.".

883 Versailles, 9 mai 1986. D. 1987, J, p. 5 et s., note J-P KARAQUILLO ; Droit Ouvrier 1986, p. 344.

884 D. 2006, n°6, panorama, p. 419.

885 Soc. 16 février 2005, Bull. V, n°52, p. 45. Dans cette affaire, l'auteur du pouvoir reprochait à la Cour d'appel de ne pas avoir constaté que « l'employeur aurait détourné la période d'essai de son objet ou que la rupture de la période d'essai serait intervenue dans des circonstances caractérisant une intention de nuire de la société CSSI à l'égard de son salarié », violant « les articles L. 122-4, L. 122-14-4 du Code du travail ». La Cour de cassation répond, de manière très laconique, que « la cour d'appel, ayant constaté que l'employeur avait manifestement souhaité écarter un salarié en raison de ses récents problèmes de santé, a légalement justifié sa décision ».

886 Soc. 5 octobre 1993, Bull., V, n°223 ; D. 1994, som. com., p. 304/305, obs. LYON-CAEN.

887 Soc. 5 octobre 1993, Bull., V, n°223 ; D. 1994, som. com., p. 304.

888 La Cour de cassation indique que "la Cour d'appel qui a retenu que l'intention de l'employeur, dès l'origine, de limiter l'emploi du salarié à la durée de l'essai était établie, a fait ressortir que la période d'essai avait été détournée de son objet.".

889 Analysant la même décision, Monsieur COUTURIER y voit, pour sa part, un abus de droit : en effet, après avoir rappelé que "chacun des contractants est libre de considérer que l'essai n'est pas concluant ; chacun peut décider en conséquence de mettre fin au contrat. Cette décision peut intervenir à tout moment au cours de l'essai : celui-ci peut être interrompu.". Monsieur COUTURIER ajoute que cette faculté de rompre l'essai, après avoir été considérée comme discrétionnaire, donne lieu aujourd'hui à l'application de la théorie de l'abus de droit, et notamment "la faute peut résulter de ce que la période d'essai a été « *détournée de son objet* », comme c'est le cas lorsque, dès l'origine, l'employeur était bien décidé à ne pas aller au-delà.". (Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°74, p. 157). Cf. Emmanuel DOCKES, *Droit du travail*, 3ème éd., 2008, Dalloz, Hypercours, n°204, p. 191.

Dans l'affaire précitée, Monsieur COUTURIER s'appuie sur la décision rendue par la Cour d'appel[891], qui avait condamné l'employeur à verser des dommages-intérêts pour rupture abusive du contrat de travail à l'expiration de la période d'essai. Mais les explications qui précèdent démontrent à l'évidence qu'il y a bien détournement de l'institution de la période d'essai, même si la jurisprudence ne le dit pas clairement.

Au fond, il faut être clair, les deux analyses peuvent être menées dans ce domaine ; le critère de choix entre abus de droit et détournement d'institution dépendant du « niveau » auquel le juge se place pour appréhender le comportement blâmable. Et souvent, il faut constater que plus le comportement sera moralement choquant, plus la sanction sera sévère. En l'espèce, la Cour d'appel s'était placée au niveau du droit subjectif pour sanctionner l'employeur sur le fondement de l'abus de droit, la Cour de cassation estime au contraire que ce n'est pas seulement le droit de rompre l'essai qui est en cause en l'espèce, mais c'est l'esprit de l'institution de la période d'essai qui est méconnu : la finalité n'en est pas respectée et c'est donc à ce niveau qu'il faut se placer pour sanctionner le comportement de l'employeur.

203. Récemment, la notion d'abus du droit de rompre l'essai est réapparue à propos des contrats « nouvelles embauches »[892], à l'occasion d'un jugement rendu par le Conseil des Prud'hommes de Longjumeau le 20 février 2006[893].

Le tribunal après avoir rappelé la fonction de la période d'essai[894], a estimé qu'en l'espèce, la rupture de l'essai était abusive en raison de son caractère tardif : "la SARL ACG a procédé au renouvellement de la période d'essai le dernier jour de celle-ci ; qu'elle a ensuite procédé à la

[890] Ainsi que le soutient Monsieur COUTURIER, le droit de rompre est détourné de sa finalité, puisqu'en principe, il doit être utilisé comme conséquence du constat de l'échec des relations contractuelles entre l'employeur et le salarié, et non pas comme moyen de se libérer d'un engagement que l'employeur n'avait pas l'intention de faire perdurer.
En jurisprudence, un autre arrêt de la Cour de cassation, rendu en 1990, avait vu un abus du droit de rompre dans une affaire où l'employeur avait laissé la salariée commencer l'essai alors qu'il connaissait le motif pour lequel il a mis fin à cet essai (salariée frappée d'une interdiction bancaire recrutée dans un banque). Là encore l'objet de la période d'essai n'avait pas été respecté (Soc. 27 novembre 1990, Bull., V, n°592, p. 355). Ce n'est pas seulement le droit de rompre qui est en cause dans les hypothèses qui viennent d'être présentées, mais l'institution de l'essai, dans son ensemble, qui est utilisée contrairement à la finalité qui est la sienne.

[891] Résumé de la décision dans l'arrêt au Bull., V, n°223. V. également Versailles, 9 mai 1986. D. 1987, J, p. 5 et s., note J-P KARAQUILLO, qui analyse la rupture de l'essai en raison des opinions politiques du salarié comme abusif : « considérant que le fait que l'article L 122-4 du même code édicte que les règles qui régissent la rupture unilatérale du contrat de travail ne sont pas applicables pendant la période d'essai ne fait pas obstacle à ce que soit reconnu, sur le fondement des principes généraux du droit, le caractère abusif de l'exercice de la faculté reconnue aux parties de rompre le contrat au cours d'une période d'essai ».

[892] Ordonnance 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail nouvelles embauches.

[893] JCP, S., n°12, 21 mars 2006, J., p. 19, note Patrick MORVAN. Les motifs du jugement font un large écho aux idées de JOSSERAND, en affirmant tout d'abord "Attendu que les droits que les individus tiennent de la loi leur sont attribués dans un intérêt social précis et qu'il ne s'agit jamais de droits discrétionnaires. Que tout usage d'une prérogative légale hors ou contre l'intérêt social qui lui est attaché s'analyse en abus de droit".

[894] qui est "destinée à permettre aux cocontractants d'évaluer les capacités professionnelles du salarié et les conditions de travail dans l'entreprise.".

rupture de période d'essai le dernier jour de celle-ci. Seuls ces éléments font présumer l'abus de l'employeur dans l'utilisation de son droit au renouvellement et de son droit à la rupture de période d'essai"[895].

Le tribunal rappelle, en outre, la finalité du contrat « nouvelles embauches »[896] : "Attendu que le contrat nouvelles embauches est destiné, d'après le rapport présenté au président de la République (*JO n° 179 du 3 août 2005, p. 12688*), à rassurer les chefs d'entreprise ayant des difficultés à anticiper l'évolution de la conjoncture économique ou à apprécier les qualités du salarié ; qu'il est destiné, comme son nom l'indique, à favoriser de « nouvelles embauches » ; qu'il ne peut être utilisé dans le seul but de précariser la situation d'un salarié ou d'éluder le droit du licenciement".

La naissance du contrat de travail est donc un moment qui peut s'avérer propice pour des employeurs, pour détourner diverses institutions, en raison le plus souvent de visées frauduleuses.

Or, une fois l'embauche réalisée, le contrat de travail prend vie. Et à ce moment là aussi il est apparu que des détournements d'institution pouvaient avoir vocation à être réalisés.

b)- Le détournement d'institution en cours de contrat de travail

204. Si l'on se place maintenant en cours de fonctionnement du contrat de travail, le détournement d'institution peut expliquer certaines décisions, sur les utilisations de l'institution de la dénonciation d'usages professionnels ou d'entreprise, à des fins autres que celles pour lesquelles l'institution a été créée.

Les usages, qui peuvent être définis comme des "pratiques régulières, tenues pour obligatoires, plus ou moins anciennes" ou comme des "règles que cette pratique est réputée suivre, appliquer"[897], sont très vivants en droit du travail. Ils peuvent exister à plusieurs niveaux[898] (usages à caractère général, usages limités à une profession, à une région, à une entreprise). Ces usages ont un caractère obligatoire pour l'employeur qui est tenu de les

---

[895] Analysant la décision, Monsieur le Professeur MORVAN n'y voit cependant pas un abus de droit mais bien plutôt une fraude à la loi : "cette analyse essentiellement psychologique ne révèle aucune « finalité sociale » dont le droit de rupture unilatérale du CNE aurait été « détourné » par l'employeur, conformément à la conception « socialiste » de l'abus de droit. Beaucoup plus décisif est l'argument que le CNE « est destiné, comme son nom l'indique, à favoriser de « nouvelles embauches » et « ne peut être utilisé dans le seul but de précariser la situation d'un salarié et d'éluder le droit du licenciement ». Mais d'abus, il n'est alors plus question : c'est la « **fraude au CDI de droit commun** » qui trouve ici une illustration incontestable". (note au JCP, S., n°12, 21 mars 2006, J., p. 19, spéc., p. 21).

[896] Il est intéressant de noter, au passage, que le tribunal n'hésite pas à déterminer la finalité de tels contrats.

[897] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°903, p. 1159, note 3. Soc. 14 mai 1997, D. 1997, J, p. 479, note J.M. VERDIER ; RJS 1/99, n°69.

[898] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°78, p. 123.

respecter, étant toutefois précisé que celui-ci a la possibilité de les remettre en cause, sous certaines conditions. La remise en cause d'usages professionnels ou d'entreprise prend notamment la forme d'une dénonciation. De façon incontestable, la dénonciation d'un usage par l'employeur constitue une institution juridique, c'est à dire un ensemble de règles poursuivant une finalité commune[899].

205. La Cour de cassation a eu à connaître de comportements d'employeurs, non conformes à la finalité de l'institution, par exemple dans une affaire jugée le 13 février 1996[900]. En l'espèce, les salariés d'une entreprise bénéficiaient d'un usage maintenant leur salaire en cas de maladie et offrant aux employés travaillant le samedi un forfait excédant la rémunération des heures effectivement travaillées. Suite à un préavis de grève déposé par les salariés, l'employeur avait dénoncé l'usage existant dans l'entreprise. L'inspection du travail étant intervenue auprès de ce dernier, celui-ci avait retiré sa décision puis avait quelques jours plus tard à nouveau dénoncé l'usage. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre la décision du conseil des prud'hommes, qui avait fait droit à la demande de salariés au paiement de sommes résultant de l'usage. La Cour a affirmé que "s'il est exact que la dénonciation d'un usage n'a pas à être motivée, elle est néanmoins nulle s'il est établi que le motif, qui a entraîné la décision de l'employeur, est illicite". La Cour a poursuivi en ajoutant que "le conseil de prud'hommes, ayant relevé que la dénonciation de l'usage n'avait été, en fait, prononcé que pour tenter de faire échec à l'exercice normal par des salariés du droit de grève constitutionnellement reconnu, a légalement justifié sa décision.".
Dans cette affaire, il est un élément qui attire immédiatement l'attention et qui tient au fait que la Cour a estimé que la dénonciation d'un usage illicite était nulle, sans indiquer quel

---

[899] La démonstration en est faite de façon très convaincante dans les développements que consacrent Jean PELISSIER, Alain SUPIOT et Antoine JEAMMAUD à la notion (Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°79, p. 125). Ces deux auteurs expliquent en effet que "Cette dénonciation est opposable aux salariés ... Le régime de cette dénonciation, en partie inspiré de celui de la dénonciation de l'accord collectif, a été édifié par la Cour de cassation, qui casse parfois au visa des « règles régissant la dénonciation des usages ». La dénonciation doit être portée à la connaissance des représentants du personnel ... ainsi que de chaque salarié si est en cause une disposition qui lui profite individuellement ... La dénonciation ne produira son effet qu'au terme d'un délai de prévenance (ou préavis)". (V. par ex. Soc. 13 février 1996, JCP 1996, éd. E., II, 898, note G. VACHET. V. également, Soc. 13 février 1996, Droit ouvrier, juin 1996, p. 217 et s., rapport Yves CHAUVY ; v. également, D. 2006, n°6, panorama, p. 417 et s.) La dénonciation d'usages professionnels résulte donc d'un ensemble de règles de droit, poursuivant une finalité commune, et a pour but la remise en cause de l'usage professionnel. Mais cette remise en cause ne doit pas être faite dans le but de nuire aux salariés, ou à titre de mesure de sanction envers eux. Car dans ce cas de figure il y a alors détournement d'institution (V. obs. G. VACHET sous, Soc. 13 février 1996, JCP 1996, éd. E., II, 898 : "Cette recherche de la légitimité du motif de dénonciation n'est pas incompatible avec l'absence d'obligation de motiver celle-ci. C'est ainsi qu'en cas de rupture d'un essai, si l'employeur n'a pas à indiquer les motifs pour lesquels il met fin à l'essai, le salarié a toujours la possibilité de rapporter la preuve que le motif de rupture est illicite.".).

[900] Soc. 13 février 1996, Bull. civ., V, n°54, p. 38.

fondement servait de base à cette nullité[901]. Or, le principe selon lequel il n'y a « pas de nullité sans texte » aurait du conduire à proposer un fondement à cette nullité. La situation n'est pas sans rappeler les décisions rendues dans la très célèbre affaire « Clavaud », dans laquelle précisément l'une des difficultés majeures tenait au fondement[902] qu'il convenait de proposer pour prononcer la nullité d'un licenciement illicite, intervenu en violation de la liberté d'expression d'un salarié [903].

Il n'y aurait rien eu de choquant, là encore, à voir la sanction de la dénonciation de l'usage faite sur le fondement du détournement d'institution. La Cour préfère avoir recours à la notion de fraude, alors pourtant que la sanction prononcée − la nullité de la dénonciation – correspond en fait davantage à celle d'un détournement d'institution[904].

206. Le contrat de travail, même en cours d'exécution, présente des situations dans lesquelles il peut y avoir détournement d'institution.

Or, le contrat de travail, quel qu'il soit (à durée déterminée ou indéterminée), prend fin un jour ou l'autre.

Mais le contrat ne se termine pas toujours comme les parties le souhaiteraient, et la tentation d'avoir recours au détournement d'institution n'est pas à exclure.

---

[901] V. les conclusions de l'Avocat général Yves CHAUVY, droit ouvrier, juin 1986, p. 217 et s., spéc. p. 225, qui propose plusieurs textes comme fondement de la nullité de la dénonciation de l'usage en l'espèce : "Au regard de l'interdiction légale faite à l'employeur de sanctionner le salarié normalement en grève, dans la ligne de l'article L 521-1§2 du Code du travail prohibant toutes mesure discriminatoires de rémunérations et d'avantages sociaux, et par combinaison avec les art. L 122-42 et L 122-45 du même Code interdisant toute sanction respectivement d'ordre pécuniaire et de l'exercice normal du droit de grève, sous la garantie enfin des droits et libertés que l'art. L 120-2 C. Trav. Protège contre les restrictions injustifiées, cette conséquence sera ni plus ni moins que la nullité : nullité d'ordre public.".

[902] Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°136, p. 247/248 : "la question a été posée de savoir si la nullité pouvait être admise dans des cas où la loi ne la prévoyait pas spécialement. : en matière de licenciement, peut-il y avoir des nullités sans texte ? La question a été discutée, en particulier, à l'occasion de l'affaire Clavaud ... De cet arrêt résulte, d'une part, que le licenciement attentatoire à la liberté d'expression est nul, d'autre part que la nullité du licenciement peut être prononcée sans qu'un texte la prévoie expressément.".

[903] Ce qui surprend en l'espèce et contrairement à ce qui s'était produit avec l'affaire « Clavaud », c'est que la Cour ne cherche absolument pas à asseoir la nullité sur un texte, mais justifie la solution par la tentative de faire échec à l'exercice « du droit de grève constitutionnellement reconnu ». Les commentaires effectués par Monsieur COUTURIER à l'occasion de l'affaire « Clavaud » prennent ici également tout leur sens : "Lorsque le législateur a posé l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, il a confié au juge la mission de rechercher si le licenciement était suffisamment justifié par le motif allégué. La cause illicite est tout autre chose : il s'agit de faire prévaloir des principes supérieurs sur la volonté particulière de l'employeur. La nullité est alors la sanction qui s'impose. Cette nullité peut être fondée sur la règle de l'article 1131 C. civ. ... Mais la référence à la notion de cause n'est pas indispensable : « dans les cas les plus typiques – licenciement pour fait de grève, répression antisyndicale ...- l'atteinte à des principes d'ordre public et la nullité doit s'en trouvé directement justifiée.". (Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°136, p. 246).

[904] Cf. *infra*, sanction du détournement d'institution, p. 240 et s.

c)- Le détournement d'institution en fin du contrat de travail

207. Il se trouve qu'en matière de cessation du contrat de travail, certaines institutions juridiques, telles par exemple, le licenciement pour cause économique[905], ont une finalité très marquée, ce qui permet d'envisager un développement de l'utilisation du concept de détournement d'institution, dans ce domaine.

L'article L 1233-3 du Code du travail[906] définit le licenciement économique comme "le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques"[907].

La procédure de licenciement pour motif économique a été marquée entre 1975 et 1986 par la nécessité pour l'employeur d'obtenir une autorisation préalable de licenciement auprès de la Direction départementale du travail et de l'emploi. L'administration contrôlait "la réalité du motif économique invoqué.".[908]

Or, malgré ce contrôle administratif préalable, la pratique a vu se manifester des fraudes[909], de la part d'employeurs peu scrupuleux, qui ont utilisé le licenciement économique à la place du licenciement pour faute, dans le but d'éviter de passer par cette dernière procédure.

Dans de telles hypothèses, il n'était pas rare que l'autorisation administrative, qui avait été délivrée à tort, soit ensuite annulée par le juge administratif, et la jurisprudence[910] avait admis que le salarié, dans la mesure où il parvenait à faire la preuve de la fraude commise par l'employeur[911], pouvait obtenir des dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat, sur le fondement des dispositions de l'article L 321-12 du Code du travail[912].

---

[905] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°484, p. 601 : "le licenciement pour cause économique, en tant qu'institution juridique originale.".

[906] Ancien article L 321-1 du Code du travail. Le texte a été quasiment repris par le Nouveau Code du travail.

[907] Pour Gérard COUTURIER, "le motif économique s'oppose au motif personnel et le critère de cette distinction réside dans la *suppression de poste* : lorsque le salarié licencié est remplacé à son poste de travail, on voit bien que le motif du licenciement tenait à sa personne ; en revanche, si le licenciement s'accompagne de la suppression du poste, c'est le signe que la personne du salarié n'était pas directement en cause.". (Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°148, p. 266/267). V. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°488, p. 605 et s. Emmanuel DOCKES, *Droit du travail*, 3ème éd., 2008, Dalloz, Hypercours, n°505 et suiv., p. 395 et s..

[908] Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°165, p. 296/297.

[909] Paul BOUAZIZ, *Fraude à la loi et licenciement pour motif économique*, Droit ouvrier, avril 1985, p. 121 et s.

[910] V. décisions citées par Paul BOUAZIZ, *Fraude à la loi et licenciement pour motif économique*, Droit ouvrier, avril 1985, p. 121.

[911] V. Cour d'appel de Dijon, 1er juin 1983, en annexe à l'article de Paul BOUAZIZ, *Fraude à la loi et licenciement pour motif économique*, Droit ouvrier, avril 1985, p. 121 et s., spéc. p. 123/124.

[912] Paul BOUAZIZ, *Fraude à la loi et licenciement pour motif économique*, Droit ouvrier, avril 1985, p. 121 et s., spéc. p. 121.

208. La doctrine a même évoqué, à l'occasion de certaines affaires, le « *détournement d'une réglementation de sa finalité* », suggérant fortement l'idée de détournement d'institution : le licenciement économique a un but bien précis, permettre à l'employeur de se libérer d'un salarié dont le poste est supprimé, il ne peut être utilisé à la place du licenciement pour cause réelle et sérieuse ou pour se « débarrasser » d'un salarié jugé encombrant. L'espèce commentée par Gérard LYON-CAEN[913] était particulièrement révélatrice : un employeur avait choisi "de déguiser en licenciement pour motif économique de l'ensemble du personnel, ce qui n'est qu'un licenciement pour fait de grève, au cours d'un conflit collectif", or "au même moment ... l'employeur recrutait dans une autre usine.".
C'est d'ailleurs certainement autant à un détournement de procédure qu'à un détournement d'institution que le juge était confronté dans cette affaire, le licenciement est une institution juridique (ensemble de règles relatives à un même objet : le licenciement économique), mais passe par une procédure à respecter pour sa mise en œuvre. En utilisant la procédure du licenciement économique à la place de la procédure du licenciement pour faute, l'employeur avait utilisé une procédure inadéquate, aux lieux et place de la procédure qui aurait du normalement s'appliquer : il y a donc eu détournement de procédure. Mais le détournement de procédure ainsi réalisé se double d'un détournement de l'institution du licenciement économique, puisque le but poursuivi par l'employeur ce faisant était en contradiction avec le but de l'institution.

209. Un autre exemple résulte de ce que le système social français organise, à l'instar d'autres pays étrangers, la prise en charge et l'indemnisation des travailleurs privés d'emploi[914] : c'est le système du chômage. Parmi les diverses obligations qui sont à la charge du salarié à la recherche d'un emploi, il y a notamment l'obligation de rechercher un emploi[915] et la question s'était posée de savoir si une telle recherche était compatible avec l'exercice d'une activité à titre bénévole[916]. La loi du 29 juillet 1998 a réglé la question en affirmant que « tout demandeur d'emploi peut exercer une activité bénévole ». Cependant,

---

[913] Gérard LYON-CAEN, *La fraude à la loi en matière de licenciement*, Droit social, avril 1978, p. 67 et s. , spéc. p. 71. Paul BOUAZIZ, *Fraude à la loi et licenciement pour motif économique*, Droit ouvrier, avril 1985, p. 122.
[914] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°158 et s., p. 243 et s.
[915] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°173, p. 257 et s.
[916] "De façon généralement admise, est considéré comme bénévole celui qui apporte un concours non sollicité, spontané et désintéressé, et exercé surtout au profit d'une association humanitaire, caritative ou d'œuvre sociale sans but lucratif.". *Le contrôle du spectacle vivant et enregistré. Guide méthodologique.* DILTI, octobre 2003, p. 17 et s.

certaines questions sont restées en suspens et notamment, ainsi que l'expliquent Jean PELISSIER, Alain SUPIOT et Antoine JEAMMAUD[917] "celle du financement du revenu des bénévoles : si leur activité répond à des besoins collectifs non satisfaits, il appartient à la collectivité intéressée d'en assurer le financement dans un cadre juridique approprié, au lieu de détourner à cet effet les mécanismes de l'indemnisation du chômage.". La formule stigmatisant un détournement des mécanismes de l'indemnisation du chômage renvoie sans aucun doute à la notion de détournement d'institution, les règles de l'indemnisation du chômage n'ayant pas pour but de financer l'activité de bénévoles[918].

210. Le contrat de travail, dans toutes les phases de son déroulement, laisse apparaître l'existence de détournements d'institution. Le détournement d'institution y apparaît rarement seul, il s'insère le plus souvent dans un montage plus vaste, poursuivant un but frauduleux, ce qui montre qu'il existe des liens entre les deux mécanismes[919].

La reconnaissance de la fraude est très certainement la raison pour laquelle le détournement d'institution est rarement sanctionné pour lui-même.

De fait, le droit du travail se révèle ainsi être un « vivier » à détournements en tous genres, où tous les montages sont bons, pour des employeurs prêts à tout, afin d'éluder les règles souvent impératives, que le Code du travail a mis en place.

L'inventaire des détournements d'institutions « possibles » est, hélas, bien loin d'être exhaustif, tant le domaine des institutions juridiques est vaste … Mais l'examen des exemples qui précèdent, que ce soit en droit du travail ou dans d'autres catégories, montre tout le potentiel que peut recéler une telle notion, qui apparaît alors comme un véritable concept.

Il convient donc à présent d'en étudier le régime et d'en préciser les fondements.

---

[917] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°175 p. 259.

[918] V. la pratique du faux bénévolat dans le domaine du spectacle. *Le contrôle du spectacle vivant et enregistré. Guide méthodologique*. DILTI, octobre 2003, p. 17 et s.

[919] L'étude de ces liens est prévue en 2ème partie.

TITRE II : REGIME JURIDIQUE ET FONCTIONS DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

211. Le détournement d'institution présente un certain nombre d'éléments caractéristiques, que l'on retrouve de manière constante au fil des différentes décisions rendues par la jurisprudence à propos de la notion. Se dégage également de la jurisprudence l'aspect fondamental des questions de preuve, pour que le détournement puisse être reconnu et sanctionné. Le détournement d'institution est ainsi doté d'un véritable régime juridique (Chapitre I)

Une fois l'existence du détournement d'institution établie, se pose inévitablement la question de la sanction qui doit lui être réservée. Dans ce domaine, la jurisprudence offre plusieurs exemples de phénomènes qui relèvent incontestablement de détournements d'institution, mais qui ne sont pas sanctionnés, ce qui suscite des interrogations en ce qui concerne les fonctions du détournement d'institution. (Chapitre II)

Chapitre I : Les conditions et la preuve du détournement d'institution

Chapitre II : La sanction et le fondement de la sanction du détournement d'institution

Chapitre I : Les conditions et la preuve du détournement d'institution

212. De manière traditionnelle, l'étude du régime juridique d'un concept passe par l'examen de ses conditions et des ses effets.

Si le détournement d'institution suppose, pour voir son existence reconnue, qu'un certain nombre de conditions soient réunies, il est bien difficile d'en étudier les effets.

Car l'« effet » majeur du détournement d'institution, lorsqu'il est reconnu, est d'entraîner, en principe, la sanction du détournement qui a été opéré.

C'est la raison pour laquelle, après avoir vérifié l'existence des conditions du détournement d'institution, il conviendra de se pencher sur la sanction qui résulte de sa constatation.

SECTION I : LES CONDITIONS DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

SECTION II : LA PREUVE DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

SECTION I : LES CONDITIONS DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

213. Le détournement d'institution consiste dans l'utilisation d'une institution, dans un but autre que celui pour lequel elle a été instituée.
Les éléments caractéristiques du détournement d'institution peuvent être décomposés en deux parties : à côté d'éléments « matériels » à proprement parler, à savoir l'utilisation d'une institution juridique, effectuée dans un but autre que celui pour lequel l'institution a été créée (§1), il y a place également place pour un élément « intentionnel », parce que le détournement d'institution est un phénomène volontaire[920] (§2).

§1- Les « éléments matériels » du détournement d'institution

214. En fait l'étude des éléments matériels du détournement d'institution suppose de répondre à plusieurs questions : qui peut commettre des détournements d'institution (A) et comment les détournements d'institution sont-ils réalisés ? (B)
La difficulté essentielle dans ce domaine, qui a été précédemment évoquée[921], reste de déterminer la ou les finalités de l'institution. (C)

A- Les auteurs du détournement d'institution

215. La jurisprudence rendue en matière de détournement d'institution concerne des sujets de droit, qui se positionnent en qualité d'utilisateurs d'institutions juridiques : ils cherchent à entrer dans une institution pour bénéficier de son statut ou des règles qui la régissent, ou au contraire à en sortir, une fois l'avantage recherché obtenu.
Mais la question peut être posée de savoir si le détournement d'institution peut avoir différents auteurs ?
En effet, la doctrine considère que les institutions juridiques s'imposent à tous (législateur, juge, utilisateur)[922], et, néanmoins tous, le législateur (1), le juge (2) ou un simple particulier

---

[920] L'utilisation d'une terminologie familière aux pénalistes n'est pas anodine. En effet, si l'on admet que le détournement d'institution fait partie des instruments de « police juridique » (cf. Chapitre II), il faut en tirer la conséquence qu'il constitue une sorte d'infraction à des règles « supérieures », de l'organigramme juridique. Le rapprochement avec l'esprit du droit pénal est alors justifié.
[921] Cf supra, 128 et s.
[922] Pour Dominique FENOUILLET, "Corps de règles autonomes, l'institution s'impose à tous : au législateur, qui doit veiller à la cohérence, interne et externe, des institutions (l'institution constitue ainsi une limite rationnelle au pouvoir législatif), au juge, que l'institution guide dans son travail d'interprétation (qui acquiert ainsi une dimension systématique), aux parties, qui ne peuvent porter atteinte à l'essence de l'institution, si du moins elle est d'ordre public, mais pourront éventuellement aménager ses éléments accessoires.". (Dominique

(3), sujet de droits et d'obligations, sont susceptibles de commettre des détournements d'institution.

1)- Le législateur

216. Dans cette hypothèse, le législateur utilise une institution pour atteindre un résultat contraire à son but.

Un premier exemple, cité par la doctrine, peut être tiré du droit des successions, dans lequel le législateur a eu recours à l'institution de la fente pour améliorer la situation du conjoint survivant succédant *ab intestat*[923].

Un autre exemple peut être tiré de l'utilisation faite, par le législateur, du droit des incapacités, pendant l'occupation pour organiser le statut discriminatoire des juifs[924].

Serge GUINCHARD[925], appréciant l'évolution de la procédure civile et les réformes intervenues depuis l'entrée en vigueur du Nouveau Code, rappelle à l'adresse du législateur qu'"il faut prendre garde lorsqu'on se propose d'adapter les institutions, de ne pas en modifier l'esprit.".

Madame FENOUILLET envisage l'existence de détournements d'institution « législatifs » à propos de certaines institutions du droit de la famille et se demande "N'y a-t-il pas, ainsi, détournement d'institution dans le mariage posthume, l'adoption posthume ou la légitimation par autorité de justice ?"[926].

Ces quelques exemples montrent que le législateur peut être l'auteur de détournements d'institution. Mais, à la différence de ce qui se passe pour les sujets de droit, les détournements d'institutions réalisés par lui ne sont, en principe, pas sanctionnés[927].

A côté du législateur, le juge peut également se révéler être un acteur du détournement d'institution.

FENOUILLET, *Couple hors mariage et contrat*, p. 81 et s., spéc. p. 103, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001).

[923] Exemple cité par Roger PERROT, De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques ; Sirey, 1953, n°37, p. 60/61, évoqué dans le chapitre consacré à l'émergence doctrinale du détournement d'institution (p. 41).

[924] Eric LOQUIN, *Le juif incapable*, in Le droit antisémite de Vichy. Le Genre Humain, 1996, p. 173.

[925] Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 27ème éd. Refondue, 2003, n°40, p. 62.

[926] Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s, spéc. p. 263.

[927] Sauf peut-être, à ce que le Conseil constitutionnel intervienne. Cf. Eric LOQUIN, *Les principes républicains dans le Code civil. Réflexions sur la contribution du Code civil à l'émergence de principes républicains* ; in La République en droit français, sous la direction de Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, Economica, 1996, p. 241. Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s, spéc. p. 263.

2)- Le juge

217. En effet, le juge peut lui aussi être amené, dans le cadre des litiges dont il est saisi, à consacrer des détournements d'institution[928]. Il n'en est pas directement « l'auteur », mais en validant le procédé utilisé, le juge ne ratifie t'il pas d'une certaine manière le détournement qui est intervenu ?

Les exemples ne manquent pas de ce point de vue : que ce soit les adoptions de son propre enfant naturel, par les grands-parents, entre homosexuels, les émancipations pour faciliter le règlement des successions, les détournements de l'autorité parentale[929], il est clair que la jurisprudence ferme quelquefois les yeux sur les détournements de ces institutions.

Mais il arrive que la jurisprudence aille encore plus loin : "Elle use parfois, pour son propre compte, de techniques équivoques. Quand une institution lui paraît souhaitable, mais qu'un obstacle légal en paralyse l'épanouissement, elle s'efforce, *a posteriori*, de couler les données de fait qui lui sont soumises dans un moule technique susceptible de faire échapper l'institution à sa propre censure."[930].

218. L'organisation judiciaire française étant hiérarchisée, un juge peut être amené à sanctionner un détournement d'institution réalisé par un autre juge[931].

Un exemple peut être tiré d'une affaire jugée par la Cour d'appel de Paris, le 8 octobre 1976[932]. Il s'agissait, il est vrai, d'une situation un peu particulière, dans laquelle un enfant adultérin avait été inscrit sur les registres d'état civil, comme né de mère inconnue et reconnu par son père naturel. L'enfant avait été ensuite adopté en la forme plénière par son père naturel. Après divorce, la mère de l'enfant s'était remariée avec son véritable père qui avait reconnu l'enfant.

Les époux avaient alors saisi le tribunal de grande instance d'une requête en légitimation de l'enfant.

Le tribunal de grande instance avait déclaré la requête irrecevable "au motif que le caractère irrévocable de l'adoption plénière prononcée le 24 octobre 1969 faisait échec à toute déclaration de filiation ou à toute reconnaissance.".

---

[928] V. Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s, spéc. p. 264. Madame FENOUILLET cite l'exemple des divorces pour faute « fictifs », prononcés avant la mise en place de la réforme de 1975 sur le divorce, qui a admis le divorce par consentement mutuel. Cf. *supra*, domaines du détournement d'institution, p. 180. V. Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°537, p. 237.

[929] Sur tous ces points, cf. émergence jurisprudentielle et domaines du détournement d'institution.

[930] Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 148.

[931] Ou au contraire à le valider … Cf. Civ. 1ère, 8 juin 1999, cité *supra*.

[932] D. 1977, J., p. 42 et s., note Pierre RAYNAUD.

La Cour d'appel a infirmé ce jugement, en expliquant que "la règle selon laquelle l'adoption plénière fait obstacle à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance a pour but d'éviter que les parents adoptifs ne voient leurs droits remis en cause par les parents par le sang ; que le principe de l'irrévocabilité de l'adoption ne tend qu'à empêcher les père et mère adoptifs de briser le lien de filiation qui les unit à l'adopté, même s'ils justifient de motifs graves en sorte que, comme en matière de filiation par le sang, l'adopté demeure toujours leur enfant ; que dès lors, **ce serait détourner ces règles de leur finalité**[933] que d'en déduire qu'elles s'opposent à ce que soit proclamée la véritable nature du lien de filiation unissant l'adoptant lui-même à l'adopté.".

Pour la Cour, la solution retenue par le tribunal réalisait un détournement des règles de l'adoption, ce qui justifiait la remise en cause de la décision prise.

219. Mais il arrive également que certains détournements d'institutions, opérés par des juges du premier degré soient validés en appel et se voient même consacrés législativement[934]. Un auteur[935] cite l'exemple des contrats conclus entre agents commerciaux et leurs mandants, en expliquant qu'"après de longues hésitations, la jurisprudence a étendu à certains mandats salariés les règles du mandat d'intérêt commun et en particulier au mandat dont est titulaire l'agent commercial. Cette position a été approuvée par le législateur ... par le décret du 23 décembre 1958, relatif aux agents commerciaux. Ce texte dispose en son article 3 : « Les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties ». Il est bien certain qu'il y avait là détournement de la notion originaire du mandat d'intérêt commun. L'agent commercial avait certes intérêt à la conclusion du contrat de mandat. Mais il n'avait pas d'intérêt au contrat passé par son intermédiaire, dont effets se produisaient dans le patrimoine du représenté, sans incidence sur son propre patrimoine. Et ce détournement se trouve aujourd'hui consacré législativement.".

En réalité, il apparaît à la lumière de ces quelques exemples que le juge s'avère être, pour l'essentiel, un auteur indirect du détournement d'institution, qui ne fait que corroborer une situation qui a pour véritable « créateur » le sujet de droit, utilisateur de l'institution.

3)- Le sujet de droit

933 C'est nous qui soulignons.
934 Cf. *infra*, fonctions du détournement d'institution, p. 265 et s.
935 J. LEMEE, *Essai sur l'abus de droit*, Thèse Paris XII, 1977, n°443, p. 315/316.

220. S'agissant des sujets de droit, l'étude de la jurisprudence montre que ces derniers tentent avec plus ou moins de bonheur d'utiliser des institutions pour leur faire servir une cause pour laquelle elles n'ont pas été créées.

Ce sont, en général, toujours des personnes physiques : époux, parents, grands-parents, salariés, mais des personnes morales peuvent aussi en être à l'origine (désignation par un syndicat, personne morale, de représentants syndicaux afin d'éviter un licenciement)[936]. Il ne serait pas exclu que le droit des sociétés puisse un jour servir de terrain fertile à la sanction d'un détournement d'institution, réalisé par une personne morale[937] …

La diversité des auteurs pouvant être à l'origine du détournement d'institution n'a cependant aucune incidence sur les éléments caractéristiques du phénomène, car dans tous les cas, l'institution est détournée de sa finalité par son utilisateur, qui lui fait jouer un rôle pour lequel elle n'a pas été créée, que cet utilisateur soit le législateur, le juge ou un simple particulier.

Si l'on s'intéresse aux conditions matérielles de mise en jeu du détournement d'institution, l'élément caractéristique du détournement tient au fait qu'une institution juridique a été utilisée, alors que les conditions en sont remplies.

B- La réunion des conditions matérielles de l'institution juridique

221. Dans le détournement d'institution, un sujet utilise une institution dans un but différent de celui pour laquelle elle a été créée.

Cela sous-entend, puisqu'il y a utilisation d'une institution (mais c'est presque une évidence), que les conditions d'utilisation de l'institution juridique sont réunies en l'espèce.

Le travail du juge consiste d'abord à déterminer si tel ou tel corps de règles est une institution juridique[938], en recherchant si les éléments constitutifs dégagés précédemment sont ou non présents en l'espèce (ensemble de règles de droit liées entre elles par une finalité commune)[939].

L'étude de la jurisprudence consacrée à la notion de détournement d'institution, montre que les décisions, qui sanctionnent des détournements, précisent en général, à défaut de le démontrer, que le « mécanisme » juridique utilisé en l'espèce est une institution : c'est le cas

---

[936] Cf. *supra*, émergence jurisprudentielle, p. 52.

[937] Surtout depuis que le Code pénal a reconnu la responsabilité pénale des personnes morales (cf. articles 131-37 à 131-49 du Code).

[938] Sur la notion d'institution juridique, cf. *supra,* 92 et s..

[939] Malheureusement, les exemples cités de détournement d'institution montrent que les juges n'indiquent pas toujours clairement que l'on a affaire à une institution.

pour le mariage[940], l'adoption[941], le délégué syndical[942], le congé sabbatique[943], le droit d'alerte[944], par exemple.

A l'inverse, il arrive parfois que le juge n'apporte pas cette précision, comme dans une décision concernant un détournement de l'institution du comité d'entreprise[945]. Cependant, cette espèce confirme, *a contrario*, que lorsqu'un détournement d'institution est sanctionné, les juges prennent soin d'indiquer que le mécanisme juridique qui est détourné est bien une institution, même s'ils n'en font pas la démonstration.

222. La précision de la présence d'une institution étant apportée, le juge doit ensuite s'assurer que les règles de « création » de l'institution ont été respectées, que ce soit à travers le respect des conditions de fond ou de forme.

En fait, lorsque la jurisprudence retient des détournements d'institution, la situation du sujet de droit est parfaitement légale[946], du moins si l'on apprécie la légalité d'un point de vue strictement matériel.

En effet l'examen de la jurisprudence, relative au détournement d'institution, met en lumière le fait que dans toutes les hypothèses où la finalité de l'institution était en jeu, les conditions matérielles d'application des textes qui composent cette institution étaient réunies. L'utilisation de l'institution apparaissait donc correcte aux yeux de tous.

Que ce soit en droit de la famille, en matière d'adoption ou de mariage, en droit du travail, concernant la désignation des délégués syndicaux[947] ou dans les autres domaines d'existence de phénomènes de détournements d'institution, il apparaît toujours que les « règles du jeu » étaient respectées.

---

[940] Civ. 1ère 20 novembre 1963 ; D. 1964, p. 467.

[941] TGI de Paris, 3 février 1982 ; annexe chron. Pierre RAYNAUD, D. 1983, p. 39 : « on ne saurait sous couvert d'adoption consacrer des relations qui ne correspondent en rien à la finalité de l'institution », analyse consacrée par la Cour de cassation dans la décision du 7 mars 1989 (Civ., 1ère, 7 mars 1989, Gaz. Pal. 8 mars 1990, p. 131, note MASSIP ; Dalloz 1989, p. 477, note J. HAUSER) : l'adoption « loin de correspondre à la finalité de l'institution, en constituait un véritable détournement ».

[942] V. Soc. 17 décembre 1975 ; Bull. 1975, V, n°615, p. 517 : « la preuve n'était pas apportée que la désignation ait eu pour objet de détourner à des fins particulières **une institution d'intérêt collectif** ».

[943] Cour d'appel de Versailles, 5ème ch., 6 novembre 1990; Gaz. Pal. 1991, 2e sem., pan. jur., p. 6, n°4.

[944] Cour d'appel de Versailles, 2 octobre 2003, n°RG 2002-4791 ; www.légifrance. gouv. fr. : « le premier juge a estimé … que le recours au droit d'alerte … correspond de manière flagrante à un détournement de cette institution ». La Cour ne reprend pas cette argumentation et semble davantage se placer au niveau de l'exercice d'un droit que d'une institution. Cf. *infra*, 2ème partie, p. 379 et s.

[945] Crim. 6 avril 2005, n°04-85.799 ; www.légifrance. gouv.fr.

[946] Cf. V. LARRIBAU-TERNEYRE. D. 1991, p. 380 et s. qui en tire la conséquence que les conditions matérielles d'entrée dans l'institution étant réunies, ce n'est donc pas sur le terrain de la légalité que se sont placés les magistrats pour refuser les adoptions sollicitées (commentaire de la jurisprudence sur la maternités de substitution).

[947] Soc. 18 juin 1975 ; Bull. soc. 1975, n°338, p. 294 : « si la désignation était en principe juridiquement valable ».

223. La jurisprudence prend parfois le soin de le noter. Ainsi, dans l'espèce jugée le 9 juillet 1981 par la Cour d'appel de Riom[948], un homme marié de 77 ans avait entamé une procédure d'adoption simple de sa concubine, avec laquelle il avait eu un enfant, et ceci dans le but de lui laisser la succession de ses affaires.

Le tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand l'avait débouté de sa demande, et précisément, en appel, cet homme prétendait que l'adoption devait être prononcée par la Cour, en raison du fait que les conditions posées par la loi étaient réunies.

La Cour d'appel de Riom a également refusé de prononcer l'adoption sollicitée, aux motifs que "s'il n'est pas contestable que E. et Melle M. remplissent les conditions exigées par les articles 344, 348 et suivants, ainsi que 363 du Code civil, il ne saurait être toutefois perdu de vue que la loi sur l'adoption a pour but de créer une filiation et qu'elle ne doit pas être détournée de son esprit". La Cour prend acte que les conditions de l'adoption étaient bien réunies, mais note qu'en l'espèce il était établi que les parties vivaient en concubinage et que l'enfant qui en était issu verrait son père être en même temps son grand-père. Les magistrats en concluent que "dans ces conditions, l'adoption sollicitée, étant de toute évidence contraire au but poursuivi par le législateur, ne saurait être prononcée".

Mais le plus souvent, la chose semble tellement aller de soi, que la jurisprudence ne prend même pas la peine d'en faire le rappel. En outre, le détournement d'institution est régulièrement soulevé *a posteriori*, soit par les utilisateurs eux-mêmes[949], soit par des tiers[950] à qui la manœuvre fait grief, ce qui démontre que les conditions posées par la loi étaient réunies, puisque l'institution a pu prendre vie.

224. D'ailleurs, la démonstration de ce qui précède s'induit, *a contrario*, du fait que la jurisprudence refuse de faire jouer le détournement d'institution, si les conditions d'utilisation de l'institution ne sont pas réunies.

Par exemple, dans la décision du tribunal de grande instance de Lille, déjà évoquée[951], saisi par des époux d'un refus de transcription, à l'état civil, de la possession d'état constatée par un acte de notoriété[952], le Tribunal a rappelé que "la possession d'état doit être notamment,

---

[948] JCP 1982, II, 19799, note ALMAIRAC.

[949] Au soutien d'une demande en révocation de l'adoption ou de nullité du mariage par exemple. Cf. *supra*, émergence jurisprudentielle, p. 76 et 58.

[950] Ministère public dans les affaires de mères porteuses, employeurs victimes de la fraude, lorsque le détournement d'institution poursuit un but frauduleux …

[951] TGI de Lille, 22 mars 2007, Dalloz 2007, II, p. 1251 et s., note Xavier LABBEE. Cf. *supra*, domaines possibles du détournement d'institution, p. 173.

[952] obtenu du juge des tutelles, reconnaissait la possession d'état de l'enfant vis-à-vis des deux parents. Cf. *supra*, Domaines du détournement d'institution, p. 173.

selon l'article 311-2 du code civil, exempte de vice. Tel ne saurait être le cas lorsqu'elle découle d'une convention frauduleuse.".

Ainsi, parce que l'un des caractères de la possession d'état, faisait défaut en l'espèce, il s'ensuit que la possession d'état n'était donc pas véritablement constituée. Les conditions de création de l'institution n'étant pas réunies, le détournement d'institution n'a donc pas pu être, à juste titre, retenu par le tribunal[953].

225. La réunion des conditions de mise en jeu de l'institution ne font pas l'objet d'un contrôle de la part de la Cour de cassation, qui se retranche derrière le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond[954].

Il est important de prendre conscience de cet élément, caractéristique du détournement d'institution dès à présent, car il se trouve qu'il est également connu des phénomènes d'abus de droit et de fraude à la loi.

Lorsque l'existence des conditions d'application d'un corps de règles de droit sont réunies, il est nécessaire de déterminer la finalité de l'institution qui a été utilisée, afin de pouvoir confronter l'objectif poursuivi par son utilisateur avec le but de l'institution, ce qui permet de faire apparaître le détournement d'institution.

C- Le détournement de la (ou des) finalité(s) d'une institution

226. L'élément essentiel, caractéristique du détournement d'institution, est que, malgré le fait que les conditions matérielles de mise en jeu des règles formant l'institution soient réunies, et donc que la situation soit parfaitement légale, sur un plan strictement matériel, l'utilisation en est sanctionnée parce que le but poursuivi par les parties, en ayant recours à l'institution, ne correspond pas à la finalité de celle-ci.

Il ressort de la jurisprudence rendue en matière de détournement d'institution, que les magistrats adressent toujours le même reproche aux parties : elles n'ont pas utilisé l'institution « dans le but pour lequel elle a été créée »[955]. L'existence d'un détournement de finalité de l'institution est donc l'élément essentiel du détournement d'institution[956].

---

[953] Le tribunal sanctionne la manœuvre sur le terrain de la fraude à la loi.

[954] Civ. 1ère 28 février 1995 ; n°pourvoi 93-12774, www.legifrance.gouv.fr : « la cour d'appel, qui a souverainement estimé que les conditions prévues par l'article 353 du Code civil étaient réunies … ».

[955] Cf. , par exemple, Soc. 18 juin 1975 ; citée *supra* : "si la désignation était en principe juridiquement valable, il était établi qu'elle avait été faite à la hâte, non en vue de défendre les intérêts des travailleurs, mais uniquement pour assurer la protection de M. et qu'ayant été détournée de son but, elle devait être annulée."

[956] Cf. *supra*, détournement, p. 152.

Dire que la finalité d'une institution juridique n'a pas été respectée suppose évidemment d'avoir préalablement déterminé ladite finalité (1). Cette étape franchie, il faut confronter les mobiles poursuivis par le sujet de droit avec la finalité de l'institution (2).

1)- La détermination de la (ou des) finalité(s) de l'institution

227. La question de la détermination de la finalité d'une institution a déjà été évoquée précédemment, lors de la présentation de la notion d'institution juridique. Si la jurisprudence ne semble pas avoir d'états d'âmes particuliers pour faire ce travail[957], elle ne donne pas d'indications sur la (ou les) méthode(s) lui permettant de déceler la finalité d'une institution. Les décisions rencontrées procèdent souvent par affirmation (l'adoption a « pour but de créer une filiation »[958], le mariage est réalisé « en vue de fonder un foyer »[959], la désignation comme délégué syndical a pour but « de défendre les intérêts des travailleurs[960] …). Le juge indique seulement que l'institution est détournée de sa finalité, mais sans donner d'éléments sur cette dernière[961]. D'autres décisions procèdent au contraire par négation, en précisant que telle utilisation de l'institution ne correspond pas à la finalité de celle-ci (sans précisément, indication de la finalité en cause)[962].

Comment faire alors pour découvrir la finalité d'une institution ?

Evidemment, lorsque le législateur prend soin de préciser quelle était la finalité de l'institution, objet du détournement, les choses sont beaucoup plus faciles[963]...

Mais dans la majorité des cas, il n'en est rien. C'est alors souvent la doctrine qui se charge d'effectuer ce travail, en ayant recours aux traditionnelles méthodes d'interprétation du droit[964] pour « découvrir » la face cachée des institutions. Le juge, en se plongeant dans les

---

[957] Cf. *supra*, notion d'institution, p. 92 et s.
[958] Cour d'appel de Riom, 9 juillet 1981 ; JCP 1982, II, 19798, note ALMAIRAC.
[959] Cour d'appel de Lyon, 16 juin 1952 ; Gaz. Pal. 1953, I, v. Mariage, n°1.
[960] Soc. 18 juin 1975 ; Bull. Soc. 1975, n°338, p. 294.
[961] V. par exemple la décision concernant le congé sabbatique : Cour d'appel de Versailles, 5ème ch., 6 novembre 1990; Gaz. Pal. 1991, 2e sem., pan. jur., p. 6, n°4.
[962] Cf. *supra*, notion d'institution, p. 92 et s..
[963] Cf. l'article 371-1 du Code civil : «L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ». En matière d'autorité parentale, certains auteurs estiment qu'"En recourant systématiquement aux notions d'intérêts de la famille ou d'intérêts de l'enfant, le législateur ne pouvait que précipiter la ruine des anciens droits considérés comme discrétionnaires ... ces prérogatives sont « finalisées », le législateur leur a assigné une fonction. L'abus apparaît alors sous la forme d'un détournement de l'institution, moyen pour le juge de veiller à ce que la volonté du législateur soit respectée." (Guy COURTIEU, *Abus de droits et abus de pouvoirs*, Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386, fasc. 131-20, 2005, n°53, p. 14).
[964] Sur ces méthodes, cf. Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n°153 et suiv., p. 109 et s.

ouvrages de référence de l'institution mise en cause, trouvera des éléments sur la (ou les) finalité(s) de celle-ci[965].

Cette première difficulté résolue, le juge doit rechercher si le but poursuivi par l'utilisateur de l'institution est conforme à la finalité de celle-ci, ou si la fin poursuivie est une fin « étrangère » à l'institution en cause.

2)- La confrontation des mobiles avec la finalité de l'institution

228. Déterminer les conditions dans lesquelles le détournement d'institution peut être relevé conduit inexorablement à s'interroger sur la façon dont le juge va vérifier ces conditions.

Car après avoir déterminé la finalité de l'institution juridique en cause (le but de l'institution), de façon objective, le juge doit vérifier que le but poursuivi par l'utilisateur (les mobiles) est conforme à la finalité de l'institution[966]. Si une discordance peut être relevée, le détournement d'institution apparaît.

---

[965] Cf. par exemple à propos de l'adoption ou du mariage, *supra*, émergence jurisprudentielle, p. 58 et 68 .

[966] Sur cette distinction du but et des mobiles, v. développements sur la notion de finalité. HAURIOU s'est penché sur la distinction entre but de l'institution et idée directrice. Il explique que " le but peut être considéré comme extérieur à l'entreprise, tandis que l'idée directrice est intérieure à celle-ci. Une seconde différence, liée, à la première, est que, dans l'idée directrice, il y a un élément de plan d'action et d'organisation en vue de l'action qui dépasse singulièrement la notion de but … la différence entre programme d'action et le résultat, traduit bien celle qui existe entre l'idée directrice et le but. Il ne serait même pas exact d'assimiler l'idée directrice avec l'idée du « but à atteindre », car la première exprime à la fois le but et les moyens à employer pour l'atteindre, tandis que la seule idée du but ne vise pas les moyens." (Maurice HAURIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, Cahiers de la Nouvelle journée, IV, 1925, p. 12/13). V. André DESQUEYRAT, *L'institution, le droit objectif et la technique positive. Essai historique et doctrinal*, Thèse, Sirey, 1933, p. 16/17. La distinction des mobiles et du but est aussi utilisée à propos du détournement de pouvoir. En effet, balayant d'un trait les distinctions élaborées par la doctrine entre but, intention et cause, Emmanuel GAILLARD propose une bipolarisation de la notion de finalité autour des concepts de but et de mobiles : "En général, on utilise indifféremment les notions d'intention ; de motif ; de mobile ; de cause impulsive et de but pour désigner la même réalité psychologique, aucune des distinctions proposées par les auteurs n'ayant donné lieu à un usage constant. Sans prétendre à mieux, on s'efforcera ici de réserver le terme de but à l'objectif poursuivi par le législateur, pour ne parler que des mobiles de l'agent, ce dernier terme ayant le mérite de ne laisser subsister aucune équivoque sur le caractère subjectif du contrôle." (*Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°151, p. 98/99). Déjà en 1913, Etienne LAPARRE proposait la même distinction, valable aussi bien pour la théorie du détournement de pouvoir que pour celle de l'abus de droit : "nous posons cette distinction – pour nous essentielle – des mobiles et des motifs d'une part, et, d'autre part, du but. Un droit ne se sépare pas de son but ; ses limites ne sauraient être déterminées que par sa finalité sociale ... Les motifs et les mobiles sont extérieurs à l'acte et résident chez l'agent ; ce sont les raisons intimes et secrètes qui le déterminent à prendre telle décision ou à commettre tel acte. Ils sont étrangers absolument au but, à la fin objective recherchée immédiatement par la décision du fonctionnaire ou par l'acte du titulaire du droit."(*La théorie de l'abus de droit et la théorie du détournement de pouvoir*, Thèse, Paris, 1913, p. 8/9).

La distinction entre but poursuivi par le législateur et mobiles poursuivis par l'auteur de l'acte est une chose entendue pour Jean DABIN, qui explique, à propos du détournement de pouvoir, que "la constatation est souvent embarrassante en fait, parce qu'elle suppose la découverte du mobile réel qui a dicté l'acte et que l'exploration des mobiles est toujours chose délicate ... la notion même de détournement de pouvoir est relativement saisissable, à la condition d'ailleurs que l'on soit éclairé sur le but que la loi avait en vue en conférant le droit, ce qui est le cas lorsque le but est général." (*Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 251 et s., spéc. p. 259).

L'exemple de la décision de la Cour d'appel d'Aix en Provence du 5 septembre 2006[967] montre qu'il y a "détournement du but de l'adoption lorsque les considérations successorales ou fiscales sont le ressort principal de la démarche ou lorsqu'il s'agit de créer des relations juridiques étrangères aux rapports filiaux, par exemple entre deux concubins.".

229. Dès ce moment, une double approche du problème est possible : soit le juge se livre à une appréciation *in abstracto* (ou objective) de la situation, en cherchant seulement à vérifier si le but poursuivi était ou non conforme à l'institution ; soit le juge se livre à une analyse de la situation *in concreto* (ou subjective) et alors il devra apprécier pour quels motifs l'institution a été détournée de sa finalité[968].
En clair, le juge se contente t'il de l'existence d'un « hiatus » entre finalité de l'institution et but poursuivi par l'utilisateur, pour sanctionner le détournement d'institution, ou le juge va t'il plus loin dans son contrôle pour apprécier la légitimité du but poursuivi?
L'enjeu de cette distinction n'est pas seulement théorique, elle a une incidence en matière de sanction du détournement d'institution, mais aussi sur le fondement de celle-ci.

230. Si l'on se reporte à la jurisprudence concernant le détournement d'institution, deux constatations s'imposent :
- D'abord, les juges contrôlent si le but poursuivi par l'utilisateur de l'institution[969] est ou non conforme au but de celle-ci. Les décisions ont recours à des formules, qui marquent sans équivoque que les sujets, utilisateurs de l'institution « ont eu en vue uniquement un objet et un résultat étranger »[970] à l'institution ou l'ont utilisée « pour détourner à des fins particulières une institution d'intérêt collectif »[971]. D'autres rappellent que l'adoption « n'a pas pour objet

[967] Droit de la famille, mars 2007, n°54, p. 26 et s., note P. MURAT.
[968] La problématique n'est pas spécifique au détournement d'institution. Madame LEMEE explique à propos de l'abus de droit que : "c'est donc ici que passe la frontière entre l'acte illégal et l'acte abusif ; le contrôle auquel se livrera le juge reste un contrôle de l'abus tant que le juge apprécie seulement les mobiles du titulaire du droit. Au contraire, dès qu'il s'agit d'un contrôle du but dicté par le législateur, donc lorsque la question est de savoir si l'intéressé a bien eu en vue ce but, on passe du domaine subjectif qui est celui de l'abus au domaine objectif et au contrôle de la légalité de l'acte." (Jacqueline LEMEE, *Essai sur l'abus de droit.* Thèse, Paris XII, 1977, n°623, p.445). V. à propos du détournement de pouvoir, François TERRE, *Introduction générale au Droit*, 7ème éd., Dalloz, 2006, n°498, p.405 : " « Le contrôle du détournement de pouvoir consiste à confronter le mobile qui a animé l'auteur de l'acte au but poursuivi par la norme dont il tient ses pouvoirs ».".
[969] Le but pourra être « abusif », c'est-à-dire utilisé dans le but de nuire à autrui (adoption pour faire échec à la reconnaissance par le père naturel ou pour faire échec au droit de visite des grands parents), frauduleux (faire échec à un licenciement : jurisprudence sur la désignation des délégués syndicaux), (à la législation sur les baux ruraux : affaire Delle Petit), « instrumentalisant » (adoption pour créer un lien de couple, mariage pour acquérir la nationalité française).
[970] Cf. Cour d'appel de Paris 16 octobre 1958 ; JCP 1958, II, 10897.
[971] Soc. 26 octobre 1976 ; Bull. soc., n°526, p. 432.

de consacrer une situation de couple de quelque sexe que soient les personnes en cause mais de créer un état de filiation »[972].

La Cour de cassation n'exerce pas de contrôle sur le respect des conditions de mise en jeu de l'institution[973], mais il en va différemment s'agissant de la finalité de l'institution, puisqu'elle vérifie si l'utilisation faite de l'institution était ou non conforme à sa finalité.

Ainsi, par exemple, dans une décision du 28 février 1995[974], la Cour de cassation a estimé que la Cour d'appel "a **justement** décidé que l'adoption de Mme Z… par Marie Y… correspondait à la finalité de l'institution".

Si la Cour de cassation exerce un contrôle sur le respect de la finalité de l'institution, c'est parce qu'elle estime qu'en ne respectant pas le but fixé par le législateur, les sujets utilisant l'institution ne respectent pas l'esprit de la loi et donc en commettent une violation[975]. Ce faisant, la Cour suprême consacre la pensée de IHERING (à propos duquel Etienne LAPARRE[976] écrivait que "s'il est vrai, comme l'a montré Ihering, que le droit a surtout une valeur téléologique, violer le but de la loi sera encore et surtout violer la loi elle-même.").

L'utilisateur d'une institution qui n'en respecte pas la finalité et commet, ce faisant, un détournement d'institution, se rend dans le même temps « coupable » d'une illégalité, car il a violé l'esprit de la loi, donc la loi elle-même.

Le non respect de la finalité de l'institution est bien l'élément caractéristique du détournement d'institution, puisque les règles de fonctionnement de l'institution sont respectées. Mais l'esprit de ces règles ne l'est pas.

- Mais ensuite, les juges ne s'arrêtent pas à ce premier contrôle « objectif » de l'absence de respect de la finalité de l'institution, ils apprécient de façon « subjective », si les motifs présidant au détournement accompli sont ou non légitimes[977].

---

[972] TGI de Paris, 3 novembre 1982 ; en annexe à la chronique de Pierre RAYNAUD au D.1983, p. 39. – V. obs. RUBELLIN-DEVICHI, RTD civ. 1984, p. 307.

[973] Cf. *supra*, p. 214.

[974] Civ. 1ère 28 février 1995 ; n°pourvoi 93-12774, www.legifrance.gouv.fr ; On trouve aussi dans les arrêts de la Cour de cassation les formules telles que « la cour d'appel a estimé **à bon droit** » (Civ. 1ère 7 mars 1989 ; Gaz. Pal. 8 mars 1990, p. 131, note MASSIP. D. 1989, p. 477, note J. HAUSER) ou encore « le tribunal a **légalement** justifié sa décision » (Soc. 17 décembre 1975 ; Bull. soc., n°343, p. 283).

[974] Cf. *supra*, p. 79.

[975] La Haute juridiction ne dit pas autre chose dans les décisions rendues à propos des affaires de mères porteuses, puisque la décision de l'Assemblée plénière de la Cour du 31 mai 1991, qui consacre la notion de détournement d'institution, casse la décision de la Cour d'appel pour violation de la loi. (cf. *supra*, émergence jurisprudentielle, p. 68).

[976] Etienne LAPARRE, *La théorie de l'abus de droit et la théorie du détournement de pouvoir*, Thèse, Paris, 1913, p. 41.

[977] Les juges cherchent alors à comprendre le pourquoi du recours à l'institution, les raisons, les motivations profondes qui ont incité les parties à recourir à cette institution : légitimer un enfant naturel, dans le cadre d'un mariage simulé, acquérir la nationalité française, dans le cadre des mariages simulés, protéger un salarié d'une menace de licenciement, en le nommant comme représentant syndical …

En droit privé, la distinction des mobiles et du but, a été élaborée par la doctrine à propos des actes juridiques, lesquels sont traditionnellement perçus comme des manifestations de volonté en vue de créer des effets de droit[978]. Cette distinction peut être aisément transposée au détournement d'institution, car l'utilisation d'une institution passe par une manifestation de volonté, soit pour y adhérer, soit pour en sortir, donc par un acte juridique[979].

Pour JOSSERAND, les mobiles constituent "les raisons d'agir, les ressorts de la volonté ; ils représentent la «causa impulsiva», ou «causa remota» que Bartole opposait à la «causa finalis»[980].

---

[978] V. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 17. Sur cette distinction, cf. *supra*, p. 219.

[979] L'acte se définit "en un sens courant, tout fait de l'homme. Ex. acte puni par la loi ; acte dommageable ; acte d'hostilité ; acte de propriétaire ; de possesseur ; d'héritier ; englobe en ce sens, même des faits d'abstention (ex. acte de commission par omission) ; s'oppose à événement.". L'acte juridique est une "opération juridique (*negotium*) consistant en une manifestation de la volonté (publique ou privée, unilatérale, plurilatérale ou collective) ayant pour objet et pour effet de produire une conséquence juridique (établissement d'une règle, modification d'une situation juridique, création d'un droit, etc.). Ex. arrêté municipal édictant une réglementation de police ; décision nommant un fonctionnaire ; contrat translatif de propriété ou générateur d'obligation ; s'oppose à fait juridique, acte matériel et acte instrumentaire." (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., PUF, Quadrige, 2007, p. 16).
Le fait juridique est le « fait quelconque (agissement intentionnel ou non de l'homme, événement social, phénomène de la nature, fait matériel) auquel la loi attache une conséquence juridique (acquisition d'un droit, création d'une obligation, etc.) qui n'a pas été nécessairement recherchée par l'auteur du fait ». (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., PUF, Quadrige, 2007, p. 400).
L'acte juridique, ou le fait juridique, peuvent, selon les circonstances donner naissance ou entraîner la disparition d'une institution juridique (la mort, fait juridique, entraîne la dissolution du mariage par exemple), mais les conditions de création ou de disparition d'une institution sont encadrées par le Droit et la volonté, qui sert de support aux actes juridiques (manifestation de volonté destinée à créer des effets de droit) doit être conforme à la finalité de l'institution à laquelle elle doit adhérer ou elle peut ne pas adhérer.
Un auteur s'est intéressé aux relations existant entre institution juridique, acte et fait juridique. Julien BONNECASE rappelle ce qu'on doit entendre par acte juridique et fait juridique : "L'acte juridique est une manifestation extérieure de volonté, bilatérale ou unilatérale, dont le but direct est d'engendrer, sur le fondement d'un règle de droit ou d'une institution juridique, à l'encontre ou au profit d'une ou plusieurs personnes, un état, c'est-à-dire une situation juridique permanente et générale, ou, au contraire, un effet de droit limité se ramenant à la formation, à la modification ou à l'extinction d'un rapport de droit"(Julien BONNECASE, *Introduction au Droit. Le problème du Droit devant la philosophie, la science et la morale*, Sirey, 1926, n°10, p. 34/35 ; Cf. également, *Introduction à l'étude du Droit. Notions élémentaires*, 3ème éd., Sirey, 1939, n°62, p. 80).
Pour Julien BONNECASE, "L'institution juridique est, au point de vue de la technique juridique, la notion suprême ; au fond, pour être bien comprises et rationnellement appliquées, les règles de droit doivent toujours être considérées à travers l'institution dans lesquelles elles s'absorbent … les institutions juridiques dominent du même coup l'acte juridique, car acte juridique et fait juridique se trouvent avoir pour seule puissance, étant donné le lien intime de la règle de droit et de l'institution juridique, d'entraîner le fonctionnement des institutions juridiques." (Julien BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de G. BAUDRY-LACANTINERIE*, T. I, Sirey, 1924, n°382, p. 591. Julien BONNECASE, *Introduction au Droit. Le problème du Droit devant la philosophie, la science et la morale*, Sirey, 1926, n°8, p. 28 ; Cf. également, *Introduction à l'étude du Droit. Notions élémentaires*, 3ème éd., Sirey, 1939, n°62, p. 80). BONNECASE précise un peu plus loin sa pensée : "l'institution vise un mécanisme externe qui n'entre en mouvement que par l'intermédiaire d'un autre mécanisme, qui peut être tantôt un acte juridique et tantôt un fait juridique" (Julien BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de G. BAUDRY-LACANTINERIE*, T. I, Sirey, 1924, p. 660).

[980] JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, n°18, p. 14. JOSSERAND aborde la question de la finalité à l'occasion de la définition des mobiles : "Ainsi, les mobiles nous apparaissent comme les divers sentiments, les divers intérêts, les innombrables passions dont l'âme humaine est susceptible d'être agitée ; avec eux, ... nous touchons à la finalité de leurs actes et à leur détermination".
Par finalité, JOSSERAND vise, non plus le but immédiat de l'acte, qu'il qualifie de «cause», mais le but ultime de celui-ci.

Là encore plusieurs exemples du contrôle auquel le juge se livre peuvent être proposés.

Le premier exemple peut être tiré de l'arrêt Appieto[981], dans lequel la Cour de cassation a considéré qu'un mariage « fictif » était valable, lorsque le but poursuivi par les époux était légitime (en l'espèce le mari avait avoué que le but de la manœuvre des époux était de légitimer un enfant naturel)[982].

De même, dans la jurisprudence relative aux désignations frauduleuses des délégués du personnel, il a été relevé que les tribunaux ont validé l'utilisation qui avait été faite de l'institution, si la désignation avait aussi pour objet la défense de l'intérêt des salariés de l'entreprise[983].

Un autre exemple très instructif peut aussi être tiré d'un arrêt de la Cour de cassation du 11 juillet 2006[984], dans lequel la Cour indique que "la conscience chez l'adoptant des effets successoraux que l'adoption ne manquerait pas d'entraîner ne pouvait être considérée comme constitutive d'un détournement de l'institution dès lors que le dossier révélait qu'il existait d'autres motifs justifiant l'adoption". La Cour de cassation est très claire sur le type de contrôle qui est exercé par le juge en matière de détournement d'institution : le juge contrôle si le but poursuivi est ou non conforme à la finalité de l'institution (contrôle objectif), mais il ne s'arrête pas à ce premier contrôle. Car même s'il est avéré qu'un détournement d'institution a été « constitué », le juge doit effectuer un deuxième contrôle (subjectif) et rechercher s'il « existait d'autres motifs justifiant » le recours à l'institution.

Ce but ultime est livré par une catégorie de mobiles que JOSSERAND qualifie de «mobiles téléologiques ou mobiles-buts». Il explique que "De tels mobiles ont une puissance de réalisation, plutôt encore de détermination ; ils se rattachent à la loi de finalité plutôt qu'à celle de causalité ; ils portent l'avenir en eux-mêmes ; ils nous édifient, non plus seulement sur les conditions dans lesquelles la volonté s'est déclenchée ; mais aussi et surtout sur le but qu'elle poursuit, sur sa finalité, sur sa virtualité." (Louis JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, n°7 et suiv.). V. Gérard CORNU (Droit civil. Introduction. Les Personnes. Les Biens. 12ème éd., Montchrétien, 2005, n°25, p. 22), qui explique que "Quant aux mobiles, le droit ne les considère jamais isolément. Je peux haïr intensément autrui, éprouver dans mon cœur les passions les plus agressives, le droit ne s'en préoccupe pas, jusqu'au jour où ces sentiments se concrétisent dans une violence matérielle.".

[981] Civ. 1ère, 20 novembre 1963, D. 1964, note RAYMOND.

[982] François BOULANGER explique qu'il "est en effet possible qu'au départ l'utilisation d'un but particulier ne soit pas nécessairement un détournement. Dans la célèbre affaire *Appieto* … la Cour de cassation avait maintenu l'union, étant donné, d'après elle que « le souci d'assurer à l'enfant une naissance légitime constitue l'une des raisons majeures de l'institution du mariage » … S'il s'avère au contraire que les seules fins sont radicalement étrangère au but de l'institution, la jurisprudence … se prononçait pour la nullité totale du lien créé" (François BOULANGER, *Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ?* JCP 1993, I, n°3665, p. 151 et s.).

[983] La décision de la Cour de cassation du 17 décembre 1975 est très révélatrice sur ce point : la Cour approuve les juges du fond qui, après avoir relevé que la désignation du salarié s'expliquant « par son action constante en faveur de son organisation », avaient rejeté la demande d'annulation de la désignation, aux motifs que « la preuve n'était pas apportée que la désignation ait eu pour effet de détourner à des fins individuelles une institution ». Les autres décisions rendues dans ce domaine précisent bien, pour sanctionner le détournement, que la désignation avait eu « **uniquement** » pour but ou « **pour seul objet** »de protéger le salarié désigné contre le licenciement. Cf. *supra*, émergence jurisprudentielle, p. 52.

[984] Civ. 1ère 11 juillet 2006 ; Bull. civ. 2006, I, n°384.

A l'inverse, l'absence de légitimité des motifs invoqués justifie la sanction du détournement de l'institution (comme dans l'affaire de l'adoption dans le but de faire échec aux relations de l'enfant avec ses grands parents[985]).

Les tribunaux refusent donc de paralyser le fonctionnement d'une institution, lorsque le but poursuivi par le sujet est légitime, ou lorsqu'il se situe dans un cas de figure qui ne heurte pas l'esprit de l'institution.

231. Il est ainsi manifeste que le contrôle opéré par le juge s'effectue en réalité en deux temps. Dans un premier temps, en effet, le juge va rechercher pour quelle finalité l'institution a été créée, la recherche étant alors objective. Mais dans un deuxième temps, le juge va rechercher effectivement les mobiles de l'auteur de l'acte, « sonder les âmes et les cœurs », le contrôle est alors sans équivoque possible un contrôle subjectif.

C'est de la confrontation de l'élément objectif – recherche de la finalité de l'institution − et l'élément subjectif du contrôle – recherche de l'intention de l'auteur de l'acte – que le juge déduira l'existence ou non d'un détournement d'institution[986].

Affirmer, en fait, que l'utilisateur de l'institution poursuit un but précis en ayant recours à une institution déterminée, signifie par ailleurs que la démarche qui est la sienne est une démarche volontaire.

§2- L'« Elément intentionnel »[987] du détournement d'institution

232. Partant de l'analyse de la volonté, de l'intention et des mobiles en droit pénal, JOSSERAND définit la volonté comme "la volition envisagée par rapport à un acte et abstraction faite de ses conséquences"[988].

Une définition moins abstraite est proposée par Madame DEBOISSY[989], à propos de la simulation : "La volonté peut se définir comme la faculté de se déterminer librement à agir ou à s'abstenir en pleine connaissance de cause et après réflexion". Elle distingue la volonté de l'intention : "L'intention se définit pour sa part comme le fait de se proposer un certain but.

---

[985] Civ. 1ère 7 mars 1989 ; Gaz. Pal. 8 mars 1990, p. 131, note MASSIP. D. 1989, p. 477, note J. Hauser.

[986] A l'évidence, comme l'avaient déjà noté FLOUR et AUBERT à propos de l'abus de droit, "C'est forcément après coup que le juge peut dire si tel droit a été exercé conformément ou non à sa finalité sociale. Cela suppose, tout à la fois, qu'il détermine, abstraitement, cette finalité et qu'il détecte, concrètement, les mobiles qui ont incité l'intéressé à agir.". FLOUR et AUBERT, *Les Obligations. Le fait juridique*, 13ème éd. Par Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, Sirey, 2009, n°123, p. 139.

[987] Pour Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 503 : l'intention est une "résolution intime dans un certain sens, donnée psychologique (relevant de la volonté interne) qui, en fonction du but qui la qualifie, est souvent retenue comme élément constitutif d'un acte ou d'un fait juridique".

[988] JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, n°7, p. 7.

[989] Florence DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, LGDJ 1997, n°95, p. 36.

Autrement dit, il est nécessaire qu'une volonté de simuler soit constatée et qu'elle soit orientée vers l'obtention d'un certain résultat. Il est donc important de distinguer la volonté de simuler du but poursuivi : si la simulation est volontaire, elle est également intentionnelle.".
Assurément, l'utilisateur d'une institution qui cherche à lui faire jouer un rôle pour lequel elle n'a pas été conçue oriente sa volonté vers l'obtention d'un certain résultat.

233. Dans la jurisprudence relative au détournement d'institution, des décisions relèvent l'existence d'une intention de détourner l'institution, par exemple :
- à propos des maternités de substitution, la Cour de cassation prend soin de souligner le caractère intentionnel du détournement : "l'activité de l'association, qui tend **délibérément** à créer une situation d'abandon[990]";
- dans l'affaire jugée le 7 mars 1989 par la Cour de cassation (adoption dans le but de faire échec aux relations des enfants avec les grands parents), la Cour d'appel avait noté "le fait de s'être abstenu **sciemment** d'informer le tribunal ... de circonstances qui auraient pu influer de manière déterminante sur sa décision"[991];
- la même remarque peut être faite à propos de l'adoption effectuée pour faire échec aux droits des fermiers[992] : "après avoir constaté que Melle Petit avait pris elle-même l'initiative des démarches ayant conduit à l'adoption … et qu'elle avait déposé sa requête en pleine connaissance de cause, consciente de toutes les conséquences de son acte".
Le plus souvent, l'élément intentionnel est sous entendu dans les décisions et se déduit du détournement qui a été opéré.

234. En outre, l'intention qui anime le sujet se traduit, en pratique, par le fait que le recours à un détournement d'institution présente une réelle utilité[993] pour son auteur, il ne peut être question ici d'un acte purement gratuit. Le détournement d'institution est un moyen au service d'une fin, qui permet à l'utilisateur de l'institution de faire jouer à cette dernière un rôle pour lequel elle n'a pas été conçue, dans le but d'obtenir un avantage (obtenir la nationalité française) ou de bénéficier d'un statut ; le but qui est poursuivi ne correspondant pas à celui pour lequel l'institution a été créée[994].

---

[990] C'est nous qui soulignons. Civ. 1ère 13 décembre 1989, précité.
[991] C'est nous qui soulignons. Civ. 1ère 7 mars 1989.
[992] Civ. 1ère 19 novembre 1991.
[993] *(u-ti-li-té)* **s. f.** :**1°**Qualité d'être utile, de servir à quelque chose ... Cela n'est d'aucune utilité, cela n'est d'aucun usage, ne sert à rien. L'utilité de..., au sens actif, ce à quoi sert une chose … L'utilité de, au sens passif, l'avantage retiré par. (Dictionnaire Littré). Sur le plan juridique, le terme d'utilisation renvoie en outre à l'idée d'organisation, d'anticipation, de caractère « programmé » de l'usage qui va être fait de l'institution.
[994] V. Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges MALAURIE, Defrénois, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 255 : "Le détournement d'institution permet au sujet d'obtenir un droit auquel il ne

L'analyse de la jurisprudence montre que, presque toujours, la situation à appréhender ne pouvait l'être par les institutions existantes, puisque soit la situation était nouvelle et correspondait à une situation de vide juridique[995], soit l'avantage recherché ne pouvait être obtenu par d'autres moyens, en raison d'une prohibition de la loi par exemple[996].

Le sujet voulant faire appréhender par le droit une telle situation, se trouve alors confronté au problème de faire « entrer » une telle situation dans les institutions existantes, afin d'atteindre le but recherché. Il a donc un intérêt à l'utilisation de cette institution, même si le but visé n'est pas le but de l'institution.

Mais l'existence d'une utilité de l'acte se double parfois d'une intention de nuire, comme dans l'affaire où l'adoption avait été utilisée par une mère, veuve puis remariée, pour couper de leur famille d'origine et notamment des grands-parents ses deux enfants[997]. L'intention de nuire était établie, et l'adoption présentait bien une utilité pour son auteur puisque c'était le moyen juridique de rattacher les deux enfants au nouveau ménage.

Le but immédiat poursuivi ici par la mère, rompre les liens avec la famille d'origine, était bien un effet de l'adoption plénière[998], mais cet effet avait été recherché dans le seul but de nuire aux grands-parents paternels des deux fillettes, but ultime de l'opération. L'intention de nuire, qui est en réalité le moteur de l'opération, la « *ratio decidendi* », ne correspond pas au but de l'institution, qui est en l'espèce de favoriser l'intégration de l'enfant dans sa nouvelle structure familiale.

L'effet recherché, que l'on peut qualifier de but immédiat de l'opération, ne doit en aucun cas être confondu avec le but de l'institution. L'utilité de l'opération envisagée n'est pas un critère permettant de « sauver » cette dernière, c'est au contraire un élément supplémentaire permettant de renforcer la conviction qu'il y a bien en l'espèce un détournement d'institution.

Le critère de l'utilité du détournement d'institution apparaît bien comme un élément constitutif de ce dernier : le détournement d'institution est utile pour son auteur, plus précisément, l'utilisation de l'institution est nécessaire pour obtenir l'effet recherché, qui est un des effets attachés à la création ou à la mise en place de l'institution.

Si l'élément intentionnel est un élément fondamental de reconnaissance du détournement d'institution, au même titre que la réunion des conditions matérielles, l'étude de la

peut prétendre, ou de se décharger d'un devoir qui lui incombe, ou, plus largement, de se placer dans une situation juridique profitable ou d'échapper à une situation juridique préjudiciable. Le détournement *profite ainsi à son auteur.*".

[995] Adoption entre homosexuels par exemple, ce qui a « provoqué » l'institution du PACS par la loi 99-944 du 15 novembre 1999.

[996] Voir la jurisprudence sur les mères porteuses. La prohibition de l'article 16-7 du Code civil a incité les parents à avoir recours à l'institution de la reconnaissance ou de la légitimation.

[997] Civ. 1ère 7 mars 1989, précitée.

[998] Article 356 du Code civil.

jurisprudence montre qu'une autre question présente un aspect presque « vital » pour caractériser l'existence du phénomène, c'est la question de la preuve du détournement d'institution.

SECTION II : LA PREUVE DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

235. La problématique de la preuve est certainement la plus grande difficulté à laquelle se heurtent les plaideurs, qui soulèvent l'existence d'un détournement d'institution, aux fins de fonder leurs prétentions.
S'il est assez facile d'établir que les règles légales formant l'institution ont été respectées, en revanche, il est indispensable d'établir les motifs qui ont présidé au recours à l'institution, afin de convaincre le juge que ces motifs ne sont pas conformes à la finalité de l'institution utilisée. Ces motifs sont des éléments de nature psychologique[999], dont la preuve ne peut être rapportée que dans la mesure où ils s'extériorisent, ce qui fait toute la difficulté[1000].
En doctrine, beaucoup d'auteurs considèrent qu'à partir du moment où l'intention est extériorisée, elle va se matérialiser par des actes, que le droit pourra alors avoir vocation à appréhender. Georges RENARD[1001] rappelait ainsi qu' "il n'est pas exact que le droit ne s'occupe pas des intentions ; mais il n'en connaît qu'à travers les signes extérieurs qui les trahissent ou les font présumer.".

En fait, le détournement d'institution ne présente guère d'originalité par rapport au droit commun, en ce qui concerne les questions de preuve, car les discussions classiques sur l'objet de la preuve (§1) et de charge de la preuve (§2) se retrouvent lorsqu'il s'agit d'en établir l'existence.
En ce qui concerne les moyens de preuve, les éléments à prouver étant des faits juridiques[1002], la preuve en est libre, conformément aux dispositions de l'article 1341 du Code civil.

§1- L'objet de la preuve

236. L'objet de la preuve correspond à la question traditionnelle en procédure civile qui est « que doit-on prouver ? ». L'article 9 du Nouveau Code de procédure civile y répond en

---

[999] Cf. *supra*, élément intentionnel, 224.
[1000] Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 252 considère, au contraire, que la preuve indirecte des « mobiles » poursuivis est assez « facile », grâce au recours aux témoignages et aux présomptions.
La problématique n'est de ce point de vue pas spécifique au détournement d'institution, elle touche tous les mécanismes juridiques, tels l'abus de droit ou la fraude à la loi, qui prennent, de la même manière, en compte l'intention des sujets de droit pour apprécier la licéité de leur comportement. (Cf. infra, 2ème partie, p. 308 et s.).
[1001] Georges RENARD, *La philosophie de l'Institution*, Sirey, 1939, p. 266. V. également André DESQUEYRAT, *La théorie de l'institution, le droit objectif et la technique positive. Essai historique et docrinal*, Thèse, Paris, Sirey, 1933, p. 209/210 ; Julien BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit. Notions élémentaires*, 3ème éd., Sirey, 1939, n°17, p. 37.
[1002] Dans la mesure où l'intention de l'utilisateur se traduit par des actes.

indiquant qu'il «incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».

Lorsqu'une institution juridique n'a pas été utilisée conformément à son objet, il faut prouver les éléments de fait qui permettent d'établir que la fin poursuivie en l'espèce, par celui qui a eu recours à l'institution juridique, n'est pas la finalité prévue par l'institution.

Il est bien évident que l'objet de la preuve sera différent en fonction de l'institution qui a été utilisée.

237. Plusieurs exemples, tirés des différents domaines dans lesquels des détournements d'institution ont été appréhendés par la jurisprudence, permettront de pointer du doigt les difficultés à résoudre dans le cadre de l'objet de la preuve.

Le droit du travail, terre natale du concept de détournement d'institution, donne des illustrations des éléments retenus par les juges du fond, pour admettre la preuve du détournement d'institution.

S'agissant des désignations « frauduleuses » de délégués syndicaux, la jurisprudence retient comme preuves que la désignation a été faite dans le but de protéger le salarié contre un licenciement, la « hâte »[1003] avec laquelle la désignation avait été faite, la désignation « ayant pour seul objet de protéger l'intéressé contre le licenciement »[1004]. Souvent, c'est surtout l'absence d'activité syndicale antérieure dans l'entreprise du salarié désigné qui sera le révélateur du détournement[1005].

La décision de la Cour d'appel de Versailles concernant le détournement de l'institution du congé sabbatique[1006] est également très intéressante, car la Cour d'appel énumère les faits qui lui permettent d'induire l'existence de l'intention de détourner l'institution[1007]. La Cour

---

[1003] Soc. 18 juin 1975, précité.

[1004] Crim. 18 octobre 1977 et 6 novembre 1979.

[1005] Soc. 17 décembre 1975, qui approuve la validation de la désignation par le juge d'instance, qui avait retenu que la désignation du salarié s'expliquait « par son action constante en faveur de son organisation ».

[1006] Cour d'appel de Versailles, 5ème ch., 6 novembre 1990; Gaz. Pal. 1991, 2e sem., pan. jur., p. 6, n°4.

[1007] « Considérant que l'existence de ce détournement ressort des faits suivants :

- Monsieur B. savait qu'il serait engagé par la SA Ets D. lorsqu'il a demandé son congé puisque le contrat de travail avec cette société a été signé le 12 mai 1986, avant même le début de ce congé, et son activité a débuté immédiatement après, le 20 mai 1986,
- dans sa lettre du 19 avril 1986, Monsieur B. tente de faire dire à la SA P. qu'elle ne souhaite pas envisager sa réintégration à l'issue du congé sabbatique,
- dans sa lettre du 10 novembre 1986, il tente à nouveau la même manœuvre,
- dans cette même lettre il ne propose nullement de reprendre son poste au sein de la SA P. et ne fera d'ailleurs jamais une telle proposition, ni aucune tentative en ce sens,
- alors qu'il aurait dû dénoncer son contrat avec la SA Ets D. un mois à l'avance, il n'a pris aucune initiative en temps utile, se trouvait donc lié par cet engagement, et ne pouvait pas reprendre ses activités au sein de la SA P. le 17 novembre 1986,
-Monsieur B. ne peut sérieusement soutenir qu'à l'issue de son congé il a hésité entre abandonner son poste de Directeur Général de la SA Ets D. aux appointements de 450 000 francs pour son emploi antérieur pour lequel il percevait moins de 360 000 francs et sur la durée duquel il pouvait douter puisque la SA P. cherchait alors à

explique préalablement en quoi il y a eu détournement : « pour conduire son employeur à refuser de le réintégrer à l'issue de son congé, et ainsi éviter de donner sa démission, avant d'être engagé comme Directeur Général de la SA Ets D. »[1008].

238. En droit de la famille, les exemples du mariage et de l'adoption donnent également la mesure des difficultés relatives à l'objet de la preuve.

Le cadre des oppositions à mariage a été le théâtre d'une affaire, jugée par le Tribunal de grande instance de La Rochelle le 2 mai 1991[1009]. Dans cette espèce, c'était le ministère public qui était l'auteur de l'opposition[1010], car il soupçonnait, en raison des circonstances particulières de l'espèce[1011], que le mariage projeté n'avait eu pour seul but de permettre à l'épouse, de nationalité mauricienne, d'acquérir la nationalité française.

Le Tribunal, analysant les éléments de fait qui lui étaient soumis, a estimé que l'intention matrimoniale existait bien en l'espèce et a retenu que même si le mari "ne pourra accomplir l'intégralité de ses devoirs d'époux qu'en mars 2002 à l'issue de la peine privative de liberté actuellement purgée, cette situation n'empêche pas que se produisent certains effets du mariage comme l'aide ou l'assistance entre époux". Le Tribunal en a logiquement conclu que l'acquisition de la nationalité française ne paraissait pas "en l'état", être le seul but du mariage.

En fait, en l'espèce, tout va être fonction de la situation qui aura été constatée à l'issue de la période d'incarcération du mari. De deux choses l'une, ou bien les époux auront mené une vie conjugale normale et dans ce cas l'opposition n'était pas fondée, ou bien il n'y a pas eu de vie conjugale normale et alors le mariage était bien «fictif» [1012].

Des précisions sur ce qui doit être prouvé, en matière de détournement du mariage, ont été apportées dans une décision de la Cour d'appel de Versailles, du 9 mars 2006. La Cour, qui était saisie de la question de la mainlevée d'une opposition à mariage faite par le ministère public, rappelle que « la seule circonstance que l'un des futurs époux soit en situation

diminuer ses effectifs ; Considérant qu'il ressort de tous ces éléments de fait que Monsieur B. n'a jamais eu l'intention de reprendre ses activités au sein de la SA P. à l'issue de son congé sabbatique ».

[1008] Dans une affaire jugée par la Cour d'appel d'Agen le 20 juin 1989, un "stagiaire avait été engagé par un contrat S.I.V.P. afin de recevoir une formation sur la vente en gros de vêtements", l'entreprise ayant remercié le stagiaire avant le terme du contrat, celui-ci "entreprit alors d'établir le détournement de l'objet du stage, en se prévalant de certaines anomalies. Le chef d'entreprise, désigné comme tuteur, exerçait ses activités professionnelles dans l'Aisne, alors que le stagiaire était affecté à un magasin situé dans le Lot-et-Garonne ! Le tutorat apparaissait ainsi comme tout à fait fictif et le prétendu stagiaire occupait en fait un emploi de la même manière et dans les mêmes conditions qu'un salarié." (Henry BLAISE, JCP 1990, II, 21445).

[1009] D.1991, p. 261, note GUIHO.

[1010] Sur cette possibilité pour le ministère public de faire opposition à un mariage, cf. note GUIHO, citée note 99.

[1011] En effet, le futur époux était incarcéré pour une longue peine à Saint-Martin de Ré et la future épouse résidait à l'Ile Maurice.

Les futurs époux ne s'étaient jamais rencontrés, mais avaient échangé une correspondance pendant un an.

[1012] La formule «en l'état» utilisée par le tribunal traduit certainement cette idée.

irrégulière ne peut suffire à prouver que la célébration du mariage n'a d'autre but que l'obtention d'un titre de séjour » et constate en l'espèce que « rien dans l'enquête de police ne fait la preuve qui incombe au ministère public, de la recherche d'un but étranger à l'institution du mariage comme de l'absence de véritable intention matrimoniale chez les intimés »[1013].

En général, en matière de mariages « fictifs », c'est le comportement postnuptial des époux qui permet de constater si le consentement exprimé était bien réel ou non[1014].

Bien sûr, la grande difficulté réside dans la preuve de l'attitude des époux : mais souvent, l'absence de communauté de vie[1015] va être le révélateur, après coup, de l'existence du mariage «apparent»[1016]. D'ailleurs, le législateur, dans le cadre de la lutte contre de tels mariages, en a tenu compte puisque le Code de la nationalité, refondu en 1993[1017], puis en

---

[1013] V. également Cour d'appel d'Agen, ch. 1, 22 février 2006, www.legifrance.gouv.fr., dans laquelle la Cour estime que la communauté de vie était établie et que « la célébration, au vu et au su de nombreuses personnes, démontre la réalité des sentiments matrimoniaux unissant les époux ». A l'inverse, la même Cour d'appel d'Agen, dans une décision rendue quelques mois plus tard, le 26 avril 2006, (www.legifrance.gouv.fr.), montre que le ministère public a eu plus de « chance » pour démontrer que l'opposition à mariage était fondée. La Cour constate que le projet de mariage avait été déposé en mairie en octobre 2005 ; que la future épouse, qui déclarait habiter avec son futur mari depuis le 30 octobre 2005, n'avait toujours pas donné congé le 23 novembre 2005, au propriétaire du logement dont elle était locataire ; que la future mariée vivait en concubinage jusqu'en septembre 2005 avec une personne qu'elle avait brutalement congédiée sans explications ; que le futur époux avait indiqué qu'il ne connaissait pas sa future belle-famille et que la future épouse avait fait le même aveu ; que le futur mari avait a deux reprises, alors que son titre de séjour venait à expiration, tenté de contracter mariage avec des femmes de nationalité française. La Cour considère que « eu égard à ces éléments qui démontrent une précipitation certaine et une clandestinité évidente, la preuve d'une absence de volonté matrimoniale est démontrée ». V. Civ. 1ère 7 juin 2006, n° de pourvoi 05-15679, www.legifrance.gouv.fr., qui retient qu'il « n'était pas établi que le mariage ait été contracté dans un but étranger à son institution ».

[1014] Comp. cependant, Cour d'appel de Colmar, dans une décision du 11 janvier 2007, n° RG 05/03689, www.legifrance.gouv.fr., qui reproche au demandeur de fonder « l'essentiel de son argumentation sur le comportement de son épouse postérieurement à la célébration du mariage pour en conclure que le seul but du mariage était d'obtenir un titre de séjour en France ». Cet arrêt a été cassé par la première chambre civile de la Cour de cassation, par décision du 11 février 2009, www.legifrance.gouv.fr., mais sur le fondement de l'article 3 du Code civil, concernant notamment les conflits de lois en matière de statut personnel.

[1015] Cela pourrait être également le changement d'attitude de l'époux, qui a obtenu son titre de séjour, vis-à-vis de l'autre. Cf. Civ. 1ère 6 juillet 2000, n° de pourvoi 98-10462 ; www.legifrance.gouv.fr.

[1016] V. déjà en ce sens, Versailles, 15 juin 1990, *cité supra*. Comp. Cour d'appel de Douai, 14 janvier 2008, n° RG 06/6780, www.legifrance.gouv.fr., qui indique que « l'absence de cohabitation et l'absence de relations sexuelles entre les époux ne suffisent pas à caractériser l'absence d'intention matrimoniale de Monsieur X… dès lors que cette situation a été acceptée par Madame Z… et que les témoignages produits par Monsieur X… expliquent que le mariage religieux devait être célébré après que Madame Z… ait terminé ses études et que conformément à la religion musulmane les époux avaient choisi d'attendre cette célébration pour consommer le mariage ». Le mariage non suivi de cohabitation mais aussi de relations sexuelles a-t-il encore pour but de « fonder un foyer » ? La Cour rappelle pourtant ce but : « Il ne ressort pas des éléments de la cause que la volonté de Monsieur X… lors du mariage étant autre que celle de fonder une famille avec Madame Z… ».

[1017] Loi 93-933 du 22 juillet 1993 insérant un nouvel article 21-2 dans le Code civil : « L'étranger ou apatride qui contracte mariage avec un conjoint de nationalité française peut, après un délai de quatre ans à compter du mariage, acquérir la nationalité française par déclaration à condition qu'à la date de cette déclaration la communauté de vie tant affective que matérielle n'ait pas cessé entre les époux depuis le mariage et que le conjoint français ait conservé sa nationalité.

Le délai de communauté de vie est porté à cinq ans lorsque l'étranger, au moment de la déclaration, soit ne justifie pas avoir résidé de manière ininterrompue et régulière pendant au moins trois ans en France à compter du mariage, soit n'est pas en mesure d'apporter la preuve que son conjoint français a été inscrit pendant la durée de leur communauté de vie à l'étranger au registre des Français établis hors de France. En outre, le mariage célébré à l'étranger doit avoir fait l'objet d'une transcription préalable sur les registres de l'état civil français.

2003 et 2006[1018], et inséré dans le Code civil, prévoit désormais la nécessité d'une cohabitation prolongée de deux ans entre les époux pour qu'il y ait acquisition de la nationalité française.

S'agissant de l'adoption, la jurisprudence sur l'adoption - succédané au mariage – fait de la question de la preuve la condition préalable de la reconnaissance éventuelle d'un détournement d'institution.

La Cour de cassation n'a pas manqué l'occasion de sanctionner les plaideurs qui ne caractérisaient pas suffisamment l'absence de respect de la finalité de l'institution. Par exemple, une décision du 8 juin 1999[1019], rappelle que la preuve doit être apportée que " l'adoption avait été sollicitée pour permettre la création de relations homosexuelles " ou "pour les favoriser ou les consacrer ".

Une décision récente de la Cour d'appel d'Aix, rendue en 2006[1020], donne d'intéressantes précisions sur les éléments permettant de démontrer l'existence d'une relation homosexuelle entre l'adoptante et l'adoptée (témoignages, déclarations de l'adoptée dans un rapport de police établi suite au décès de l'adoptante) ; et à démontrer négativement l'absence d'intention de créer un lien de filiation : indice d'absence de volonté de protection « filiale » déduit du faible écart d'âge entre l'adoptante et l'adoptée (la Cour relève qu'il « n'y avait que quinze ans de différence d'âge entre l'adoptante et l'adoptée, mariée et socialement installée à l'époque où elles ont fait connaissance »), et absence d'emprunt du nom de l'adoptante de la part de l'adoptée.

En fait, les juges déduisent souvent l'existence d'un détournement d'institution de l'adoption, en général, de l'absence de preuve de liens à caractère filial entre l'adoptant et l'adopté. Dans deux décisions rendues le même jour[1021], la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir « rappelé à juste titre qu'il lui appartenait d'apprécier l'opportunité de l'adoption sollicitée en considération de l'intérêt de l'enfant et de la vie de famille, qu'elle pouvait la refuser si le but poursuivi constituait un détournement de l'institution et que la finalité de l'adoption résidait dans la création d'un lien de filiation, la cour d'appel a relevé que M. P…, qui avait précisé que M. R… , son beau-frère, vivait à l'étranger (1ère espèce) / S… ne vivait pas chez lui (2ème espèce), ne s'était pas exprimé sur les liens personnels qui les unissaient et

Le conjoint étranger doit en outre justifier d'une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française ».

[1018] Loi 2006-1376 du 14 novembre 2006, JO 15 novembre 2006 et décret d'application 2007-773 du 10 mai 2007, JO du 11 mai 2007. La loi insère dans le Code civil des articles 171-1 à 171-8 qui contiennent des dispositions renforçant les contrôle de validité des mariages célébrés en France et par des français à l'étranger.

[1019] Civ. 1ère, 8 juin 1999, Dr. Famille 1999, comm. 124, note P. MURAT, précité.

[1020] Cour d'appel d'Aix en Provence, 6ème ch., sect. A, 5 septembre 2006, Dr. famille 2007, n°54, note Pierre MURAT. Cf. *supra*, jurisprudence sur l'adoption dans le but de créer un lien de couple, p. 60.

[1021] Civ. 1ère, 25 janvier 2005. Gaz. Pal 2005, Somm., 2784 ; www.legifrance.gouv.fr, n° de pourvois 01-12.108 et 01-12.109.

qu'il ne justifiait, ni même n'alléguait dans ses écritures entretenir avec lui une relation à caractère filial … a souverainement déduit que sa requête devait être rejetée »[1022].

L'absence de preuve du lien filial peut encore résulter d'une part de l'âge de l'adopté (18 ans), à l'époque de la vie commune des époux et d'autre part de la présence effective d'un père légitime (demande d'adoption de l'enfant du conjoint suite à un remariage).[1023]

Une nouvelle illustration de l'aspect capital de la preuve, pour admettre ou non l'existence d'un détournement d'institution, peut être trouvée dans deux décisions de la Cour de cassation, l'une du 22 juin 2004[1024] et l'autre du 11 juillet 2006[1025]. Dans la première, la Cour a retenu chez l'adoptant la sénescence « normale », le manque d'objectivité, son état de « suggestibilité » et le fait que l'adoptée s'était prévalue de la qualité de conjoint de l'adoptant pour l'obtention d'un prêt, pour admettre l'existence d'un détournement de l'institution de l'adoption. Dans la seconde, la Cour de cassation estime, au contraire, que « la conscience chez l'adoptant des effets successoraux que l'adoption ne manquerait pas d'entraîner ne pouvait être considéré comme constitutive d'un détournement de l'institution dès lors que le dossier révélait qu'il existait d'autres motifs justifiant l'adoption »[1026]. En l'espèce la preuve de liens d'affection et de soins prodigués par l'adoptée ont été jugés suffisants pour écarter le détournement d'institution. La Cour a écarté l'argument des auteurs du pourvoi, qui reprochaient aux juges du fond de n'avoir pas recherché « si cette adoption avait, pour les parties, compte tenu de l'âge de l'adoptant, de leur rapport de parenté et de la situation familiale de l'adopté, un intérêt autre que successoral ».

S'agissant des maternités de substitution, une décision de la Cour d'appel de Nîmes[1027] a donné, dans le cadre d'une procédure en tierce opposition à un jugement d'adoption, des

---

[1022] Cf. *supra*, domaine du détournement d'institution, p. 166.

[1023] Cf. Cour d'appel d'Aix en Provence, 5 décembre 2007 ; www.legifrance.gouv.fr, n°RG06/17298.

[1024] Cf. également Civ. 1ère 22 juin 2004, Dr. Famille 2005, com. 30, note Pierre MURAT. Cf. *supra*, émergence jurisprudentielle, l'adoption à but successoral, p. 66.

[1025] Civ. 1ère 11 juillet 2006, Bull. civ. 2006, I, n°384.

[1026] Cf. *supra*, émergence jurisprudentielle, l'adoption à but successoral, p. 66.

[1027] Cour d'appel de Nîmes, 19 décembre 2006, www.legifrance.gouv.fr, n° RG 647, www.legifrance.gouv.fr. V. également, Cour d'appel de VERSAILLES, précité, 17 mai 2001, n°RG 1998-3717, www.legifrance.gouv.fr., rendu dans une affaire où le ministère public, qui soupçonnait une « fraude à l'adoption » contestait la reconnaissance d'un enfant « adultérin » par un homme marié, l'enfant ayant été élevé dès sa naissance au domicile conjugal. Le ministère public faisait valoir plusieurs éléments : « le fait que le père âgé de 44 ans au moment de la naissance de Stéphanie n'a pas eu d'enfant de ses précédentes unions, qu'il est incapable d'expliquer les circonstances de sa rencontre avec la mère biologique, que la maternité n'a gardé aucune trace de l'accouchement, sauf une mention partiellement cancellée, qu'aucune preuve n'est donnée par le père du règlement de l'accouchement, que ce n'est que plus de 5 ans et demi après le recueil de l'enfant que madame X... a déposé la requête en adoption alors que la prescription pénale était acquise sur le fondement des articles 227-12 et 13 du code pénal, que monsieur Y... refuse de se soumettre à une analyse comparée des sangs, qu'enfin son épouse aurait selon les attestations fournies au dossier d'adoption fait preuve d'un comportement identique à celui d'une mère comblée dans sa demande d'enfant et non d'une femme trompée ». L'action du ministère public est jugée irrecevable, aux motifs que « tous ces faits, pris séparément ou ensemble, ne constituent pas des éléments suffisants à étayer l'allégation d'une fraude aux règles régissant les lois de l'adoption ».

éléments intéressant sur les faits à prouver, au soutien d'une action fondée sur le détournement d'institution.

La Cour a rejeté en effet la tierce opposition, qui émanait de l'adoptée, en retenant l'absence de preuve de la fraude ou du dol, car il n'était pas « établi, ni même soutenu que l'enfant Carole a été conçue en vue de son adoption ni qu'il y ait eu entre la mère et les adoptants un contrat tendant à l'abandon de l'enfant à sa naissance … qu'il n'y a eu aucun contact préalable ni accord conclu entre les époux X… et la mère de l'enfant, non plus qu'aucune contrainte ou manœuvre pour obtenir le consentement de celle-ci et l'inciter à abandonner son enfant ... que si le Docteur A… a informé les époux X… de la prochaine naissance de cet enfant, ses différents courriers produits à l'intimée … soulignent que la mère ne voulait pas le garder, qu'elle était "absolument décidée à l'abandonner" ; que ces précisions confirment que Monsieur et Madame X… souhaitaient procéder à une adoption conforme aux exigences légales et non détournée de sa finalité ni des règles légales ».

La Cour a retenu encore que « les pièces de la procédure et du jugement mentionnent que la délégation d'autorité parentale était sollicitée en vue de l'adoption de l'enfant ; qu'il n'y avait donc aucune dissimulation ou manœuvre ou tromperie quant à la sincérité du but de l'adoption, à la situation de l'enfant ou à celle de la mère ».

La Cour a estimé que le fait d'avoir connu avant l'adoption les origines de l'enfant ne caractérisait pas la fraude.

239. Ce sont donc, pour l'essentiel, les circonstances dans lesquelles l'institution a été utilisée qui permettent de faire la preuve du détournement intervenu, plus précisément de la fin poursuivie par les parties, qu'il suffira ensuite de confronter à la finalité poursuivie par l'institution pour faire apparaître le détournement[1028].

Les exemples qui précèdent démontrent que la question de la preuve est, en matière de détournement d'institution, une question capitale, qui conditionne la possibilité pour les magistrats saisis d'admettre ou non l'existence du détournement : la reconnaissance ou l'absence de reconnaissance de détournements d'institutions tient souvent au fait, que la preuve en a été, ou non, rapportée. En outre, la Cour de cassation a indiqué qu'elle s'en remettait au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, pour déterminer si les éléments de preuve produits par les parties permettaient d'établir le détournement d'institution[1029].

[1028] Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 252.

[1029] Civ. 1ère 12 novembre 1998, n° de pourvoi 96-19701, www.legifrance.gouv.fr. ; Civ. 1ère 19 janvier 1999, Dr. Famille 1999, n°23 ; Civ. 1ère 24 octobre 2000, n° de pourvoi 98-19697, www.legifrance.gouv.fr.

Une fois l'objet de la preuve déterminé, il est également d'une grande importance de déterminer qui supporte la charge de la preuve des faits pouvant se révéler être des détournements d'institutions.

§2- La charge de la preuve

240. La question de la charge de la preuve (qui doit prouver ?) est réglée par l'article 1315 du Code civil : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.
Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. ».
Ce sera donc le plaideur (ou le Ministère public, selon le cas) qui invoque l'existence d'un détournement d'institution d'en faire la preuve[1030].
Deux cas doivent être distingués en matière de charge de la preuve, car il apparaît que tous les plaideurs ne disposent pas, en matière de recherche des preuves, d'armes égales, et il faut distinguer le cas où le Ministère public est demandeur à la procédure, du cas où le demandeur est un plaideur « ordinaire », car cela à une incidence sur le risque de la preuve.

241. Lorsque le ministère public est demandeur et invoque un détournement d'institution, il doit, ès-qualité, faire la preuve de l'existence du détournement d'institution, comme n'importe quel autre plaideur[1031].
Mais, il dispose d'une position « privilégiée » par rapport aux demandeurs « ordinaires », dans la mesure où il bénéficie de moyens exorbitants du droit commun, pour rapporter la

[1030] Comme le rappelle la Cour d'appel de Colmar, dans une décision du 11 janvier 2007, n°RG 05/03689, www.legifrance.gouv.fr. : « Attendu qu'il appartient à la partie qui poursuit l'annulation de son mariage … de démontrer que son conjoint n'était pas animé d'une véritable intention matrimoniale lors de l'échange des consentements ».
[1031] Cf. Cour d'appel de Versailles, 17 mai 2001, n°RG 1998-3717, www.legifrance.gouv.fr. : « Considérant que la reconnaissance d'un enfant naturel est présumée être l'expression de la vérité et qu'il incombe, d'une manière générale, à celui qui la conteste, fusse le MINISTERE PUBLIC d'apporter la preuve de son caractère mensonger ».

preuve qui pèse sur lui, notamment lorsqu'il s'agit de mariages « fictifs »[1032], ou même lorsqu'il faut empêcher la disparition de preuves[1033].

En effet, le recours à des enquêtes de police ou de gendarmerie est systématique dans de telles affaires[1034], et facilite grandement, de fait, l'établissement de la preuve du détournement d'institution.

242. De tels moyens ne sont évidemment pas à disposition des plaideurs « ordinaires », ce qui explique que des demandes, visant à sanctionner des détournements d'institution, échouent régulièrement sur le terrain de la preuve[1035]. Dans le cadre des mariages « fictifs », les plaideurs ont parfois recours aux constats d'huissiers, afin d'établir l'absence de communauté de vie entre les « époux »[1036], mais le plus souvent, il faudra pouvoir produire des témoignages ou avoir recours à des présomptions.

En outre, la jurisprudence applique strictement les dispositions de l'article 1315 du Code civil précitées.

Ainsi, par exemple, en droit du travail, des décisions viennent régulièrement rappeler les règles applicables en matière de charge de la preuve , comme par exemple, dans une affaire jugée par la Cour de Riom, le 27 juin 1988, concernant l'emploi d'un stagiaire[1037], dans laquelle la Cour décide que c'est au "stagiaire, qui invoque le détournement du but initial du contrat, d'en rapporter la preuve et d'établir qu'il n'a pu bénéficier d'aucune formation"[1038].

[1032] Malheureusement, ces moyens ne sont pas toujours suffisants pour rapporter la preuve de l'absence d'intention matrimoniale de l'un des époux, cf. Cour d'appel de Colmar, 11 janvier 2007, précité. Ils viennent néanmoins conforter la position du demandeur en annulation du mariage. En l'espèce, la Cour indique que « le ministère public, après avoir diligenté une enquête de police, a conclu au soutien de la demande de M. Lothaire Y. ». Cf. également Cour d'appel de Versailles, 9 mars 2006, n° RG 149, www.legifrance.gouv.fr. Les demandeurs en nullité ont bien compris l'intérêt de la position privilégiée du ministère public. Pour une illustration, cf. Civ. 1ère 22 novembre 2005, Bull. civ., n°442, p. 369 : le Parquet avait mis en œuvre la demande de nullité du mariage et l'épouse s'était « associée à la demande du parquet ».

[1033] V. les affaires jugées par la Cour d'appel de Rouen, en 2006, dans laquelle l'instigatrice de mariages « blancs », une mère de famille, avait été placée sous mandat de dépôt (cf. *supra*, émergence jurisprudentielle, p. 83).

[1034] Cf. par exemple, Cour d'appel de Versailles, 1ère ch., 8 juillet 2005, D. 2006, J., p. 772 : "les appelants ne sont pas fondés à revendiquer une vie commune d'une année au terme de laquelle leur décision de s'unir aurait été arrêtée, alors que le ministère public a fait mener une enquête laquelle a établi que le voisinage immédiat de Camille B… n'a jamais vu Bénito L… en compagnie de Camille B … et que les témoins entendus n'ont reconnu ce dernier que pour l'avoir vu lors d'une émission télévisée à laquelle il participait".

[1035] L'exemple précédent de détournement d'institution du stage en est une illustration. Monsieur BLAISE explique en effet que "La demande de requalification peut échouer faute de preuve suffisante". (Henry BLAISE, JCP 1990, II, 21445).

[1036] V. Civ. 1ère, 22 novembre 2005, Bull. civ., n°442, p. 369 : le constat d'huissier avait permis d'établir « qu'aucun objet masculin ne se trouvait dans la chambre de l'épouse », « une procédure de divorce était déjà en cours » et que la mari « avait déjà quitté le domicile conjugal ». La Cour d'appel avait « souverainement relevé, au vu des éléments de preuve soumis à son appréciation, que M. X… n'avait pas eu l'intention de créer un foyer au sens de l'institution matrimoniale, la cohabitation des époux n'étant que de façade ».

[1037] Cf. domaines du détournement d'institution.

[1038] D. 1989, somm. 203, Paul FIESCHI-VIVET. De même, la Cour d'appel de Grenoble, dans un arrêt du 21 novembre 1988, a estimé que n'était pas rapportée la preuve de la situation de fait de la demanderesse, "stagiaire

La doctrine regrette, au passage, dans ce domaine, que la jurisprudence n'ait pas davantage recours à certaines dispositions du Code de procédure civile, telles l'article 143[1039], qui donne au juge des pouvoirs d'investigation en matière de preuve.

243. Pour un auteur, les difficultés liées à la charge de la preuve peuvent être aplanies par l'objet de la preuve à rapporter. Philippe ENCLOS[1040] constate que "les moyens tirés de la notion de détournement par l'employeur de la finalité légale des SIVP font l'unanimité chez les salariés en quête de requalification en contrat de travail." Mais il explique que "les arguments des jeunes plaideurs tendant à démontrer qu'ils se trouvaient en fait dans les conditions d'emploi caractéristiques du contrat de travail s'articulent autour de quatre axes : l'occupation d'un véritable poste ou emploi dans l'entreprise, l'inexécution par l'employeur de son obligation de formation, l'organisation du travail ou enfin les motifs eux-mêmes de la rupture allégués par le chef d'entreprise."[1041].

244. Il est une conséquence capitale du problème de la charge de la preuve, c'est la question du risque de la preuve : perdra son procès le plaideur qui supportait le fardeau de la

dans une entreprise de plomberie, marquait en réalité l'existence d'un véritable contrat de travail.". Commentant la solution retenue par les juges à propos de la question de la charge de la preuve, Monsieur FIESCHI-VIVET a fait observer qu'"il n'est pas certain qu'ils fassent là une bonne application des règles sur la charge de la preuve (art 1315 c. civ.). Ne suffit-il pas au stagiaire de prouver l'existence du contrat comportant l'obligation d'orientation et de formation ? Ce serait alors à l'entreprise de démontrer ensuite qu'elle s'en est libérée.".

[1039] Ce texte dispose que « les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible ». Monsieur BLAISE cite un arrêt de la Cour de cassation, qui approuve les juges du fond d'avoir débouté le demandeur sur le fondement de l'article 1315 du Code civil, alors que « Melle Yven ayant allégué que la société lui avait demandé de fournir des prestations de travail à temps plein, sans qu'intervienne le tuteur prévu par le dernier alinéa de l'article L 980-10 du Code du travail, ce dont la preuve pouvait être rapportée par d'autres moyens que des recherches de pièces, la Cour d'appel a apprécié souverainement, au regard de l'article 146, second alinéa, du nouveau Code de procédure civile la carence de l'intéressée, dans l'administration de la preuve qui lui incombait » (Soc. 8 novembre 1989, note Henry BLAISE, JCP 1990, II, 21445). Monsieur BLAISE regrette que dans cette affaire, les magistrats n'aient pas eu recours aux dispositions de l'article 143 du nouveau Code de procédure civile qui reconnaît aux juges du fond « de larges pouvoirs d'investigation », en estimant que "Les allégations de la stagiaire étaient pourtant très précises. La Cour d'appel n'en retint pas moins à son encontre une carence totale dans l'administration de la preuve".

[1040] *La requalification judiciaire de stages d'initiation à la vie professionnelle*, Droit social, juin 1991, p. 500 et s., spéc. p. 501.

[1041]. Un assouplissement de la rigueur des solutions a pu être décelée à l'occasion d'un arrêt de la Cour de cassation du 11 octobre 1990. La Cour en effet reproche, en l'espèce, aux juges du fond de ne pas avoir recherché « si le stagiaire n'avait pas en réalité travaillé à temps complet sous la subordination de la société et s'il n'avait pas, de ce fait, été mis dans l'impossibilité de bénéficier de la formation en alternance » (Soc. 11 octobre 1990, JCP 1990, II, 21700. JCP 1991, éd. E, n°104, note BLAISE). Monsieur BLAISE indique dans le commentaire de la décision que "En insistant sur cette recherche et en précisant son objet, la chambre sociale ... paraît requérir des juges du fond un rôle plus actif que précédemment dans le domaine de la preuve ... La Chambre sociale lie en effet le maintien de la qualification de S.I.V.P. à l'existence de la formation requise par le contrat. Est-ce au stagiaire d'établir alors l'absence de formation ? Ce serait illogique. D'une part il s'agirait de la preuve d'un fait négatif, extrêmement difficile à rapporter. D'autre part la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation incombe au débiteur de cette obligation. C'est donc à l'entreprise, tenue de l'obligation de formation, d'établir que les conditions, dans lesquelles le stagiaire avait travaillé, répondaient aux exigences de la formation.".

preuve et qui a échoué à rapporter la preuve qu'on attendait de lui. L'article 1315 du Code civil détermine ainsi non seulement la charge de la preuve, mais aussi le risque de la preuve. Or ce risque est bien réel et la jurisprudence n'a aucun état d'âme pour rejeter la demande de sanction d'un détournement d'institution[1042].

245. Néanmoins, les difficultés qui viennent d'être évoquées en matière de preuve sont parfois aplanies par le fait que, comme le montre l'analyse de la jurisprudence, le but recherché par l'utilisateur est en général ostensible[1043], ou s'évince des circonstances qui entourent l'utilisation de la prérogative ou l'acte[1044], ce qui allège d'autant le fardeau de la preuve.

Enfin de compte, l'obstacle de la preuve franchi, et l'existence du détournement d'institution étant avérée, le juge peut alors envisager la sanction du détournement qui a été réalisé.

Evoquer la problématique de la sanction du détournement d'institution conduit, par voie de conséquence, à s'interroger sur le fondement de cette sanction.

[1042] Cf. notamment, Civ. 1ère 8 juin 1999, dans laquelle la Cour valide une adoption dont il était quasiment certain qu'elle était le fait d'homosexuels, en retenant l'absence de preuve desdites relations homosexuelles entre l'adoptant et l'adopté.

[1043] S'agissant du mariage, v. l'arrêt Appieto précité ou en matière d'adoption, les affaires de maternités de substitution, par exemple Civ. 1ère 13 décembre 1989.

[1044] Voir la jurisprudence sur la désignation des délégués syndicaux par exemple, dans laquelle la désignation faisait immédiatement suite à une menace de licenciement pesant sur le salarié.

<u>Chapitre II :</u> Sanction et fondement de la sanction du détournement d'institution

246. En matière de détournement d'institution, il faut davantage parler de sanctions du détournement que d'une sanction, car la jurisprudence appréhende de diverses manières le phénomène.

Mais, en examinant la jurisprudence consacrée au détournement d'institution, un certain nombre de constats peuvent être dressés, qui montrent qu'en pratique, tous les détournements d'institution rencontrés ne sont pas sanctionnés, ce qui inexorablement amène à rechercher des explications sur l'absence de systématicité de la sanction du détournement d'institution et, par voie de conséquence, sur le fondement de cette sanction.

SECTION I : LA SANCTION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

SECTION II : LE FONDEMENT DE LA SANCTION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTTION

SECTION I : LA SANCTION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

247. Une remarque préliminaire s'impose afin de clarifier la terminologie utilisée dans cette sous section. Sous le terme de sanction, est visé non seulement le sens « restreint »[1045], à savoir la « punition, peine infligée … mesure répressive destinée à le punir »[1046] ; mais aussi le sens « large », qui désigne « tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation »[1047].

Avant de présenter les différentes sanctions utilisées par la jurisprudence pour donner une réponse juridique au détournement de finalité d'une institution (§2), il n'est pas inutile de dresser une sorte d'inventaire des situations rencontrées en pratique (§1).

§1- Etat des lieux en matière de sanction du détournement d'institution

248. L'examen de la jurisprudence rendue en ce domaine permet d'observer une première situation très intrigante : les détournements d'institutions qui ont été réalisés ne sont pas systématiquement sanctionnés par les tribunaux (A).

Et lorsque le détournement d'institution est sanctionné, deux cas de figure peuvent se produire : soit il est appréhendé par d'autres mécanismes juridiques, car il s'insère dans un montage plus vaste (B), soit le détournement est sanctionné en tant que tel (C).

A- L'absence de systématicité de la sanction du détournement d'institution

249. Il peut paraître surprenant d'affirmer que le détournement d'institution n'est pas systématiquement sanctionné, mais c'est un fait.

En réalité, plusieurs cas de figure peuvent conduire à une absence de réponse « répressive » au détournement d'institution qui a été réalisé.

250. D'abord, l'absence de sanction peut tenir aux auteurs du détournement d'institution : les détournements d'institutions commis par le législateur ou par le juge et ceux commis par les sujets de droit ne font pas l'objet d'un traitement identique, quant à la sanction du

---

[1045] Qui sera parfaitement adapté pour évoquer les sanctions pénales du détournement d'institution.

[1046] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., Quadrige, PUF, 2007, p. 844.

[1047] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., Quadrige, PUF, 2007, p. 845. Ainsi, l'opposition à mariage ou la tierce opposition au jugement d'adoption seront elles considérées comme des « sanctions » du détournement d'institution.

détournement d'institution. Ce sont surtout les détournements émanant de la dernière catégorie – les sujets de droit – qui sont énergiquement sanctionnés[1048].

En effet, les détournements d'institutions que le législateur ou le juge peuvent être amenés à commettre ne sont pas sanctionnés, sous réserve du contrôle de constitutionnalité de la loi d'une part[1049], et de la sanction de l'éventuel détournement par la Cour de cassation d'autre part, par le biais de la cassation pour violation de la loi[1050].

Pour le législateur, une explication possible tient sans doute au fait que l'article 34 de la Constitution du 5 octobre 1958 donne au législateur le pouvoir de faire – et donc *a contrario* de défaire – les lois et par voie de conséquence les institutions juridiques créées par ces lois.

En ce qui concerne le juge, la réponse classique consiste à rappeler qu'au sommet de la hiérarchie judiciaire se tient la Cour de cassation, dont le rôle consiste à veiller au respect du droit. Si les juges du fond utilisent des institutions, dans un autre but que celui pour lequel elles ont été créées, la Cour de cassation sera amenée à vérifier que le détournement d'institution ainsi réalisé reste conforme au Droit[1051].

251. Mais, même lorsqu'il n'est pas le fait du législateur ou du juge, le détournement d'institution n'est pas toujours sanctionné, tout simplement parce que la preuve n'en a pas été rapportée[1052].

L'exemple de la décision de la Cour de cassation du 8 juin 1999[1053], qui a confirmé l'adoption prononcée entre deux homosexuels, car « il n'était pas établi que l'adoption avait été sollicitée

---

[1048] Deux explications peuvent être avancées pour expliquer ce phénomène.
La première tient à l'autorité supérieure de la loi et à la souveraineté du législateur pour faire et défaire les lois, d'une part, et à l'autorité de la jurisprudence et à son pouvoir créateur, d'autre part.

[1049] A notre connaissance, l'organe de contrôle du législateur, le Conseil constitutionnel, qui est compétent pour contrôler la conformité des lois à la Constitution, ne contrôle pas le contenu même de la loi pour vérifier si les institutions mises en place ou utilisées par le législateur sont conformes à la finalité qui est la leur.

[1050] Cf. *supra*, auteurs du détournement d'institution, p. 210 et s.

[1051] Mais une autre question surgit alors : qui contrôlera la Cour de cassation ? Etant placée au sommet de la hiérarchie, par définition il n'existe aucun organe pouvant contrôler l'interprétation de la loi qu'elle fait. Si ces questions semblent soulever d'inquiétantes difficultés, l'examen de la jurisprudence montre que la Cour de cassation remplit avec toute la sérénité et la compétence nécessaires la mission qui lui est impartie. Les détournements d'institution jurisprudentiels sont en effets très rares, et ont souvent pour objet de combler un vide juridique, anticipant souvent par là-même une évolution législative. Il faut en effet toujours rappeler à cette occasion que la loi fait obligation au juge de juger, même lorsqu'elle la loi est muette (article 4 du Code civil), et le juge doit alors naturellement chercher à puiser dans les matériaux existants la réponse au cas qui lui est soumis, fût-ce, au prix du détournement de la finalité d'une institution.
Ainsi, le détournement d'institution a vocation à mettre en lumière l'inadaptation des règles ou de la loi à certaines situations de fait. Le juge, d'une certaine manière, en sanctionnant ou pas, le détournement d'institution, invite le législateur à réagir et à intervenir en pointant du doigt un grippage du système. Le législateur a alors soit la possibilité de valider la pratique qui s'est instaurée, en modifiant le but de l'institution qui a été détournée, ou en créant de toutes pièces une institution nouvelle (cf. le PACS) ; soit au contraire en confirmant la jurisprudence intervenue (cf. prohibition des maternités de substitution par le Code civil). Cf. *supra*, fondement du détournement d'institution, p. 265 et s.

[1052] Cf. *supra*, preuve du détournement d'institution, p. 228.

pour permettre la création de relations homosexuelles, ni même pour les favoriser ou les consacrer », en est une illustration.

Cette affaire montre également un autre aspect de l'absence de sanction systématique du détournement d'institution, tenant au fait que le détournement d'institution non sanctionné est aussi un moyen de pression du juge, à l'adresse du législateur, afin de le contraindre à prendre position sur certaines questions de société[1054].

252. En effet, le juge utilise parfois le recours au détournement d'institution afin d'inciter le législateur à prendre position sur certaines pratiques, soit pour les autoriser, soit pour les interdire. Le juge ferme alors volontairement les yeux sur le détournement réalisé, ce qui est le cas dans cette affaire. La confirmation de cette assertion résulte, en l'espèce, du fait que la décision était intervenue quelques mois avant l'institution du PACS, par la loi du 15 novembre 1999.

Un autre exemple est très significatif, puisqu'il s'agit de l'utilisation de l'adoption, pour répondre au phénomène des mères porteuses.

En effet, les juges du fond avaient tenté de résister à la position prise par la Cour de cassation en 1989 sur la question des mères porteuses[1055]. Deux décisions de la Cour d'appel de Paris du 15 juin 1990[1056] avaient affirmé que l'adoption était valable "tant au regard des principes généraux que des règles légales applicables". La Cour estimait que "la maternité substituée, qui réalise une procréation médicalement assistée par la méthode de l'insémination artificielle ... n'apparaît que comme l'application de techniques désormais reconnues, mises en œuvre avec le libre consentement des intéressés, de sorte qu'en l'état actuel des pratiques scientifiques et des mœurs cette méthode n'apparaît pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.".

Ces décisions avaient eu pour conséquence que la Cour de cassation avait dû intervenir une nouvelle fois sur cette question, pour maintenir sa position[1057], et le législateur est venu

[1053] Civ. 1ère 8 juin 1999, Bull. civ., I, n°195, p. 128. RJPF 2000, 1/36, obs. J. VASSAUX ; Droit de la famille 1999, n°124, p. 18, note critique Pierre MURAT ; RTD civ. 1999, p. 610, obs. Jean HAUSER. La Cour d'appel avait constaté que « Daniel D. et M.B. avaient à une certaine époque entretenu des relations homosexuelles ».

[1054] Jerry Sainte ROSE, *Vers une reconnaissance de l'homoparentalité ?* AJ famille 2006, p. 395 et s., spéc. p. 397 : "Dans toutes les affaires de détournement, il est toujours possible pour les juges de faire semblant de ne voir qu'une partie de l'opération alors qu'elle est logiquement indivisible. Le procédé n'est pas nouveau mais se justifie si on anticipe une évolution législative qui se fait attendre".

[1055] Civ. 1 ère , 13 décembre 1989. – D. 1990, p. 273, rapport MASSIP, JCP 1990, II, 21526, note SERIAUX, Defrénois 1990, art. 34802, p. 743, obs. AUBERT.

[1056] JCP 1991, II, 21653, note EDELMAN et LABRUSSE-RIOU ; RTD civ. 1990, p. 457, obs. RUBELLIN-DEVICHI.

[1057] Assemblée plénière, 31 mai 1991, D. 1991, p. 417 ; JCP 1991, II, 21752 ; JCP 1992, I, 3547, RTD civ. 1991, p. 517 ; Petites Affiches 27 novembre 1991, n°142, p. 13 et s

confirmer la solution, par une loi 94-653 du 29 juillet 1994, dite loi relative au respect du corps humain[1058].

Le détournement d'institution joue, dans de telles situations, un rôle de moteur de l'évolution du droit : les sujets de droit s'en servent comme d'une arme, pour tenter de voir consacrer par le droit certaines de leurs revendications[1059].

Mais, à l'inverse, le juge refuse aussi parfois de sanctionner certains détournements d'institution, parce que certaines institutions ne sont plus adaptées à l'état des mœurs ou de la société. Le juge « tolère » alors leur détournement[1060].

253. En outre, le détournement d'institution qui a été opéré n'est pas non plus sanctionné si, à côté du but répréhensible poursuivi, il existe des motifs « légitimes »[1061] permettant de valider l'utilisation qui a été faite de l'institution[1062]. La légitimité de certains motifs « sauve » l'opération effectuée, qui n'est plus, de fait, accessible à une sanction.

Dans une telle hypothèse, l'existence du détournement d'institution est établie et n'est pas contestée, simplement, il ne donne pas lieu à sanction, car parmi les motifs qui ont conduit le sujet de droit à se servir de l'institution, il en est qui sont « légitimes ».

Roger PERROT[1063] a évoqué une telle situation, et a constaté que "toutes les fois qu'elle estime que le but recherché mérite d'être juridiquement reconnu, toutes les fois que ce but lui paraît légitime, en dépit d'une loi impérative, le juge ferme volontairement les yeux et donne l'impression d'être dupe des apparences. Il est donc bien certain que, pour la jurisprudence, ce qui compte essentiellement, c'est le *but* à atteindre, c'est-à-dire le contenu de la volonté qui s'incarne dans l'institution.". Monsieur PERROT poursuivait : "toutes les fois que le but de

---

[1058] La loi a inséré dans le Code civil un article 16-7 disposant : "Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.". Ch. BYK, *La loi relative au respect du corps humain*, JCP 1994, I, 3788.

[1059] Cf. infra, fondement de la sanction, p. 265 et s.

[1060] C'est ainsi que se justifie la validation par la jurisprudence de l'adoption de son propre enfant naturel, ou encore d'émancipations pour faciliter le règlement de successions en présence d'un mineur. Cf. Frédéric VAUVILLE, *La pratique de l'émancipation judiciaire ou l'ambivalence d'une institution marginale* ; D. 1990, chron. p. 283. Monsieur VAUVILLE note : "reste qu'une fois de plus, la déviation de l'institution est patente, même si elle tend à éluder une formalité « anachronique et illogique » dont l'éviction paraît promise à une consécration légale. Ce détournement subsiste lorsque la requête se fonde sur le souci – souvent lucratif – de contourner des effets plus lucratifs de la minorité.". Cf. Jacques MASSIP, Defrénois 2004, n°38, 594, à propos de l'adoption de son propre enfant naturel, admise de très bonne heure par la Cour de cassation, qui explique "cette jurisprudence … pouvait trouver une justification, sinon juridique, du moins morale dans les dispositions anciennes du Code civil qui instauraient des discriminations injustifiées à l'encontre de l'enfant naturel et refusaient de le rattacher à sa famille".

[1061] Le terme se définit comme « Digne d'être pris en considération (et parfois, plus activement, propre à justifier ou à excuser), non seulement comme conforme aux exigences de la légalité ou aux règles de droit, mais comme fondé sur des données (besoins, aspirations, etc.) tenues pour normales relativement à un certain état moral ou social ». Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 541.

[1062] Cf. *supra*, conditions du détournement d'institution, p. 210 et s..

[1063] Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, n°120, p. 172/173.

l'institution paraît digne d'intérêt, les tribunaux se reconnaissent le droit, *et même le devoir*, de lui faire produire un effet juridique en utilisant une qualification technique équivoque. Ce qui avant tout préoccupe la jurisprudence, c'est le but poursuivi. **En revanche, lorsqu'elle désapprouve la fin recherchée, elle se refuse à toute qualification susceptible de valider l'institution**."[1064].

Il y a en fait détournement d'institution, lorsqu'un acteur juridique (agent[1065], sujet ...) utilise une institution juridique, en poursuivant un but autre que celui pour lequel l'institution a été créée, ce but étant illicite[1066] ou illégitime[1067].

Cette dernière précision permet d'expliquer que tous les détournements d'institutions ne soient pas sanctionnés. Seule l'illicéité, ou l'illégitimité du but poursuivi va fonder la sanction du détournement d'institution[1068].

Pour ne prendre qu'un seul exemple, l'adoption de son propre enfant naturel a été tolérée très tôt par la jurisprudence, qui a sans doute estimé qu'il était légitime de chercher à améliorer la vocation successorale de ces enfants[1069].

254. Il arrive enfin que le détournement d'institution ne soit pas sanctionné, à titre de « sanction »[1070] du comportement de l'utilisateur de l'institution, qui met en avant le détournement dont il est l'auteur pour se « libérer » de l'institution.

Particulièrement topique de cette situation, sont les affaires de demandes de révocations de l'adoption pour motifs graves, le motif grave invoqué étant précisément le fait que l'adoption

---

[1064] Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 193. C'est nous qui soulignons.

[1065] L'agent étant, par référence au droit constitutionnel, un "terme doctrinal souvent employé pour distinguer des gouvernants, tous ceux qui ne font qu'exécuter leurs ordres.". (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., Quadrige, PUF, 2007, p. 39. E. GAILLARD (*Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985) utilise ce terme notamment de ses développements consacrés à la théorie du détournement de pouvoir, dans le sens précisé ci-dessus.

[1066] L'illicéité se définissant comme "1. Contraire à la loi (à un texte : loi, décret, etc.) ...2. Contraire à l'ordre public (exprès ou virtuel) ; se distingue en ce sens d'immoral ... 3. Plus généralement encore, contraire au Droit (à l'ordre public et aux bonnes mœurs) ; comprend en ce sens immoral ... 4. Antijuridique.". (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., Quadrige, PUF, 2007, p.464.

[1067] "1. Auquel manque la légitimité morale ou politique. 2. Hors mariage ... 3. Parfois synonyme de illicite, illégal, irrégulier.". (*Ibid.*).

[1068] Ainsi que l'écrivait Georges RIPERT, "Le droit civil met à la disposition des sujets de droit des formes techniques dans lesquelles ces sujets coulent leurs volontés. L'emploi régulier de la forme technique couvre l'intention de l'auteur. La distinction de la morale et du droit ne permet pas l'annulation d'un acte régulier sous le prétexte de la culpabilité de l'auteur. L'homme habile sait vivre en marge du Code.". (*La règle morale dans les obligations civiles*. 4ème éd., LGDJ, 1949, n°157, p. 286).

[1069] Cf. supra, domaines du détournement d'institution, p. 161.

[1070] Le fondement de la sanction est la règle « *nemo auditur* ». "*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" (Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude). Cf. Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999. Michel DAGOT explique à son sujet qu'au "XIXe siècle, on considérait qu'elle avait pour but de protéger la dignité de la magistrature, ce à quoi on rétorquait plus justement que le recours à la justice est un droit, et que les magistrats entendent d'autres immoralités, de nos jours, les partisans de la règle préfèrent dire que son rôle consiste à s'opposer à ce qu'un droit naisse d'une situation immorale." (Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°288, p. 281).

était le résultat d'un détournement d'institution[1071]. La jurisprudence maintient dans de telles situations l'utilisateur prisonnier de son propre montage[1072], sur le fondement de la règle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*[1073].

Dans l'affaire de la demande en révocation de l'adoption prononcée pour faire échec à une demande de renouvellement de baux ruraux[1074], les hauts magistrats de la Cour de cassation ont été inspirés par la volonté de ne pas accéder à une demande qui était fondée sur une situation immorale, car en faisant droit à la demande de révocation de l'adoption, les juges auraient légitimé non seulement l'illégalité mais aussi l'immoralité de la situation[1075].

Dans d'autres hypothèses, le détournement d'institution réalisé n'est pas sanctionné pour lui-même, mais parce qu'il s'insère dans une opération plus vaste, et sa sanction peut alors être appréhendée par d'autres mécanismes juridiques.

B- Le détournement d'institution sanctionné « par ricochet »

255. Dans certaines situations, le juge a recours, plutôt qu'au détournement d'institution, à d'autres sanctions car d'autres qualifications permettent d'atteindre la mauvaise utilisation qui a été faite des institutions.

La jurisprudence choisit donc d'atteindre le comportement répréhensible en utilisant d'autres « armes » à sa disposition[1076].

256. Certaines institutions sont la source directe de droits subjectifs ou encore de pouvoirs (par exemple, le droit de propriété) : l'utilisation détournée des droits ou des pouvoirs

---

[1071] Cf. Cour d'appel de Paris 1ère ch. Section C du 19 janvier 1993, Jurisdata, n°020114 et Civ. 1ère 19 novembre 1991, Melle Petit.

[1072] Cf. *infra*, B).

[1073] *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (personne ne peut alléguer sa propre turpitude) Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999, p.483.
La Cour de cassation a, il y a quelques années, cassé une décision de Cour d'appel, pour fausse application du principe « selon lequel nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude ». (Civ. 1ère 22 juin 2004, JCP 2005, II, 10 006, note EYRAUD). La règle « *nemo auditur* » a donc été érigée au rang de « principe général du droit » par la Cour de cassation.

[1074] Civ. 1ère 19 novembre 1991, Melle Petit.

[1075] Le détournement d'institution peut alors entrer en conflit avec d'autres principes généraux du droit, que la jurisprudence va choisir de faire prévaloir, parce que ce dernier a une raison d'être plus impérieuse encore que celle qui préside au détournement d'institution.

[1076] C'est sans doute la raison pour laquelle, bien que la doctrine ait analysé un certain nombre de situations comme des détournements d'institution, leur « prise en charge » sur le plan juridique passe par d'autres mécanismes (par exemple la fraude ou le détournement de pouvoir dans les régimes matrimoniaux, l'abus de droit en droit des sociétés ou en droit fiscal). Cf. *supra*, domaines du détournement d'institution, p. 182 et s. et 193.

provenant de l'institution sera appréhendée par les mécanismes de l'abus de droit[1077] , du détournement de pouvoir ou de la fraude[1078].

Ainsi, en matière d'adoption, les dispositions de l'article 353-2 du Code civil ont pour conséquence que les actions en tierce opposition au jugement d'adoption doivent passer par les qualifications de dol ou de fraude. Le texte prévoit même que les qualifications de dol ou de fraude sont des conditions de recevabilité de l'action. Néanmoins, la jurisprudence n'a pas hésité à relever à plusieurs reprises, sous couvert de fraude, des détournements d'institution[1079].

257. Mais, à l'inverse, la jurisprudence offre aussi des exemples de détournements d'institution, qui ont servi de moyen pour accomplir une fraude à la loi. La sanction du montage est alors réalisée par l'intermédiaire des règles concernant la fraude à la loi.

La jurisprudence sur les désignations « frauduleuses » des délégués syndicaux permet d'illustrer cette idée. Bien qu'ayant très rapidement considéré que la désignation de délégués syndicaux, effectuée dans le seul but de leur éviter un licenciement, constituait un détournement d'institution[1080], la jurisprudence s'est orientée dès 1979[1081] vers la notion de fraude à la loi.

Indépendamment d'un abus de droit ou d'une fraude, le détournement d'institution peut être encore sanctionné en tant que tel, ès qualité.

C- Le détournement d'institution sanctionné *ut singuli*

258. Contrairement à l'hypothèse précédente, le détournement d'institution peut être sanctionné « pour lui-même », le juge fondant précisément la sanction sur le fait qu'une institution a été détournée de son esprit.

[1077] V. à propos du « droit d'alerte », Cour d'appel de Versailles, 2 octobre 2003, n°RG 2002-4791, www.légifrance.gouv.fr, précitée.

[1078] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 3ème éd., Dalloz, 1999, n°87, p. 100, explique "qu'il existe entre les divers principes généraux une hiérarchie de valeur. Ainsi tout ce qui touche à l'ordre social prévaut sur les intérêts particuliers. ... De même, les libertés fondamentales prévalent normalement sur tout autre considération. ... Il semble, par ailleurs, qu'entre les principes généraux, le postulat selon lequel *les règles spéciales dérogent aux règles générales* permettent de régler les interférences ... La conjugaison des principes généraux entre eux dépend donc, en partie, de leur degré respectif de spécialité et de généralité. Mais tout raisonnement purement formel est ici à exclure. Les méthodes qui viennent d'être exposées ne sont qu'indicatives et une place importante doit être réservée aux choix d'opportunité.".

[1079] Cf. par exemple Civ. 1ère 7 mars 1989, précité, ou plus récemment Civ. 1ère 22 juin 2004, Cour d'appel d'Aix en Provence, 5 septembre 2006 et Civ. 1ère, 6 février 2008, précitées. V. *infra*, p 251.

[1080] Cf. *supra*, émergence jurisprudentielle du détournement d'institution, p. 52.

[1081] Crim. 6 novembre 1979, précitée : « ayant pour seul objet de protéger l'intéressé contre un licenciement, elle tendait ainsi à détourner l'institution de sa finalité propre et constituait une fraude à la loi du 27 décembre 1968. ». Cette loi (68-1179) est relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise.

Deux situations ont été rencontrées en jurisprudence :

Le détournement d'institution peut être le résultat ou l'aboutissement d'un processus d'ensemble, dont certaines opérations sont frappées d'illicéité. C'est ce qui s'est produit en matière de maternités de substitution. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a indiqué en 1991, que l'adoption "n'était que **l'ultime phase d'un processus d'ensemble** destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce **processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption**"[1082].

La sanction du détournement d'institution intervient alors en tant qu'il s'inscrit en « ultime phase » du processus d'ensemble.

Le détournement d'institution peut également être appréhendé indépendamment de tout processus d'ensemble. Les décisions concernant l'adoption dans le but de créer un lien de couple en sont une illustration[1083]. Dans ces décisions, l'adoption n'est pas prononcée parce que « la loi sur l'adoption a pour but de créer une filiation et ne doit pas être détournée de son esprit »[1084].

L'adoption dans un but patrimonial ou successoral est quelquefois taxée de « détournement d'institution » par la jurisprudence. Dans de telles hypothèses, le détournement d'institution sert de fondement à la sanction de la méconnaissance de la finalité de l'institution. Les décisions indiquent par exemple que l'adoption « avait un but essentiellement successoral, étranger à l'esprit de la loi »[1085].

Finalement, si l'on se place du point de vue de la sanction, les choses sont assez simples en ce qui concerne le détournement d'institution : lorsque le détournement d'institution existe, soit il n'est pas sanctionné, soit il est sanctionné en étant appréhendé par d'autres mécanismes, ou enfin il est sanctionné pour lui-même.

Lorsque le détournement d'institution est sanctionné, il n'est pas sans intérêt d'évoquer les différents types de sanctions auxquelles il peut donner lieu, en examinant les situations rencontrées en jurisprudence.

§2- Présentation des différentes sanctions

[1082] Assemblée plénière, 31 mai 1991, D. 1991, p. 417 ; JCP 1991, II, 21752 ; JCP 1992, I, 3547, RTD civ. 1991, p. 517 ; Petites Affiches 27 novembre 1991, n°142, p. 13 et s.

[1083] V. Cour d'appel de Riom, 9 juillet 1981 et les décisions citées.

[1084] Cour d'appel d'Aix en Provence, 6ème chambre A, 5 décembre 2007, précitée.

[1085] Civ. 1ère 16 octobre 2001, précitée.

259. Une certaine diversité des sanctions proposées en matière de détournement d'institution ne doit pas surprendre. En effet, les sanctions doivent d'abord s'adapter à la nature de l'institution qui a fait l'objet du détournement (congé sabbatique, mariage, adoption …).

Mais surtout les sanctions utilisées sont fonction du moment auquel le détournement de l'institution a été réalisé : est-ce au moment de l'entrée dans l'institution (demande d'adoption, mariage), en cours de fonctionnement de l'institution (tierce opposition au jugement d'adoption), ou au moment où l'utilisateur cherche à sortir de l'institution (demande en révocation de l'adoption, demande en nullité du mariage).

De la diversité des sanctions envisageables, il est cependant possible de dégager deux pôles de regroupement.

Lorsqu'un détournement d'institution est avéré, la jurisprudence peut sanctionner celui-ci, sur le plan civil, par exemple en prononçant la nullité du montage mis en place (mariage par exemple), ou en refusant de faire produire à l'institution ses effets légaux (sorte d'inopposabilité au juge) (A).

Mais il apparaît également que le droit pénal permet d'appréhender efficacement le détournement d'institution, non pas en tant que tel, dans la mesure où il n'existe pas d'infraction de détournement d'institution pénalement sanctionnée, mais à travers la sanction d'infractions révélant, dans les comportements de leurs auteurs, des détournements d'institutions (B).

A- Sanctions civiles du détournement d'institution

260. Les sanctions civiles différent, en fonction du moment auquel le juge va être saisi de la licéité du montage réalisé par le détournement d'institution : à l'entrée dans l'institution (1), en cours de fonctionnement (2) ou à la sortie de l'institution (3).

1)- Les sanctions à l'entrée dans l'institution

261. Les sanctions visent à paralyser la création de l'institution. Cette paralysie peut être provisoire (a) ou définitive (b).

a)- Le blocage provisoire de la naissance de l'institution

262. La naissance de l'institution peut être provisoirement retardée lorsqu'il existe des raisons de penser que l'institution ne sera pas utilisée conformément à sa finalité.

En matière de mariage, le moyen de blocage est utilisé pour empêcher la naissance de l'institution, donc la célébration du mariage, est l'opposition à mariage, mécanisme réglementé par les articles 172 à 179 du Code civil.[1086]

La doctrine définit l'opposition comme "un acte juridique qui oblige l'officier d'état civil à surseoir au mariage, quel qu'en soit le bien fondé. ". Le Code civil, s'agissant d'un acte aussi grave, a réglementé la procédure de l'opposition, les «cas d'ouverture» de celle-ci, ainsi que les catégories de personnes pouvant l'exercer[1087].

L'opposition à mariage est régulièrement utilisée, soit à l'initiative de la famille de l'un des époux, soit à l'initiative du ministère public.

263. Dans la première affaire rencontrée en jurisprudence, un père avait fait opposition au mariage de sa fille, de nationalité française, avec un ressortissant turc, en soutenant que le mariage avait pour seul but de permettre au futur mari de régulariser son séjour en France[1088].

La Cour avait ordonné la mainlevée de l'opposition, en estimant que la preuve que l'opposition invoquée était justifiée n'avait pas été rapportée.

La Cour d'appel de Versailles[1089] avait fait craindre, dans cette espèce, sur la possibilité d'avoir recours à l'opposition à mariage, car après avoir constaté que l'empêchement invoqué était un défaut de consentement, elle en avait déduit "qu'il apparaît difficile, voire impossible ... de déterminer l'absence de consentement avant qu'il ait été donné".

L'affirmation semblait fermer la porte à l'utilisation de la procédure de l'opposition à mariage en présence de mariage « fictif ». Mais en fait, malgré la formule lapidaire du premier attendu, la Cour avait accepté d'examiner si le mariage envisagé était ou non « fictif ».

Dans la seconde affaire[1090], c'était le ministère public qui était l'auteur de l'opposition[1091], le mariage projeté entre un détenu et une femme de nationalité mauricienne était suspecté d'avoir pour seul but de permettre à l'épouse d'acquérir la nationalité française. Là aussi le

---

[1086] La récente réforme de l'article 144 du Code civil, instituant l'âge légal du mariage à 18 ans pour les deux époux, aura peu d'incidence sur un tel contentieux (loi 2006-399 du 4 avril 2006).

[1087] Alain BENABENT, *Droit civil. La famille*. 10ème éd., Litec, 2001, n°117, p. 64. Mélina DOUCHY-OUDOT, Droit civil 1ère année. Introduction, personnes, famille, 5ème éd., Dalloz, Hypercours, 2009, n°478, p. 302.

[1088] Versailles, 14ème ch., 15 juin 1990, JCP 1991, II, 21753, note LAROCHE-GISSEROT ; D.1991, p. 268, note HAUSER.

[1089] Versailles, 14ème ch., 15 juin 1990, JCP 1991, II, 21753, note LAROCHE-GISSEROT ; D.1991, p. 268, note HAUSER.

[1090] TGI de la Rochelle, 2 mai 1991 ; D.1991, p. 261, note GUIHO.

[1091] Sur cette possibilité pour le ministère public de faire opposition à un mariage, cf. article 175-1 du Code civil et note GUIHO, précitée.

tribunal prononce également la mainlevée de l'opposition, en considérant que l'intention matrimoniale existait bien en l'espèce.

264. Si les oppositions n'ont pas abouti dans ces deux affaires, cela ne signifie pas une remise en cause de la possibilité pour la famille ou le ministère public d'y avoir recours[1092]. Lorsqu'elle est le fait d'un membre de la famille, l'opposition empêche la célébration du mariage pendant un an[1093], sauf demande en mainlevée formée par les époux. Si l'auteur de l'opposition est le ministère public, l'opposition produit effet jusqu'à ce qu'une décision judiciaire en ordonne la mainlevée[1094].
Mais il existe d'autres moyens plus radicaux, à la disposition du juge cette fois, de paralyser la naissance de l'institution détournée, spécialement lorsque l'institution a besoin d'une intervention judiciaire pour prendre vie.

b)- Le blocage définitif de la naissance de l'institution

265. Il est des institutions, telles l'adoption, qui nécessitent l'intervention du juge pour accéder à la vie juridique[1095]. Le juge a la possibilité de refuser de prononcer l'adoption, puisque la loi lui donne notamment pour mission de vérifier « si les conditions posées par la loi sont remplies ».
Les magistrats n'ont pas hésité à se servir de ces dispositions pour refuser de prononcer des adoptions, pour lesquelles il leur est apparu qu'elles auraient eu pour conséquence de détourner l'institution de sa finalité. Cela a été le cas pour des adoptions demandées dans le but de créer des liens de couple[1096], dans certaines affaires de maternité de substitution[1097], et dans des adoptions à but successoral ou patrimonial[1098].
Malgré l'existence de ces mesures, il arrive que certaines utilisations déformées d'institution aient pu échapper à la vigilance des parties ou du juge.

[1092] Le ministère public n'hésite d'ailleurs pas un seul instant a y avoir recours, avec plus ou moins de succès … Cf. Cour d'appel d'Agen, ch. 1, 22 février (mainlevée de l'opposition ordonnée) et 26 avril 2006 (opposition du ministère public confirmée), www.legifrance.gouv.fr. et Cour d'appel de Versailles, 9 mars 2006, (mainlevée de l'opposition ordonnée), n° RG 149, www.legifrance.gouv.fr. Ce sont souvent les problèmes de preuve du défaut d'intention matrimoniale qui conditionnent le succès de l'entreprise du Parquet. Cf. *supra*, p. 228 et s.
[1093] Article 176 du Code civil.
[1094] Article 176 alinéa 3 du Code civil.
[1095] Article 353 et 361 du Code civil.
[1096] Cour d'appel de Riom, 9 juillet 1981 ; TGI de Paris, 3 février et 3 novembre 1982 ; Cour d'appel de Versailles, 1ère ch. A, 4 novembre 1999.
[1097] Civ. 1ère 9 décembre 2003 ; Civ. 1ère 29 juin 1994.
[1098] Civ. 1ère 16 octobre 2001 ; Civ. 1ère 22 juin 2004 ; Civ. 1ère 25 janvier 2005.

A côté des sanctions, qui correspondent au moment de la naissance de l'institution, en existent donc d'autres permettant de sanctionner des détournements d'institution alors que l'institution a pu être créée et « fonctionne ».

2)- Les sanctions en cours de « fonctionnement » de l'institution

266. Il faut distinguer deux situations dans ce domaine. En effet il existe un certain nombre de sanctions spécifiques à certaines institutions, comme l'adoption, qui sont la tierce opposition au jugement d'adoption et l'action en révocation pour motifs graves. Il existe également une sanction spécifique en droit du travail, qui est la requalification opérée par le juge (a).
Mais à côté de ces sanctions particulières, la voie « royale » pouvant être utilisée dans de nombreuses situations est l'action en nullité (b).

a)- Les sanctions spécifiques à certaines institutions

267. Que ce soit dans le cadre de l'adoption (1) ou en droit du travail (2), les sanctions spécifiques ne sont pas des sanctions destinées uniquement à appréhender des détournements d'institution.
Mais, il se trouve qu'elles peuvent s'avérer être des armes à disposition des « victimes » du détournement d'institution, voire même de leurs auteurs, afin que le juge se prononce sur le détournement qui a été réalisé.

1) L'adoption

268. Parmi les deux sanctions possibles, l'une est à disposition des tiers à qui le jugement d'adoption fait grief (le plus souvent ce sera la famille de l'adoptant), il s'agit de la tierce opposition (α) ; l'autre est à disposition des parties à l'adoption et de tiers limitativement énumérés par l'article 370 du Code civil : la révocation de l'adoption simple pour motifs graves (β).

α) La tierce opposition

269. La tierce opposition au jugement d'adoption est prévue par l'article 353-2 du Code civil[1099]. Elle tend, d'après l'article 582 du Code de procédure civile, « à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque »[1100].

L'action est donc ouverte à tout « tiers » au jugement d'adoption : parent, enfant, membre de la famille, créancier[1101], qui peut justifier d'un intérêt à agir. Le délai pour agir, à titre principal, est le délai trentenaire (article 586 du Code de procédure civile). Lorsque la tierce opposition réussit, le jugement est rétracté ou réformé sur « les chefs préjudiciables au tiers opposant »[1102]. En matière d'adoption, cela aboutit à la réformation du jugement ayant prononcé l'adoption. L'adoption est mise à néant, ce qui est loin d'être anodin.

270. La tierce opposition a été utilisée à de nombreuses reprises (sept exactement)[1103], les demandeurs invoquant la fraude, condition de recevabilité de la tierce opposition[1104], pour ensuite s'attacher à établir le détournement d'institution. Sur les sept procédures engagées, trois ont permis la sanction d'un détournement d'institution[1105], trois demandes ont été rejetées pour absence de preuve des manœuvres invoquées et une décision de cour d'appel qui avait fait droit à la tierce opposition a été cassée pour manque de base légale[1106].

La voie de la tierce opposition s'avère donc être une voie efficace pour appréhender le détournement d'institution de l'adoption, ce qui explique très certainement son succès en pratique.

Une autre sanction peut également être utilisée, sous certaines réserves, il s'agit de l'action en révocation de l'adoption pour motifs graves.

β) L'action en révocation de l'adoption simple

[1099] Lequel dispose : « la tierce opposition à l'encontre du jugement d'adoption n'est recevable qu'en cas de dol ou de fraude imputable aux adoptants ».

[1100] V. sur cette question Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, 27ème éd., Dalloz, 2003, n°1484 et s., p. 1048 et s.

[1101] Ce sont pour l'essentiel des membres de la famille qui sont demandeurs à la tierce opposition en matière d'adoption : fils adoptif (Cour d'appel de PARIS, 8 janvier 1981) ; grands-parents (Civ.1ère 7 mars 1989) ; mère et frère de l'adoptant (Civ. 1ère 8 juin 1999) ; enfants issus d'un premier mariage (Civ. 1ère 22 juin 2004) ; petits neveux (Cour d'appel d'AIX, 5 septembre 2006) ; adoptée (Cour d'appel de NIMES, 19 décembre 2006 ; Civ. 1ère 6 février 2008).

[1102] Article 591 du Code de procédure civile.

[1103] Cour d'appel de PARIS, 8 janvier 1981 ; Civ.1ère 7 mars 1989 ; Civ. 1ère 8 juin 1999 ; Civ. 1ère 22 juin 2004 ; Cour d'appel d'AIX, 5 septembre 2006 ; Cour d'appel de NIMES, 19 décembre 2006 ; Civ. 1ère 6 février 2008.

[1104] Cf. *supra*, émergence jurisprudentielle du détournement d'institution, p. 60.

[1105] Civ.1ère 7 mars 1989 ; Civ. 1ère 22 juin 2004 ; Cour d'appel d'AIX, 5 septembre 2006.

[1106] Civ. 1ère 6 février 2008. Cf. *supra*, émergence jurisprudentielle, p. 60.

271. L'adoption simple peut, contrairement à l'adoption plénière, être révoquée pour motifs graves, en application des dispositions de l'article 370 du Code civil[1107]. Contrairement à la tierce opposition qui anéantit rétroactivement le jugement d'adoption, la révocation de l'adoption ne vaut que pour l'avenir (article 370-2 du Code civil). La révocation doit être demandée au tribunal[1108], elle n'est possible que pour « motifs graves ».

272. Les dispositions de ce texte ont été utilisées à trois reprises, dans la jurisprudence sur le détournement d'institution[1109]. Dans les trois espèces, la révocation de l'adoption était demandée par l'adoptant lui-même et le motif grave était tiré du détournement d'institution réalisé.

Dans la première décision[1110], l'adoption avait été demandée dans un but frauduleux, pour faire échec au droit de renouvellement de fermiers d'un bail rural et l'adoptant invoquait cet élément pour dire que l'adoption avait été détournée de sa finalité. Dans la seconde[1111], l'adoption avait eu pour but de créer un lien de couple entre concubins et dans la troisième[1112], l'adoption avait été demandée en vue d'établir une paternité biologique. Les décisions rendues prennent un parti identique, pour reconnaître effectivement l'existence d'un détournement d'institution, mais en écartant la sanction du détournement d'institution, qui aurait dû correspondre à la révocation de l'adoption pour motifs graves, parce que l'adoptant « ne pouvait se prévaloir d'une fraude dont il était lui-même l'auteur pour solliciter la révocation de l'adoption ».

Il est donc fort à craindre que, de manière systématique, l'adoptant ne puisse obtenir la révocation de l'adoption, non pas en raison du détournement d'institution qui a été réalisé, mais parce que les magistrats lui opposeront sa propre turpitude.

Cela ne remet cependant pas en cause la possibilité pour d'autres tiers, énumérés à l'article 370 du Code civil, d'obtenir la révocation de l'adoption pour motifs graves, en justifiant de l'existence d'un détournement d'institution.

[1107] « S'il est justifié de motifs graves, l'adoption peut être révoquée, à la demande de l'adoptant ou de l'adopté, ou, lorsque ce dernier est mineur, à celle du ministère public.
La demande de révocation faite par l'adoptant n'est recevable que si l'adopté est âgé de plus de quinze ans.
Lorsque l'adopté est mineur, les père et mère par le sang ou, à leur défaut, un membre de la famille d'origine jusqu'au degré de cousin germain inclus, peuvent également demander la révocation ». Cf. Martine LE BIHAN-GUENOLE, *La révocation de l'adoption*, JCP 1991, I, 3539.

[1108] Le tribunal compétent est le tribunal de grande instance, qui a compétence exclusive pour toutes les actions relatives à l'état des personnes. C. org. jud. article L 211-4.

[1109] Civ. 1ère 19 novembre 1991 ; Cour d'appel de Paris, 1ère ch. Section C, 19 janvier 1993 ; Civ. 1ère 28 février 2006.

[1110] Civ. 1ère 19 novembre 1991.

[1111] Cour d'appel de Paris, 1ère ch. Section C, 19 janvier 1993.

[1112] Civ. 1ère 28 février 2006.

Une sanction spécifique existe aussi en droit du travail, en lien avec la notion de contrat de travail, il s'agit de la requalification[1113].

2) La requalification en droit du travail

273. Le droit du travail étant une matière où le contrat, voire d'autres mécanismes, sont parfois utilisés pour détourner certaines institutions[1114], le juge n'hésite pas alors recourir à la requalification[1115].

Dans l'affaire du détournement de l'institution du congé sabbatique[1116], les juges n'ont pas hésité à restituer à l'opération sa véritable qualification et ont estimé que le détournement du congé sabbatique correspondait à une démission du salarié.

De même, s'agissant des différents détournements des stages, contrats nouvelles embauches et autres, la jurisprudence requalifie en contrat de travail les contrats dont l'objet a été détourné[1117].

Enfin, dans les hypothèses où la période d'essai a été détournée de sa finalité, la sanction prononcée par les juges a consisté à requalifier la rupture du contrat en contrat de travail en licenciement[1118].

Une autre sanction possible du détournement d'institution consiste encore à maintenir les sujets de droit enfermés dans le montage juridique qu'ils ont volontairement créé.

b)- Le maintien dans l'institution

[1113] Sur la nature de sanction de la requalification, v. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°322, p. 429. Cf. Emmanuel DOCKES, *Droit du travail*, 3ème éd., 2008, Dalloz, Hypercours, n°246 et s., p. 218 et s.

[1114] Cf. *supra*, domaines du détournement d'institution, p. 193 et s.

[1115] Article 12 du Code de procédure civile : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.
Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.
Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.
Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé ». Cf. Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 27ème éd. Refondue, 2003, n°571 et s., p. 528 et s.

[1116] Cour d'appel de Versailles, 6 novembre 1990 : « Considérant qu'il ressort de tous ces éléments de fait que Monsieur B. n'a jamais eu l'intention de reprendre ses activités au sein de la SA P. à l'issue de son congé sabbatique ; que son comportement doit s'analyser comme une démission … qu'il convient dès lors de confirmer le jugement en ce qu'il a décidé que c'est Monsieur B. qui a pris l'initiative de rompre son contrat de travail avec la SA P. ».

[1117] Pour un exemple, v. Soc. 17 janvier 1990. Domaines du détournement d'institution.

[1118] Cf. Soc. 5 octobre 1993 et 2 février 1994. Domaines du détournement d'institution.

274. Dans les procédures engagées sur le fondement de la révocation de l'adoption simple, les magistrats ont, en fait, opposé au demandeur en révocation l'adage « *nemo auditur* … »[1119], en le maintenant « prisonnier » [1120], en quelque sorte, d'une situation qu'il avait lui-même créée : l'utilisateur d'une institution, qui a détournée celle-ci de sa finalité, ne peut ensuite venir demander au juge de constater le détournement, afin de se libérer d'un montage juridique qu'il a lui-même initié, ce qui serait pour le moins contraire à l'éthique[1121].
N'est ce pas là, précisément, une autre façon de sanctionner le détournement d'institution, en maintenant de force les sujets dans l'institution qu'ils ont voulu détourner ?

275. La question du maintien dans l'institution, à titre de sanction, s'est aussi posée en matière de détournement de l'institution du mariage.
Certains auteurs[1122] ont estimé que le mariage, détourné de sa finalité, devait être maintenu, à titre de sanction du détournement réalisé, mais en annulant la convention visant à limiter les effets du mariage : "ce n'est pas l'union qui doit être annulée, mais bien la convention par laquelle cette limitation est poursuivie, par laquelle il est porté atteinte à un statut impératif.". Et la raison invoquée est que "*quel que soit le critère adopté*, l'annulation aboutit toujours à permettre une fraude : soit l'obtention d'un résultat qui, s'il n'était pas spécifique du mariage, ne pouvait cependant être acquis d'une autre manière (bénéfice d'une nationalité autrement inaccessible) ; soit l'usage d'une institution à des fins purement individuelles (versement d'une dot, exemption imméritée du service militaire …). On contracte un mariage simulé, on en tire un profit et, le tour joué, on en sort avec l'appui de la justice. Il y a là un défi à l'institution … C'est pourquoi, quel que soit le but visé, le maintien du mariage s'impose.".
Un argument supplémentaire pour soutenir cette opinion tient au fait qu'en examinant la jurisprudence rendue dans cette matière, il est curieux de constater que ce sont souvent les

---

[1119] N*emo auditur propriam turpitudinem allegans* personne ne peut alléguer sa propre turpitude. Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999, p. 483.
[1120] Monsieur BOULANGER dit encore que : « Celui qui a utilisé une institution dans un but contraire à sa finalité est prisonnier de son propre montage ». (François BOULANGER, *Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ?* JCP 1993, I, n°3665, p. 151, spéc. p. 153.). Pourtant, des auteurs soutiennent que "la maxime *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, … est, de toute façon, sans application dans le droit des personnes et de la famille.". Cf. Jean-Pierre GRIDEL, chron. D. 1995, p. 275 et s. Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999, p. 483, spéc. p 486. Cf. Cour d'appel de Paris, 1ère ch. C, 14 janvier 1994, D. 1994, I.R., p. 101, à propos d'un mariage « simulé ».
[1121] Le respect de la morale commande en l'espèce de ne pas sanctionner le détournement d'institution qui a été réalisé, afin de prendre l'utilisateur de l'institution « à son propre piège ». Cf. *infra*, fondement de la sanction du détournement d'institution.
[1122] Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Mariage simulé ou mariage à effets limités ? (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 novembre 1963)* ; D. 1965, chron., p. 9 et s., spéc. p. 11. Du même auteur, *Le mariage simulé*, RTD civ. 1960, n°31, p. 249.

« époux » eux-mêmes qui sont demandeurs à la nullité d'un mariage, qu'ils ont par ailleurs sollicité[1123].

Le rejet des demandes d'annulation sur le fondement de l'adage « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » n'aurait rien de choquant sur le plan juridique, ce qui aurait pour conséquence de maintenir les époux prisonniers de leur propre piège.

Pourtant, il apparaît que dès le départ, les premières décisions rendues dans ce domaine ont, sans hésitation, prononcé la nullité du mariage à la demande de l'un des époux[1124].

276. La jurisprudence rendue à propos du phénomène des mères porteuses conduit à se poser les mêmes questions du maintien dans l'institution. En affirmant que « La convention par laquelle une femme s'engage, fut ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes … »[1125] et que l'adoption « n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil … d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère … ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption », la jurisprudence ne laisse t'elle pas entendre que la convention souscrite entre le couple demandeur et la mère porteuse est illicite[1126]. Or, la question qui était posée à la

---

[1123] Il arrive aussi parfois que certains époux cherchent à tirer avantage du détournement d'institution qui a été réalisé, afin de bénéficier d'autres avantages que ceux qui étaient initialement recherchés. Telle cette espèce jugée par la Cour d'appel de Paris le 25 septembre 1986, dans laquelle un français avait épousé en 1981 une personne de nationalité turque. "L'épouse" était mère d'un enfant depuis 1982. Après deux ans de mariage, celle-ci avait introduit une action en contribution aux charges du mariage fondée sur l'article 214 du Code civil. (D. 1987, 134, note MAYER et CALE.)
Le mari, pour échapper à la contribution, soutenait que le mariage était «fictif» et n'avait eu pour seul but que de permettre à l'épouse d'acquérir la nationalité française, afin d'éviter l'expulsion.
La Cour d'appel a précisé en premier lieu que "si chacun des époux est tenu de contribuer aux charges du mariage c'est parce que celui-ci les oblige à une communauté de vie et que d'autre part l'entretien d'un enfant n'entre dans ces charges que s'il s'agit d'un enfant commun aux deux époux. ".
La Cour a constaté ensuite qu'il était établi en l'espèce "qu'il n'y a en fait jamais eu de communauté de vie entre P. et S., l'épouse n'est donc pas fondée à réclamer des subsides pour elle-même à son mari.".
Enfin, prenant acte de l'existence en l'espèce d'un mariage "blanc", la Cour a décidé de condamner le mari aux dépens de la procédure en retenant "qu'en contractant mariage ... à seule fin de faire acquérir à S. la nationalité française ... P. s'est sciemment exposé à pareille procédure ... ".
Les annotateurs de la décision ont fait observer qu'"en déniant à Mme S. le droit de réclamer une contribution à son mari au motif qu'elle a accepté l'absence de toute communauté de vie, il semble que la Cour de Paris a voulu sanctionner directement le détournement de l'institution du mariage plutôt que la seule violation de l'une de ses obligations. " (Madame MAYER et Monsieur CALE, note au D. 1987, J., p. 134, spéc. p.135.).

[1124] Ce sont sans doute les circonstances dans lesquelles étaient intervenues ces unions (guerres) qui permettent d'expliquer l'attitude de la jurisprudence, qui n'a pas eu recours, contre toute attente, à l'adage *nemo auditur* ... (Trib. Civil Grenoble, 11 juillet 1923 et Trib civ. Seine, 7 janvier 1948, cités par José VIDAL. *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*. Thèse, Dalloz, 1957, p. 196/197.).

[1125] Assemblée plénière, 31 mai 1991, précité.

[1126] « La convention par laquelle une femme s'engage, fut ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ».

jurisprudence, de savoir si les effets de ce contrat illicite pouvaient être validés par le droit, correspond à la même question posée au juge lorsqu'il s'agit de faire application de l'adage « *nemo auditur* »[1127]. De plus, ce sont les époux, à l'initiative de la convention, qui sont demandeurs pour lui faire produire des effets juridiques. Précisément, n'est-il pas défendu par cet adage « d'invoquer devant les juges un acte immoral pour s'en faire un principe d'action » ?[1128]

Il n'y aurait donc rien eu d'inconcevable, d'un point de vue théorique, d'appliquer l'adage aux mariages simulés et aux détournements de l'adoption, résultant du recours à une mère porteuse, pour fonder d'une part le refus de prononcer l'annulation du mariage et le refus de prononcer l'adoption.

Pourtant, ce n'est pas la solution qui a été retenue par la jurisprudence, qui a opté pour la nullité du mariage dit simulé, même à la demande des époux et qui a refusé de faire produire effet aux conventions de mères porteuses, en invoquant un détournement de l'institution de l'adoption.

Il convient donc de s'intéresser à l'anéantissement de l'institution, obtenue par la voie de l'action en nullité.

c)- La sanction de la nullité et l'anéantissement de l'institution

277. Comme le précise Madame FENOUILLET, "Le détournement conduit parfois le droit, plus radicalement, à anéantir l'institution.".

La jurisprudence a eu recours à la sanction qui est la nullité aussi bien en droit de la famille (1) qu'en droit du travail (2). La voie de la nullité est celle qui s'impose, lorsqu'il n'existe pas de sanctions spécifiques à l'institution en cause, permettant d'appréhender le détournement réalisé.

1) La nullité appliquée en droit de la famille

[1127] « la question n'est pas de savoir si un contrat entaché d'immoralité peut être déféré à la justice, mais si ce même contrat peut engendrer un droit que le contractant *turpis* serait autorisé à invoquer devant le juge ». Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999, p.483 et s., spéc. p. 484.

[1128] Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999, p.483. Ces auteurs expliquent que « l'adage *Nemo auditur* a pour vocation de faire régner la morale, non dans le prétoire, mais dans la société. Il poursuit le même but que l'article 1131 du Code civil, qui sanctionne l'immoralité par la nullité ; il s'agit toujours d'empêcher la conclusion de conventions immorales, ce qui peut s'obtenir, autant que par une annulation interdisant toute exécution, par un refus d'action rendant inattaquable l'exécution accomplie » (*Opus cité*, p. 484).

278. La nullité est utilisée comme sanction des mariages dits « simulés », mais a également trouvé à s'appliquer en matière d'adoption, à propos du phénomène des mères porteuses.

En ce qui concerne l'institution du mariage, la sanction du détournement d'institution, par la voie de la nullité du mariage, a été confrontée à une difficulté, vite résolue par la jurisprudence[1129], tenant à l'existence d'un adage qui prescrit qu' « il n'y a pas de nullité sans texte »[1130].

Depuis l'arrêt Appieto[1131], la jurisprudence est bien fixée : « le mariage est nul, faute de consentement, lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale ».

S'agissant des conséquences de la nullité, la jurisprudence étend à l'époux de bonne foi le bénéfice du mariage putatif[1132].

279. A propos du phénomène des mères porteuses, la jurisprudence a également eu recours à la sanction de la nullité, en retenant l'existence d'un détournement d'institution, afin de prononcer la dissolution d'une association de mères porteuses[1133].

[1129] La jurisprudence a eu recours à l'article 146 du Code civil pour fonder la nullité prononcée. Cf. Cour d'appel de Versailles, 1ère ch., 8 juillet 2005 ; D. 2006, J., n°11, p. 772, note V. BONNET, qui explique l'articulation entre l'absence de consentement et le détournement d'institution. Cf. *supra*, émergence jurisprudentielle du détournement d'institution, p. 85. Mais certains domaines subissent encore fortement l'influence du principe « pas de nullité sans texte » (droit du travail, par exemple), quand ce n'est pas le droit supranational lui-même qui vient imposer la règle, comme c'est le cas en droit des sociétés (article 11 de la directive CEE n°68/151 du 9 mars 1968 concernant les SARL et les sociétés par actions, ce qui d'ailleurs entraîne une exclusion de la sanction de la fraude à la loi dans ce domaine).
Par exemple, l'article 1844-10 du Code civil prévoit deux types de nullités applicables aux sociétés (quelles qu'elles soient) : "la nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832, 1832-1, alinéa 1 et 1833 ou de l'une des causes de nullité des contrats en général.". La liste ainsi limitativement dressée des causes de nullité des sociétés exclut a priori le prononcé d'une nullité sur le fondement du détournement d'institution, sauf à admettre, comme en matière de fraude à la loi, son application en présence de sociétés en nom collectif ou en commandite simple. (Deen GIBRILA, *Société. Dispositions générales. Nullité de société, d'actes ou de délibérations.* Jurisclasseur sociétés, 11, 1999, art. 1832 à 1844-17, fasc. 80, n°33, p. 10.).
Par contre, l'article 1844-10, alinéa 2 du même Code, applicable aux nullités des actes ou délibérations des organes de la société n'a pas exclu les nullités relevant d'une fraude ou d'un abus de droit (Deen GIBRILA, *Opus cité*, n°41, p. 12.). Un auteur a soutenu que "N'était la maxime « pas de nullité sans texte en matière de mariage », il vaudrait mieux rattacher l'annulation à l'idée qu'une institution ne doit pas être détournée de sa finalité sociale.". (Jean CARBONNIER, Droit civil, *La famille*, T 2, Thémis, PUF, 14ème éd., 1991, n°37, p. 73 ; comp. la dernière édition de l'ouvrage : *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n° 536, p. 1186, dans laquelle CARBONNIER évoque les difficultés de qualification).

[1130] Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999, p.631, spéc. p. 632 : " Tout un courant doctrinal soutient que la violation des conditions de formation du mariage est entièrement soumise à la règle « Pas de nullité sans texte »". Aujourd'hui l'article 184 du Code civil, créé par la loi 2008-561 du 17 juin 2008, précise que « Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 et 163 peut être attaqué, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public ». Cette difficulté n'est d'ailleurs pas spécifique au mariage, puisque cet adage a une portée générale (Henri ROLAND et Laurent BOYER, *ouvrage précité*, p.631).

[1131] Civ. 1ère 20 novembre 1963, précité.

[1132] Le mariage est traité, vis-à-vis de cet époux, non pas comme un mariage nul, mais comme un mariage dissous. Cf *infra*, note 1145, p. 261.

La jurisprudence, en prononçant la nullité dans ces hypothèses, a exclu le recours à l'adage « *Nemo auditur …* ».

Il y a deux explications possibles à la position retenue par la jurisprudence. En effet si l'on observe bien les décisions rendues, aussi bien en ce qui concerne le mariage que l'adoption, les tribunaux font état de l'illicéité des comportements des sujets[1134], pas de leur immoralité.

Or, si l'illicéité de l'action accomplie est bien une condition d'application de la maxime, l'autre condition est qu'il faut qu'il y ait immoralité[1135].

Monsieur DAGOT[1136], répondant à la question de savoir qui pouvait invoquer l'existence d'une simulation en matière de mariage, précisait que les « époux » ont qualité pour le faire : "la maxime *Nemo auditur* ne saurait faire obstacle à leur action : d'abord, le plus souvent, il n'y a pas eu immoralité à simuler le mariage[1137] ; et surtout, s'agissant de l'état des personnes, on ne peut admettre qu'on leur refuse le droit de faire rétablir la réalité.".

L'autre explication possible est que des considérations liées à l'ordre public commandent que la nullité puisse produire pleinement ses effets (« le mariage est une institution d'ordre public » a rappelé l'arrêt Appieto et les conventions de mères porteuses contreviennent «au principe d'ordre public » de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes)[1138].

[1133] Civ. 1ère 13 décembre 1989, précitée. « l'objet même de l'association est de favoriser la conclusion et l'exécution de conventions qui, fussent-elles verbales, portent tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître et sont donc nulles en application de l'article 1128 du Code civil ; que ces conventions contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère ; que l'activité de l'association, qui tend délibérément à créer une situation d'abandon, aboutit à détourner l'institution de l'adoption de son véritable objet qui est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu ; que c'est dès lors à bon droit que l'arrêt attaqué a décidé, sur le fondement de l'article 3 de la loi du 1er juillet 1901, que cette association était nulle en raison de l'illicéité de son objet … ». L'article 3 de la loi du 1er juillet 1901, qui régit les associations, dispose que « Toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement, est nulle et de nul effet ».

[1134] Cf. l'arrêt Appieto précité et les décisions concernant les mères porteuses.

[1135] Selon Messieurs ROLAND et BOYER, « D'une manière générale, la demande en répétition est déclarée recevable et partant l'adage éliminé lorsque le contrat tout en étant illicite, n'est pas entaché d'immoralité ». (Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999, p.489). Ces auteurs considèrent également que l'adage « *nemo auditur* » ne s'appliquerait pas en droit de la famille, cf. *supra*. Mais la jurisprudence en a décidé autrement, dans la décision du 19 novembre 1991 (Melle PETIT). Monsieur ROTONDI rappelle qu'il "y a d'autres cas qui mettent en évidence la même préoccupation d'éviter que le droit puisse se prêter à réaliser des finalités qui puissent paraître contraire à l'éthique. Le principe « *nemo auditur turpitudinem suam allegans* » s'inspire de cette finalité, principe sur la base duquel l'on n'accorde pas de protection à celui qui invoque la norme pour atteindre des résultats d'un comportement illicite ou immoral ; de cette finalité s'inspire le refus de se prêter à l'annulation de la prestation effectuée spontanément en relation à un devoir moral, mais non juridique (obligation naturelle)." (Mario ROTONDI, *Le rôle de la notion de l'abus du droit*, RTD civ. 1980, p. 66 et s.).

[1136] Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°258, p. 255.

[1137] Ce qui sous-tend que la règle « *nemo auditur …* » a pour rôle de garantir le respect de la morale. Cf. note Anne-France EYRAUD sous Civ. 1ère, 22 juin 2004, JCP 2005, II, 10006, p. 85.

[1138] Pour ROLAND et BOYER, "Ce qui compte c'est l'ordre public dont la violation postule de faire produire à la nullité des effets aussi énergiques que possible : rien ne doit subsister du contrat annulé pour ce motif" (Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999, p.489).

Du fait que les institutions détournées sont d'ordre public, il découle naturellement que la nullité prononcée est une nullité absolue[1139].

A côté du droit de la famille, la nullité a aussi été utilisée par la jurisprudence, en droit du travail.

2) La nullité appliquée en droit du travail

280. En ce qui concerne les désignations de délégués syndicaux, ayant réalisé un détournement d'institution, la jurisprudence a confirmé la nullité de la désignation[1140] qui avait été opérée par les syndicats, dans deux décisions sur trois[1141].

La jurisprudence n'a donc pas hésité, en matière de détournement d'institution, à avoir recours à la nullité, aussi bien en droit de la famille qu'en droit du travail.

La sanction de la nullité est une sanction d'autant plus grave qu'il s'agit à chaque fois d'une nullité absolue, car l'ordre public est en jeu[1142].

281. En outre, il faut rappeler, pour mémoire, que les sanctions civiles du détournement d'institution vont être dépendantes du point de savoir si le détournement d'institution a été

[1139] Cf. infra, 2).

[1140] La nullité était fondée à l'époque sur les articles L 412-12 et L 412-13 du Code du travail.

Article L 412-12 : « Le ou les délégués-syndicaux doivent être de nationalité française, être âgés de dix huit ans accomplis, travailler dans l'entreprise depuis un an au moins et n'avoir encouru aucune des condamnations prévues aux articles L. 5 et L. 6 du code électoral. Dans les conditions prévues dans les traités internationaux et sous réserve de réciprocité ils peuvent être de nationalité étrangère.

Le délai d'un an prévu à l'alinéa ci-dessus est réduit à quatre mois dans le cas de création d'entreprise ou d'ouverture d'établissement. Dans les entreprises de travail temporaire la condition d'ancienneté prévue à l'alinéa précédent est appréciée en ce qui concerne les travailleurs temporaires, en totalisant les périodes pendant lesquelles ces salariés ont été liés à ces entreprises par des contrats de travail temporaires au cours des dix-huit mois précédant la désignation du délégué syndical, ce délai étant réduit à six mois dans le cas de création d'entreprise ou d'ouverture d'établissement.

Les fonctions de délégué syndical sont compatibles avec celles de délégué du personnel, de représentant du personnel au comité d'entreprise ou d'établissement ou de représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement ».

Article L412-13 : « Les contestations relatives aux conditions de désignation des délégués syndicaux sont de la compétence du tribunal d'instance qui statue d'urgence. Ces contestations sont portées devant le tribunal d'instance du lieu où la désignation a été effectuée par voie de simple déclaration au greffe. Le recours n'est recevable que s'il est introduit dans les quinze jours qui suivent la désignation du délégué par le syndicat.

Le tribunal d'instance statue dans les dix jours sans frais ni forme de procédure et sur simple avertissement donné trois jours à l'avance à toutes les parties intéressées.

La décision du tribunal est en dernier ressort mais elle peut être déférée à la cour de cassation. Le pourvoi est introduit, instruit, jugé, dans les formes et délais prévus en matière électorale.

Tous les actes judiciaires sont, en cette matière, dispensés de timbre et enregistrés gratis ».

[1141] Soc. 18 juin 1975 et 26 octobre 1976. Dans l'arrêt du 17 décembre 1975, le détournement d'institution n'était pas réalisé car la désignation du délégué s'expliquait par d'autres motifs.

[1142] François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, Droit civil. Les Obligations, 10ème éd. 2009, Précis Dalloz, n°81 et s., p. 100 et s., spéc. n°82, p. 100 et n° 86 et s., p. 105 et s., n°385, p. 400.

réalisé *ut singuli*, ou s'il s'insère dans un montage plus vaste et plus élaboré (simulation ou fraude à la loi)[1143], la sanction étant alors liée à l'appréhension globale de l'opération.

Si le détournement d'institution n'a été que le moyen de réaliser une simulation ou une fraude à la loi, ce seront soit les sanctions de la simulation, soit celles de la fraude qui lui seront appliquées. Le détournement d'institution n'a dans de telles hypothèses pas de réelle autonomie sur le plan de la sanction, mais cette absence d'autonomie se justifie par le fait que le détournement d'institution n'est qu'un des éléments constitutifs d'un montage plus vaste[1144].

282. Enfin, un point important doit être souligné concernant la sanction du détournement d'institution. A aucun moment, la jurisprudence qui a sanctionné des détournements d'institution n'a eu recours aux règles de la responsabilité civile[1145] et n'a retenu l'existence d'une faute à la charge du sujet qui a commis le détournement.

La fermeté de la jurisprudence doit en tout cas d'être approuvée. Elle a le mérite de rappeler que les institutions ne sont pas des « machins »[1146], ou des « trucs »[1147] dont le sujet de droit peut se servir pour leur faire jouer n'importe quel rôle.

En outre, la jurisprudence va bien au-delà de la possibilité de sanctionner le détournement d'institution, sur un plan strictement civil. Elle a également eu recours à la sanction du phénomène par l'intermédiaire de sanctions pénales.

[1143] Qui sont fréquents en droit du travail.

[1144] Cf. *infra*, 2ème partie.

[1145] En matière de mariage simulé, un phénomène nouveau, dont les dangers avaient été perçus très tôt en doctrine, se développe depuis quelques années : en effet l'analyse de la jurisprudence démontre que dans certains cas, seul un des époux "commet" une simulation et l'autre conjoint croit contracter une union sincère.
MAZEAUD faisait en effet observer dès 1948, qu'une "autre difficulté pourrait surgir ... il est possible que seul, l'un des époux simule" (note J. MAZEAUD sous Trib. civ. Seine, 7 janvier 1948, Semaine juridique 1948, II, 4430).Une décision de la Cour d'appel de Paris a condamné le mari à réparer le préjudice moral subi par l'épouse et a prononcé la nullité du mariage. Paris, 3 octobre 1996, précitée. Cette position a été confirmée par la Cour de cassation, dans une décision du 19 janvier 1999 (Civ. 1ère 19 janvier 1999, Dr. Famille 1999, n°23), confirmant, Bourges, 18 juin 1996, Jurisdata n°046599. La condamnation de l'époux « fautif » à des dommages et intérêts par la jurisprudence est indépendante de la sanction du détournement d'institution puisque, en parallèle, les décisions prononcent la nullité du mariage « détourné de sa finalité ». La jurisprudence transpose en fait les solutions acquises concernant la situation de l'époux de bonne foi, dans le cadre de la théorie du mariage putatif. (Sur cette notion, cf. Alain BENABENT, *Droit civil. La famille*. 10ème éd., Litec, 2001, n°142, p. 78 et s. Il y est communément admis que "l'époux de mauvaise foi pourra, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, être de plus condamné à verser des dommages et intérêts à son conjoint, pour réparer le préjudice causé par l'annulation du mariage" (A. BENABENT, précité, n°144, p. 79). Cf. *infra*, 2ème partie, p. 256 et s.

[1146] Nous renvoyons au sens courant du mot et pas à la prestigieuse utilisation qui en a été faite par un des Présidents de la République française … Cf. Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s, spéc. p. 271, qui est favorable à la sanction de la nullité lorsque un "désordre a été introduit dans le système juridique".

[1147] Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 238. Certains parlent également de « mécano », cf. Daniel COHEN, *La légitimité des montages en droit des sociétés.* In *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF,1999, p. 261, spéc. p. 272.

B- Sanctions pénales du détournement d'institution

283. Une remarque préliminaire s'impose : le détournement d'institution n'est pas, en lui-même, sanctionné pénalement, car il n'existe pas d'infraction pénale spécifique réprimant le détournement d'institution[1148], mais par contre, ce dernier peut servir de moyen afin de commettre une infraction, et c'est alors à ce titre qu'il tombe sous le coup de la loi pénale.
Dès lors, la jurisprudence pénale prend en compte le détournement d'institution de deux manières, soit pour enlever à certaines infractions leur caractère punissable, soit au contraire à titre d'élément constitutif d'une infraction.

284. Le détournement d'institution accompli peut d'abord être un moyen de défense, que l'auteur de l'infraction va soulever pour dire que les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas constitués. Ce fut le cas dans les affaires jugées en 1977 et 1979 par la Cour de cassation, [1149] au sujet des désignations de délégués syndicaux, faites en violation de l'esprit de l'institution, l'employeur étant poursuivi pour entrave à l'exercice du droit syndical[1150], en ce qu'il avait pris des sanctions disciplinaires (1ère affaire), et licencié sans autorisation un salarié désigné comme délégué syndical (2ème affaire). Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, avaient relaxé l'employeur et débouté le syndicat de son action civile, en construisant leur raisonnement en trois temps : d'abord, il était établi que la désignation « tendait … à détourner l'institution de sa finalité propre et constituait une fraude à la loi » ; ensuite que la fraude à la loi n'avait pu être pour ses auteurs créatrice de droits ; enfin que le salarié n'ayant pu valablement être désigné comme délégué syndical, l'infraction n'était pas constituée car il ne bénéficiait pas de la protection légale attachée au statut de salarié protégé.
Dans ces affaires, la sanction du détournement d'institution a été réelle dans la mesure où le salarié n'a pu bénéficier de la protection recherchée, et l'employeur qui l'avait licencié n'avait pas commis d'infraction pénale. Mais en fait, dans ces affaires, le détournement d'institution a été « absorbé » par la fraude qui avait été réalisée[1151].

[1148] C'est pourtant la création d'une telle infraction qu'appelle de ses vœux Madame FENOUILLET. Cf. Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s, spéc. p. 278.

[1149] Crim. 18 octobre 1977 et 6 novembre 1979. La première décision retient le détournement d'institution et la fraude dans la désignation, pour enlever à l'infraction son caractère punissable.

[1150] Sur cette infraction cf. *supra*, émergence jurisprudentielle, p. 52 et s. Le texte applicable à l'époque était l'article L 483-1 du Code du travail.

[1151] La doctrine fait état de nombreux exemples jurisprudentiels révélant l'existence de détournements d'institution. Par exemple, le délit d'entrave permet d'appréhender des comportements anti-juridiques des employeurs. Les comportements incriminés sont apparus dans de nombreuses matières : "en matière délections : contestation tardive de la régularité des candidatures, afin de justifier un licenciement ... nombre d'établissements distincts, afin d'essayer de diminuer le nombre des délégués ... en matière de licenciement : emploi de l'action en résolution judiciaire non prévue par la loi ... en cas d'entrave apportée intentionnellement à

285. Le détournement d'institution peut être, au contraire, retenu comme élément constitutif d'une infraction et entraîner la sanction, de manière indirecte certes, du montage qui a été réalisé[1152].

Comment ne pas songer aux décisions rendues à propos des mariages « blancs », contractés "à seule fin d'obtenir ou de faire obtenir un titre de séjour ou la nationalité française"[1153] ?

En effet, l'article L 623-1, alinéa 1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoit que "Le fait de contracter un mariage aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 15000 € d'amende.". Mais le texte réprime, outre les époux eux-mêmes, ceux qui organisent de tels mariages, les peines passant du stade délictuel au stade criminel, lorsque l'infraction a été commise « en bande organisée »[1154].

La jurisprudence pénale prend en compte sans difficultés, dans ce domaine, l'existence du détournement d'institution pour prononcer des condamnations pénales[1155] ou, par exemple, pour servir de base à des rejets de demandes de mise en liberté effectuées par des prévenus.

Plusieurs décisions de la Cour d'appel de Rouen, rendues dans le cadre de la même affaire[1156], ont retenu sur la base de l'article 144 7° du Code de procédure pénale[1157] que « l'ordre public

la constitution même du comité ... L'employeur qui modifie les structures de la société, afin d'échapper frauduleusement à l'obligation de constituer un comité, tombe sous le coup de la répression pénale.".
En matière de travail dissimulé également, des sanctions pénales permettent d'appréhender des « montages » frauduleux, au sein desquels des détournements d'institutions sont réalisés (de la société notamment), afin d'éluder les dispositions du Code du travail en matière d'embauche et de déclarations des salariés. (Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°554, p. 672 et s.).

[1152] Dans ce domaine les tentatives pour faire jouer ce rôle au détournement d'institution ne sont pas toujours couronnées de succès, cf. Crim 6 avril 2005, à propos d'un détournement de l'institution du comité d'entreprise.

[1153] C'est ainsi que s'intitule le chapitre III du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Ce chapitre fait partie du livre VI du Code, consacré aux « Contrôles et sanctions » et s'insère dans un Titre II intitulé « Sanctions ». V. Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°204, p. 115. *Droit de la famille*, sous la direction de Pierre MURAT, Dalloz Action, 2008, n°111.34, p. 47.

[1154] Article L 623-1, alinéa 3. Sur ce point, cf. Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s, spéc. p. 276.

[1155] Crim. 8 juin 1993, précité : « grâce à ce moyen frauduleux ayant consisté en un détournement de l'institution du mariage, K. s'est procuré des documents administratifs lui permettant de séjourner en France ». Le détournement d'institution sert d'élément constitutif au délit d'obtention indue de documents administratifs et de séjour irrégulier en France ». Ce délit était prévu par l'article 154 du Code pénal (ancien) : « Quiconque se sera fait délivrer indûment ou aura tenté de se faire délivrer indûment un des documents prévus en l'article précédent, soit en faisant de fausses déclarations, soit en prenant un faux nom ou une fausse qualité, soit en fournissant de faux renseignements, certificats ou attestations, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 500 F à 15.000 F.
Les mêmes peines seront appliquées à celui qui aura fait usage d'un tel document, soit obtenu dans les conditions susdites, soit établi sous un autre nom que le sien ».

[1156] V. les décisions de la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Rouen des 5 janvier, 16 février et 9 mars 2006.

[1157] « La détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs suivants et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ...

est perturbé d'un trouble exceptionnel et persistant par ces faits en ce qu'ils portent sur un détournement de l'institution du mariage à seule fin de résider régulièrement sur le territoire français ». La Cour d'appel a considéré que le « détournement de l'institution du mariage » était un des éléments découlant des « faits » commis, qui, perturbant l'ordre public, justifiait le maintien en détention de l'auteur présumé de l'infraction, qui était poursuivi en l'espèce pour organisation de mariage frauduleux[1158].

Il ne serait pas non plus à exclure que des sanctions pénales frappent des détournements de l'institution de l'adoption[1159], dans le cadre des pratiques de maternités de substitution, puisque le Code pénal a créée diverses infractions réprimant l'entremise entre un couple demandeur et une mère porteuse[1160].

Un auteur a même suggéré le recours à la qualification d'inscription de faux, pour appréhender le détournement d'institution[1161].

286. Le droit pénal a donc incontestablement saisi le phénomène du détournement d'institution, pour lui faire produire des effets juridiques : soit pour enlever à certaines infractions leur caractère punissable, (mais de fait, en sanctionnant d'une certaine manière les instigateurs du détournement d'institution), soit au contraire, pour retenir le détournement d'institution comme élément de l'infraction et sanctionner de ce fait leur auteur.

Le système juridique offre ainsi un éventail de sanctions variées au phénomène, que ce soient des sanctions civiles ou des sanctions pénales.

7° Mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé. Ce trouble ne peut résulter du seul retentissement médiatique de l'affaire. Toutefois, le présent alinéa n'est pas applicable en matière correctionnelle ». (Le texte est issu de la loi 2007-291 du 5 mars 2007. L'ancien texte, en vigueur en 2006, connaissait la même règle mais à l'aliéna 3).

[1158] Article L 623-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, cité *supra*, p. 84.

[1159] A la condition que les faits ne tombent pas sous le coup de la prescription ! Cf. Cour d'appel de Versailles, 17 mai 2001, précité, dans lequel le ministère public faisait valoir que le demandeur à l'adoption (l'épouse d'un homme qui avait reconnu un enfant « adultérin » né sous X, enfant élevé au domicile conjugal depuis sa naissance) avait « déposé la requête en adoption alors que la prescription pénale était acquise sur le fondement des articles 227-12 et 13 du Code pénal.

[1160] Loi 94-653 du 29 juillet 1994, dite loi relative au respect du corps humain qui a inséré plusieurs articles dans le Code pénal (article 223-12 et suivants, modifié par l'ordonnance 2000-916 du 19 septembre 2000) pour sanctionner également, sur le plan pénal, le fait de " Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende.

Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double." (article 227-12 du Code pénal). V. Ch. BYK, *La loi relative au respect du corps humain*, JCP 1994, I, 3788. Ce texte est une illustration du phénomène de prise en considération du détournement d'institution par le législateur.

[1161] Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s, spéc. p. 277.

Or, il est apparu à plusieurs reprises, en présentant ces diverses sanctions, que la question de leur justification et de leur raison d'être était amenée à se poser. C'est à cette question qu'il convient maintenant de consacrer quelques développements.

SECTION II : LE FONDEMENT DE LA SANCTION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

287. En fait, la problématique du détournement d'institution est double lorsqu'il s'agit de cerner les raisons qui conduisent à sa sanction.

Le détournement d'institution peut être sanctionné du seul fait du détournement de la finalité qui a été réalisé, pour sanctionner l'artifice en quelque sorte (§1).

Mais le détournement d'institution peut aussi être sanctionné en considération du résultat qui en est dérivé. Dans de tels cas, les juges vont au-delà de la légalité car ils vérifient la légitimité de l'utilisation faite de l'institution. Même si un détournement d'institution a eu lieu, s'il existe des motifs légitimes qui l'expliquent, il n'y aura pas de sanction. Le résultat obtenu n'est alors sanctionné que si les motifs sont illégitimes (§2).

L'étude de la jurisprudence rendue à propos du phénomène du détournement d'institution, montre que les deux fondements sont présents dans les décisions rendues.

En effet, la jurisprudence sanctionne l'artificialité du montage qui a été opéré. Dans les décisions concernant la désignation des délégués syndicaux[1162], les magistrats ont sanctionné systématiquement les désignations "ayant pour seul objet de protéger l'intéressé contre le licenciement", qui tendaient ainsi "à détourner l'institution de sa finalité propre".

L'irréalité du montage est apparue encore plus nette, en ce qui concerne les décisions rendues sur le phénomène des mère porteuses, et la Cour de cassation l'a bien fait ressortir en indiquant que l'adoption "n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption"[1163].

Mais d'un autre côté, la jurisprudence a aussi recherché si des motifs légitimes permettaient d'expliquer le recours au montage (est ce que la désignation du délégué syndical avait

[1162] Crim. 18 octobre 1977, précité.

[1163] Assemblée plénière de la Cour de cassation, 31 mai 1991, précitée. V. encore, à propos de l'adoption, Cour d'appel d'Aix en Provence, 5 septembre 2006 : « il y a détournement du but de l'adoption lorsque les considérations successorales ou fiscales sont le ressort principal de la démarche ou lorsqu'il s'agit de créer des relations juridiques étrangères aux rapports filiaux, par exemple entre deux concubins ».

« uniquement » pour but de faire échec au licenciement ?[1164] Est-ce que, malgré le but successoral de l'adoption, il existait des liens à caractère filial entre l'adoptant et l'adopté ?[1165] L'existence de motifs légitimes « sauve » alors l'opération aux yeux du juge. Par contre lorsque les motifs sont illégitimes, le résultat du détournement d'institution entraîne sa sanction (c'est par exemple l'hypothèse de l'adoption de l'enfant du conjoint, faite dans le but de couper ses liens avec ses grands parents paternels[1166]).

§1- La sanction du détournement de la finalité d'une institution

288. En sanctionnant l'existence d'un détournement d'institution, le juge ne cherche pas à imposer une certaine modération dans l'utilisation des institutions, ni à faire la balance d'intérêts en présence[1167]. Il fait un acte de police juridique, en rappelant fermement que les institutions juridiques doivent être utilisées conformément à leur finalité.

L'organisation du système social contemporain en « société de consommation » tend à consumériser toute « chose », et le droit n'échappe pas à ce phénomène. La tentation est grande de donner au droit, le statut d'« objet de consommation », au même titre que n'importe quel autre objet, que les sujets pourraient utiliser pour satisfaire leurs intérêts ou leurs besoins (ou l'évolution de ceux-ci) [1168]. Ainsi, pour Madame DEBOISSY[1169], "Le récent

---

[1164] V. Soc. 17 décembre 1975 : la désignation du salarié comme délégué syndical « intervenue près de deux mois après la date à laquelle Dame Y… et son syndicat avaient connu la menace de licenciement qui pesait sur elle », s'expliquait « par son action constante en faveur de son organisation ».

[1165] Civ. 1ère 11 juillet 2006 : « la conscience chez l'adoptant des effets successoraux que l'adoption ne manquerait pas d'entraîner ne pouvait être considérée comme constitutive d'un détournement de l'institution dès lors qu'il existait d'autres motifs justifiant l'adoption ».

[1166] Civ. 1ère, 7 mars 1989.

[1167] Ce sont les critères retenus par la doctrine pour caractériser l'équité. Cf. Christophe ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000. Le détournement d'institution n'a donc pas pour fondement l'équité.

[1168] Le droit fiscal est un terrain privilégié d'observation du phénomène. Madame DEBOISSY signale que " Les montages fondés sur la fictivité sont reproduits à grande échelle par un nombre important de contribuables. Ils sont souvent sophistiqués et mettent en œuvre une technicité croissante. Plus profondément, les schémas envisagés sont déconnectés de la réalité et n'offrent aucune prise sur le réel : on éprouve un "curieux sentiment d'irréalité" à observer ces constructions artificielles, créées de toutes pièces à partir de brides de techniques juridiques. Les instruments juridiques se désincarnent pour devenir de simples enveloppes formelles, malléables à merci. Cette banalisation extrême des institutions juridiques ne laisse pas d'être inquiétante : l'institution devient un simple outil vide de toute finalité propre. Or, nul ne doit oublier que "le droit, tout le droit, même dans ses aspects les plus techniques, est toujours dominé par la loi morale dans sa fonction normative". La fiscalité ne doit pas faire exception à cette règle fondamentale : la technique doit rester soumise à l'éthique." (Florence DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, LGDJ, 1997, n°333, p. 123).

Le droit deviendrait-il une sorte de jeu ? Des auteurs ont proposé de substituer à une approche systémique de l'organisation du droit une approche ludique : le concept de « jeu » prend la place de celui de système. (François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, *Le jeu, un paradigme pour le droit*, LGDJ, 1992). L'acteur du jeu va chercher à tirer le meilleur parti des règles du jeu : le sens du jeu. Cette stratégie va s'effectuer par anticipation, au moyen de choix qui vont permettre au joueur d'aboutir au but qu'il s'est fixé. (voir thèse J.C. HALLOUIN, L'anticipation, contribution à l'étude de la formation des situations juridiques, Thèse Poitiers. 1979, sur cette notion). Cette idée ne pourrait-elle pas rendre compte d'une certaine manière de la stratégie dont cherchent à faire preuve les utilisateurs des institutions juridiques, tentant de leur faire jouer un rôle pour lequel elles n'ont

développement de la fictivité est le produit d'une attitude de recherche effrénée de la rentabilité fiscale par la manipulation des instruments juridiques. Ce mépris généralisé de la finalité spécifique des institutions utilisées est condamnable.".

Certains auteurs évoquent alors une instrumentalisation du droit[1170] (notamment en droit de la famille) : instrumentalisation du lien parental, lorsque les parents organisent la naissance de leurs enfants en dehors des institutions traditionnelles (exemple des maternités de substitution), en cherchant à obtenir une filiation que le législateur n'avait pas prévue ou voulue, instrumentalisation du mariage …[1171]

289. Précisément, le juge rappelle, via le détournement d'institution, que le droit et les institutions qui le sous-tendent, ne sont pas assimilables à un bien, ni un objet de consommation, et que le sujet ne peut pas leur faire servir n'importe quelles fins, les utiliser comme n'importe quel autre bien, leur faisant jouer un rôle pour lequel ils n'ont pas été conçus. Les institutions juridiques ne sont pas des instruments « à tout faire »[1172], des kits prêts à l'emploi au service des sujets de droits[1173].

pas été conçues, dans le but de satisfaire leurs intérêts. Les institutions juridiques (les règles du jeu) sont alors perçues comme de simples moyens au service de la fin poursuivie par le sujet (l'acteur).
Or, précisément, le détournement d'institution est un mécanisme permettant au juge de rappeler que l'acteur doit agir conformément non seulement aux règles qui définissent le fonctionnement de l'institution, mais également et surtout en conformité avec le but que le législateur a assigné à cette dernière. V. déjà Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 2ème éd., Dalloz, 1939, n°301, p.410 : "c'est au juge qu'il appartiendra ... de rechercher si la règle du jeu a été respectée ou bien si elle n'a pas été transgressée, consciemment ou involontairement, intentionnellement ou par mégarde, selon la nature et l'esprit du droit en cause".
Ainsi, le joueur qui utilise par anticipation une institution juridique, en se conformant aux règles qu'elle édicte, mais en violation des règles définissant le but du jeu, réalise une sorte de « tricherie ». Les règles définissant le but du jeu sont des règles implicites : loyauté des acteurs dans l'utilisation qu'ils font des règles du jeu, du but de la loi. L'individu qui détourne une institution juridique de son but n'agit plus dans « l'esprit du jeu ».
Opposé à l'analyse ludique du droit, Monsieur PERELMAN, considère que la conception fonctionnelle du droit "exclut l'assimilation d'un système de droit à un système mathématique ou à un jeu, car un système purement formel, et un jeu avec ses règles, n'étant pas des moyens visant à réaliser une fin sociale, n'ont pas à prendre en considération les conditions de leur fonctionnement efficace." (*Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*.2ème éd. Dalloz, Méthodes du droit, 1979, n°94, p. 59).

[1169] Florence DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, LGDJ, 1997, n°367, p. 135.

[1170] Jean HAUSER, *L'adoption à tout faire*. D. 1987, p. 205 et s. ; Dominique FENOUILLET, *Couple hors mariage et contrat*, p. 81 et s., spéc. p. 83, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001 ; ." Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s. Note Pierre Murat sous Civ. 1ère, 16 octobre 2001, Dr. Famille 2002, n°41.

[1171] Sur l'instrumentalisation du droit de la famille, cf. Jean HAUSER, *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, Mélanges TERRE, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 441 et s., spéc. p. 444. Jacques COMMAILLE, *Repenser politiquement le droit de la famille. L'exemple de l'homosexualité*, AJ Famille 11/2006, p. 401 et s.

[1172] Jean HAUSER, *L'adoption à tout faire*. D. 1987, p. 205 et s. Monsieur MASSIP condamne la pratique des mariages «blancs» en ces termes : "Il nous paraît difficilement admissible que les autorités judiciaires ferment les yeux sur des pratiques analogues à celles que révèle la présente affaire. Le divorce et le mariage sont des choses sérieuses, et le monde du droit ne doit pas être celui de la combine." (Defrénois 1982, art. 32967, n°79).
La doctrine préfère le terme d'instrumentalisation, qui il est vrai, présente l'avantage d'être plus « parlant », en ce qu'il renvoie au mot « instrument » ; lequel évoque l'idée d'outil à disposition des sujets de droit. Madame

De très bonne heure, la doctrine[1174], rapidement suivie de la jurisprudence, a estimé qu'on "ne règle pas, suivant des volontés particulières, ni l'état d'époux, ni celui de père ou d'enfant, non plus que l'état de citoyen. Il est tel de ces *états* sans doute qui ne peut s'acquérir qu'à la suite d'actes ou de déclarations volontaires, uniques ou concertées : tels l'adoption ou le mariage, telle encore la naturalisation. Mais, s'il appartient aux individus de rechercher quelqu'un de ces *états*, il n'est pas en leur pouvoir de régler à leur convenance."[1175].

Madame FOULON-PIGANIOL affirme qu' "En limitant à leur gré et selon les circonstances les effets de leur mariage, les époux utilisent indiscutablement une institution à des fins individuelles, ils la détournent de la fonction sociale que le législateur lui a assignée."[1176]. Elle considère en effet que "l'autonomie de la volonté se trouve impuissante à l'égard d'une institution dont les conséquences doivent toutes entrer en vigueur, dès l'échange des consentements, sans que les intéressés puissent opérer un choix parmi elles … toute convention venant modifier ou limiter, selon les convenances personnelles des époux, les effets de cet acte-condition doit-elle être nulle comme contraire à l'ordre public."[1177].

Ainsi, "Ce qui est contraire à l'ordre public, ce n'est pas de se marier quelque soit le résultat que l'on ait principalement en vue – mais de porter atteinte au statut impératif de cette institution, en refusant d'en assumer intégralement les obligations."[1178].

La jurisprudence a approuvé cette position : une décision du Tribunal civil de Bayonne du 9 avril 1936[1179] a précisé que « Lorsque les époux ont prononcé le *oui sacramentel*, leur consentement donné sous cette forme à l'officier de l'état civil, a produit, *qu'ils le voulussent ou non*, un ensemble de conséquences auxquelles il ne leur est pas possible de se soustraire. ». Mais surtout, l'arrêt APPIETO du 20 novembre 1963[1180] est venu dire que le mariage était

FOULON-PIGANIOL observe par exemple, à propos des mariages simulés, que "l'institution devient pour les époux une simple technique destinée à la réalisation d'une fin purement individuelle." (C.I FOULON-PIGANIOL, *Le mariage "simulé"*, RTD civ. 1960, p. 217 et s., spéc., p. 236).

[1173] Jean HAUSER, *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, Mélanges TERRE, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 441 et s., spéc. p. 445 : "ce n'est point tant la loi sur la nationalité qui est fraudée … que le mariage qui est détourné puisque ce qui n'est qu'effet secondaire devient cause principale, faisant du mariage un simple instrument.".

[1174] Charles LEFEBVRE, *Le mariage n'est-il qu'un contrat ?* RHD 1902, p. 300 et s., spéc., n°17, p. 324.

[1175] Michel VILLEY se demande si aujourd'hui, ce ne sont pas "la loi, ou la convention collective, qui sont les véritables auteurs et la vraie source du contrat ?". Et il ajoute que "Mon rôle se borne à accepter, point toujours librement, d'entrer dans une *institution*, dans un cadre préétabli." . Michel VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, dans *Le rôle de la volonté dans le droit*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1957, p. 87 et s., spéc., p. 94.

[1176] Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Le mariage "simulé"*. RTD civ. 1960, p. 217 et s., spéc. n° 27 p. 244.

[1177] Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Le mariage "simulé"*. RTD civ. 1960, p. 217 et s., spéc. n° 30 p. 248/250.

[1178] Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Le mariage "simulé"*. RTD civ. 1960, p. 217 et s., spéc. n° 31 p. 250.

[1179] S. 1936, II, 124.

[1180] Civ. 1ère 20 novembre 1963, précité. Pour Marie LAMARCHE et Jean-Jacques LEMOULAND, "L'union des êtres humains constitue en effet un enjeu vital dont la dimension dépasse l'individu et intéresse la société

«*une institution d'ordre public à laquelle les parties contractantes ne peuvent apporter les modifications que leur intérêt ou les circonstances exigeraient*»[1181].

En fait, le rappel de la solution ne se limite pas au droit de la famille. La jurisprudence rendue en droit du travail[1182] est également éloquente : "si le contrat de stage d'initiation à la vie professionnelle conclu ... entre l'organisme de formation ou de suivi conventionné, l'entreprise d'accueil et le jeune n'est pas un contrat de travail, la volonté des parties est impuissante à les soustraire au statut social qui découle des conditions d'accomplissement des tâches par le jeune dans l'entreprise ...".

La Loi met donc un frein à la volonté individuelle[1183], que cette volonté s'exerce dans un cadre contractuel ou dans un cadre institutionnel[1184].

toute entière." (Marie LAMARCHE et Jean-Jacques LEMOULAND, « Mariage », Rép. Civ. Dalloz, 2002, n°1, p. 2). Ces auteurs précisent encore que "Les rédacteurs du Code de 1804 ont considéré que la famille fondée sur le mariage était une garantie essentielle du bon ordre social. La famille et le mariage sont donc placés sous le contrôle de l'Etat qui impose à travers eux un modèle." (*Ibid.*, n°60, p. 3).

[1181] C'est nous qui soulignons.

[1182] Soc. 11 octobre 1990, Bull., V, n°473, p. 286. JCP 1991, éd. E., n°104, note H. BLAISE. JCP 1991, II, 21700 ; Droit social 1993, p. 960. Le principe est à nouveau repris par la Cour de cassation, dans une affaire similaire en 1993 : " Attendu, en outre, que la volonté des parties est impuissante à les soustraire au statut social qui découle des conditions d'accomplissement des tâches par le stagiaire dans l'entreprise ; que la Cour d'appel, ayant relevé que Melle Dejardin était intégrée dans un service organisé et avait exécuté les tâches normales d'un emploi dans l'entreprise sans bénéficier d'aucune formation, a pu en déduire qu'un contrat de travail s'était substitué, dès l'origine, au stage non rémunéré prévu par les parties". (Soc. 27 octobre 1993, Droit social 1993, p. 960.).

[1183] Volonté individuelle qui est autonome, le principe est tiré de l'article 1134 du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

[1184] Toute la difficulté est, en fait, de faire la part entre la marge de liberté qui doit être laissée à l'autonomie de la volonté des sujets de droit, d'une part, et le respect à apporter aux règles de droit et aux institutions qui forment l'ordre juridique d'autre part. La problématique n'est pas spécifique à la question du détournement d'institution, mais le phénomène du détournement d'institution vient en fait relancer le débat sur cette question. Cf. Paul ROUBIER, qui explique que d'un point de vue de politique juridique, deux conceptions sont concevables qui orientent régulièrement la politique législative. Il y a d'une part, "Ceux qui estiment que la volonté doit jouer dans le droit un rôle capital partent de ce point de vue que la personne humaine est maîtresse de ses destinées, qu'elle peut par conséquent créer ses règles de vie, soit de vie sociale, soit de vie individuelle. La décision de volonté, qu'elle soit d'ailleurs tirée d'une loi ou d'un contrat, produit toujours la même impression d'ordre et de sécurité juridique.", et d'autre part "A l'opposé de ce point de vue se trouvent ceux qui craignent le danger d'arbitraire, inhérent à toute décision de volonté, ou encore le péril de la recherche de ce qui est rationnel, dans un domaine où ils préfèrent recevoir toutes les leçons de l'expérience. Le droit apparaît alors plutôt comme le produit de la nécessité ; il faut le chercher dans les coutumes ou les statuts plutôt que dans la loi ou les contrats." (Paul ROUBIER, *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, dans *Le rôle de la volonté dans le droit*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1957, p. 1 et s., spéc. p. 68/69.). Le droit de la famille illustre particulièrement le dilemme : gouverné jusque très récemment par le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, ce principe interdit toute contractualisation des éléments touchant à l'état des personnes : le nom, le sexe, le mariage, la nationalité. Mais des exceptions sont apparues ça et là (Voir l'évolution jurisprudentielle relative au transsexualisme, par exemple). Sur l'évolution de la famille, cf. Jacques COMMAILLE, Repenser politiquement le droit de la famille. L'exemple de l'homosexualité, AJ Famille 11/2006, p. 401 et s. Or, le mariage, par exemple, et les détournements dont il a été l'objet illustrent les tentatives de contractualisation d'acteurs juridiques prêts à tout les montages, pour obtenir certains avantages liés au mariage (acquisition de la nationalité, d'un titre de résident, obtention d'avantages sociaux …). Laurent LEVENEUR rappelle que "pour exprimer l'idée que les aspects dominants sont les aspects institutionnels dans le mariage-état et les aspects contractuels dans le mariage-source, on dira volontiers que le mariage est une institution à laquelle on adhère par un contrat. Une fois l'adhésion librement donnée, la volonté des parties est impuissante pour le reste ; les effets de l'institution se produiront automatiquement. Et ce qui vaut pour le mariage pourrait être repris pour l'adoption dans le Code Napoléon." (Laurent LEVENEUR, *Introduction*, p. 7,

Le détournement d'institution vient rappeler que la volonté du sujet ne peut que se borner à adhérer ou à ne pas adhérer aux règles qui composent l'institution, elle ne peut en changer l'esprit, car il n'appartient pas aux sujets de droit de modifier les éléments qui composent le système juridique[1185].

290. Mais le détournement d'institution sanctionne, en outre, le non respect de la finalité d'une institution, le juge devant donner une réponse à l'atteinte commise à la finalité de l'institution.

Cette réponse juridique est d'autant plus nécessaire, que la finalité joue un rôle essentiel de lien entre les différentes règles formant l'institution. La finalité est au cœur de l'institution, qui n'est pas une technique juridique[1186] indifférenciée, pouvant être mise au service de n'importe quelle fin.

Modifier la finalité de l'institution a pour conséquence, par l'effet d'une sorte de réaction en chaîne, de modifier les liens qui existent entre les diverses règles qui composent cette institution. Les réactions pouvant être provoquées par un changement de finalité sur l'institution et les règles qui lui servent de support sont difficilement mesurables, tant sur le plan interne, que par l'influence que de tels changements peuvent avoir, sur les liens qui existent entre cette institution et d'autres institutions (et leur place dans le système

in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Introduction, par Laurent LEVENEUR, Economica, 2001).

[1185] Julien BONECASE affirmait avec force que "la volonté humaine est impuissante dans le domaine du Droit ; elle n'y joue un rôle que sur le fondement et dans les limites de la loi au sens général du terme ou plus exactement des institutions juridiques … avant d'être impératives ou supplétives, lois et institutions juridiques sont dispositives, suivant le terme consacré, en ce sens que toutes ont en vue l'organisation sociale." (Julien BONNECASE, *Ou en est le droit civil ?*, Cahiers de la nouvelle journée, 1925, p. 48 et s., spéc., n°4, p. 77). Madame FOULON-PIGANIOL, à propos du mariage, va dans le même sens : "l'autonomie de la volonté se trouve impuissante à l'égard d'une institution dont les conséquences doivent toutes entrer en vigueur, dès l'échange des consentements, sans que les intéressés puissent opérer un choix parmi elles. Le consentement ne peut, en cette matière, être soumis à aucune condition ni accompagné d'aucune réserve ; aussi toute convention venant modifier ou limiter, selon les convenances personnelles des époux, les effets de cet acte-condition doit-elle être nulle comme contraire à l'ordre public ... Si l'on *veut* l'un des effets du mariage, il faut les *accepter* tous ... la notion d'ordre public, en annulant la convention limitative des effets, détruit le moyen mis en œuvre pour détourner le mariage de sa fonction institutionnelle." (Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Le mariage "simulé"*, RTD civ. 1960, p. 217 et s., spéc. n°30, p. 248/249).

[1186] V. François GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Tome III, Sirey, 1921, p.23 : "La notion de technique juridique … représente, dans l'ensemble du droit positif, la forme opposée à la matière …". Julien BONNECASE, *Introduction au Droit. Le problème du droit devant la philosophie, la science et la morale*, Sirey, 1926, p. 52 : "On vise par ces termes l'ensemble des moyens de toute nature à l'aide desquels s'élaborent, apparaissent, se transforment, s'appliquent et s'éteignent les règles de Droit, elle embrasse aussi bien la langue du Droit que les procédés d'interprétation et de mise en œuvre d'une règle quelconque du Droit, aussi bien les caractères formels de la loi et de la coutume que le cadre traditionnel des décisions judiciaires et les méthodes d'exposition de la doctrine.".

juridique)[1187]. Il ne faut pas en effet perdre de vue que le droit est un phénomène organisé, ordonné, sous forme de système[1188].

Jean-Louis BERGEL[1189] rappelle clairement une telle évidence : "le droit ne peut consister en une simple juxtaposition de règles disparates. Faute de pouvoir en rattacher les divers éléments à un ensemble cohérent, il comporterait inévitablement de telles contradictions qu'il serait incompréhensible et que toute réforme satisfaisante serait impossible. En outre, on ne peut jamais tout prévoir et réglementer, en l'absence de principes et de concepts généraux, il existerait de telles zones de vide juridique que le droit manquerait à sa mission d'organisation de l'ordre social. Le droit constitue donc inévitablement un système organisé autour d'un certain nombre de principes, de notions fondamentales, de procédés techniques dont la mise en œuvre suppose certaines méthodes.".

[1187] Cf. également Pierre CATALA, *Proposition de loi relative aux droits du conjoint survivant*, JCP 2001, Actualité, p. 861 et s., spéc. p. 863 : "L'institution héréditaire, succession et libéralité, compose un système. C'est jouer à l'apprenti sorcier qu'en modifier un rouage sans prendre en compte ses corrélations. La proposition votée par l'Assemblée nationale en donne un bel exemple. Elle a pour but affiché d'améliorer les droits du conjoint successible. Mais, en cours de route, ses auteurs ont jugé nécessaire de rendre le Code civil conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Mazurek.* La chose parut facile : il suffisait d'abroger les dispositions du Code civil réglant le statut particulier de l'enfant adultérin. L'article 9 de la proposition y pourvoit. Mesurons-en les conséquences. Aujourd'hui, selon l'article 759 du code, le partage s'opère par moitié entre le conjoint et les enfants adultérins quel qu'en soit le nombre. Demain, si la proposition devient loi, il y aura un quart pour le conjoint et trois quart pour l'enfant adultérin. Singulière amélioration des droits de la veuve que cette réforme et curieux hommage rendu à la famille conjugale. Or il ne semble pas que cet aspect des choses ait éveillé l'attention du législateur ni troublé son assurance. Il faudrait plus de recul et de réflexion pour faire œuvre solide en ce domaine.".

[1188] *Ibidem*, p. 164. V. Pierre COULOMBEL, *Introduction à l'étude du droit et du droit civil*, LGDJ, 1969, p. 3 : "le Droit peut être envisagé comme un ordre social garanti par le pouvoir ou bien comme la prérogative d'une personne, prérogative garantie par le pouvoir. Ces deux sortes de « Droits » portent deux noms différents : -le Droit envisagé en tant que prérogative d'une personne s'appelle le droit subjectif ;
- le Droit envisagé en tant qu'ordre social s'appelle le Droit objectif (un certain ordre s'impose à moi comme un objet extérieur) ... le Droit objectif (L'ordre juridique). C'est un ordre social protégé par le pouvoir organisé d'une société et qui peut être imposé par la contrainte organisée de cette société. COULOMBEL voit parmi les « éléments fondamentaux » de l'ordre juridique (A) les règles de droit et les institutions juridiques.". V. également Gérard CORNU, Droit civil. *Introduction. Les Personnes. Les Biens.* 12ème éd., 2005, Montchrétien, n°9 et 10, p. 15/16 : "En tant que système, le droit peut être regardé sous deux angles complémentaires qui correspondent, dans l'intention commune, aux deux acceptions courantes du mot. Le système juridique apparaît comme un ensemble de règles qui gouvernent la vie sociale. Ce corps de règles (« *corpus juris* ») s'appelle le Droit objectif.". V. Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple,* vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°105, p. 189 et s. : "En parlant d'ordre et surtout de système juridique, les auteurs mettent en relief cette pensée que le droit objectif n'est pas un rassemblement fortuit de règles, que les règles sont liées par une cohérence intérieure, une interdépendance, une rigidité". Du même auteur, *Sociologie juridique*, 2ème éd., Quadrige, PUF, 2004, p. 346/347.

[1189] *Théorie générale du Droit*. 4ème éd., Dalloz, 2003, n°180, p. 209. Jacques CHEVALLIER, *L'analyse institutionnelle, in L'institution*, ouvrage collectif, PUF, 1981, p.18. Une théorie du système-organisme a été proposée par Christophe GRZEGORCZYK, Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit, Archives de philosophie du droit, 1986, p. 282 et s.).
Autant dans la première que dans la seconde version, l'approche dominante est dite « holistique », fondée sur la notion de la totalité irréductible à la somme des parties, et sur le refus du schéma de la causalité simple, linéaire, au profit de la multi-causalité ou de la corrélation. Tous les éléments du système sont interconnectés, réagissent et rétroagissent mutuellement ... Par ailleurs, la vision de la totalité de la société comme un corps, un tout organique, constitué de membres et dont le pouvoir est la tête se trouve bien ancrée depuis toujours dans la pensée juridique. A notre époque, cet organicisme dans la vision du droit et de la société prend la forme, un peu moins naïve, de l'ordre juridique.".

C'est parce que la finalité est essentielle, au cœur de l'institution, que les modifications volontaires effectuées par les acteurs juridiques doivent être découragées, voire sanctionnées[1190].

291. L'ordre public[1191] sert enfin de frein à certaines utilisations des institutions qui ne seraient pas conforme à leur finalité. S'appuyant sur l'exemple de l'insémination artificielle réalisée afin de permettre à des homosexuels de devenir parents[1192], Jean-Pierre GRIDEL[1193] rappelle qu'en "matière d'insémination artificielle illicite, l'ordre public du droit de la filiation l'emporte sur toute convention ou considération.".

La contrariété d'une convention ou d'un comportement à l'ordre public entraîne son illicéité[1194]. Pour Alain SERIAUX[1195], "l'illicite consiste *toujours* dans la violation d'une règle de juste conduite. Là où le législateur n'a pas fixé lui-même de telles règles et a même consacré l'existence d'une sphère d'autonomie au profit des particuliers, c'est la jurisprudence qui s'est efforcée et s'efforcera encore, patiemment et prudemment, de déterminer ce qu'il est juste de faire ou de ne pas faire. Par là, les tribunaux ne font rien d'autre que s'en tenir à leur mission fondamentale : dire le droit.".

La notion d'ordre public a été évoquée à plusieurs reprises par la jurisprudence relative au détournement d'institution. Que ce soit à propos du mariage[1196], de l'adoption[1197] ou même en droit du travail où l'ordre public est très présent, la notion d'ordre public justifie qu'on ne puisse porter atteinte à certaines institutions[1198].

[1190] Un auteur a pu écrire que "Il entre dans les attributions des juges de défendre un ordre public « *notionnel* », en veillant sur le contenu des mécanismes que le législateur a institués et sur le respect des finalités qu'il leur a conférées. En matière personnelle et familiale, on le voit périodiquement à propos de l'adoption … comme l'écrivait le doyen Carbonnier, « *On peut déstabiliser une institution à force d'y cultiver l'atypique : il existe une responsabilité de politique judiciaire* »." (Jean-Pierre GRIDEL, note sous 1ère Civ. 28 octobre 2003, D. 2004, J., p. 21, spéc., p. 22. Cf. Dominique Fenouillet, *L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit*. Dr. Famille 2003, n° 29.).

[1191] L'ordre public peut en effet se définir comme une "norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions (C. civ., a. 6) ; norme qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales (sociales, politiques, etc.) considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité (en ce sens l'ordre public englobe les bonnes mœurs), à la marche de l'économie (ordre public économique) ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux (ordre public de protection individuelle).". (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 644).

[1192] Civ. 1ère, 9 mars 1994, D. 1995, p. 275 ; D. 1995, J., p. 197 et s., note E. MONTEIRO, Petites Affiches 1994, n°116, p. 21, note MASSIP ; Petites Affiches 1994, n°155, p. 24, note X. DAVERAT.

[1193] Chronique au D. 1995, p. 275 et s., spéc. p. 276/277.

[1194] Gérard CORNU définit notamment l'illicéité comme le "caractère de ce qui est contraire à l'ordre public, aux exigences fondamentales, même non formulées, d'un système juridique ; se distingue en ce sens de l'immoralité." (*Vocabulaire juridique*, PUF Quadrige, 8ème éd., 2007, p. 464).

[1195] Alain SERIAUX, *Droit des Obligations*, 2ème éd. mise à jour, PUF, 1998, n°105, p. 372.

[1196] Cf. *supra*, arrêt Appieto précité, p. 51.

[1197] Assemblée plénière de la Cour de cassation, 31 mai 1991, cité *supra*, p. 71.

[1198] *Théorie générale du Droit*, 3ème éd., Dalloz, 1999, n°239, p. 256.

En tant qu'instrument de police juridique, le détournement d'institution permet donc d'assurer par voie de conséquence la cohérence[1199] (ou la cohésion) du système juridique et le respect des finalités du système juridique[1200].

Mais, à travers le mécanisme du détournement d'institution, la jurisprudence ne prend pas seulement en compte le détournement de finalité d'une institution, elle prend également au-delà en compte le résultat issu du détournement.

§2- La sanction du résultat du détournement d'une institution ?

292. La première idée fondamentale qui anime la jurisprudence est que « le droit ne peut tolérer que les institutions juridiques soient détournées de leur finalité »[1201].

Cependant, même si "la création des situations juridiques se trouve toujours soumise à des règles juridiques supérieures", il faut admettre que les "particuliers disposent d'une certaine autonomie, sans doute, qui leur permet de chercher le cadre qui convient le mieux à leurs désirs ; mais tout cela s'organise sous la tutelle de règles plus hautes. Même dans le domaine où l'autonomie de la volonté est la plus grande, dans le régime des contrats, il est vrai de dire que la loi, l'ordre public et les bonnes mœurs constituent la limite infranchissable à la liberté des particuliers … La volonté privée n'est jamais souveraine, elle est tout au plus autonome, mais cela ne signifie pas l'affranchissement de toute règle."[1202].

293. Et en fait, la pratique montre que les détournements d'institution ne sont pas tous sanctionnés, soit que le juge les « tolère », soit que d'autres principes viennent en paralyser la

---

[1199] René SEVE, *L'institution juridique : imposition et interprétation*, Revue de métaphysique et de morale, n°3, 1990, p. 311 et s., spéc., p. 337 : "On admet en effet que les normes juridiques sont soumises à une obligation de cohérence interne – le droit ne peut qualifier un même individu à la fois de maître et de valet, selon l'exemple de Pufendorf".

[1200] Cf. Loïc CADIET et Philippe le TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Civ. Dalloz, 2008, n°31, p. 9, cité *supra*.

[1201] Ainsi, pour Jean-Louis BERGEL, "Il est des cas dans lesquels des personnes se conforment au droit, en donnant à leurs actions toutes les apparences de la régularité juridique, mais où, en réalité, elles utilisent leurs droits, certaines règles ou certaines institutions dans un but contraire à celui poursuivi par le droit positif. Elles respectent ainsi la lettre du droit mais en violent l'esprit. C'est alors toujours l'esprit du droit qu'il faut prendre en considération, en raison des finalités naturelles sur lesquelles est fondé tout système juridique : le droit ne peut protéger sa propre violation ; les textes ne peuvent, par leur lettre, légitimer ni absoudre la méconnaissance de leur esprit, de leur raison d'être.". (Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°242, p. 277). Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n°833, p. 822/823.

[1202] Paul ROUBIER, *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, dans *Le rôle de la volonté dans le droit*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1957, p. 1 et s., spéc. p. 68. Michel VILLEY précise aussi que "quel que soit l'objet de la convention, jamais notre Code ne concède, *sans contrôle*, force de droit aux volontés individuelles … Jamais la loi n'a consenti à se dessaisir de son empire ; jamais totalement abdiqué en faveur de l'individu et de son contrat, même aux plus beaux temps du Code civil." (Michel VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, dans *Le rôle de la volonté dans le droit*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1957, p. 87 et s., spéc., p. 94). Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 131.

sanction. En effet, comme le relevait à juste titre un auteur,[1203] à "vouloir s'en tenir à la justice légale, on en vient à la *summa injuria* ; mais à vouloir introduire partout le maximum de droit objectif, on en vient très tôt à l'insécurité qui conduit à l'injustice.".

L'évolution historique du droit privé montre que des institutions ont, de tout temps, été utilisées pour jouer un rôle qui ne leur avait pas été dévolu à l'origine, sans que des sanctions de ces utilisations dévoyées ne soient systématiquement prononcées[1204].

Les limites posées à l'autonomie de la volonté ne sont donc pas absolues, parce que le juge prend en compte la légitimité des motifs poursuivis par l'utilisateur de l'institution, pour sanctionner ou non le détournement (A). Or cette prise en compte est nécessaire pour que le droit puisse s'adapter aux faits qui lui servent de support (B).

A- L'existence de « faits justificatifs » du détournement d'institution

294. Lorsque les motifs qui ont conduit au détournement d'institution sont « légitimes », la sanction du détournement d'institution est, en quelque sorte, paralysée par l'existence de ces motifs[1205].

Ceci s'explique, pour la doctrine contemporaine, qui refuse de se laisser enfermer dans une approche purement rationnelle du système juridique, par le fait que "Le raisonnement juridique ne se réduit pas à une simple déduction formelle et logique, mais est une constante confrontation entre la valeur d'une solution et sa cohérence avec le système juridique."[1206].

295. Dans la prise en compte de la légitimité des motifs poursuivis par le sujet, ce sont incontestablement des considérations morales qui prédominent.

Le détournement d'institution permettrait donc d'insuffler une dose de moralité dans le fonctionnement des institutions juridiques, en sanctionnant les tentatives d'utilisation des institutions juridiques, allant à l'encontre de leur esprit, mais aussi, à l'encontre de la plus élémentaire morale (se traduisant par le refus de faire produire des effets juridiques à ces situations qui, à défaut d'être immorales, ne peuvent être acceptées en l'état des mœurs par la

---

[1203] André DESQUEYRAT, dans un ouvrage consacré à "L'institution, le droit objectif et la technique positive. Essai historique et doctrinal.". Thèse, Paris, Sirey, 1933, p. 306 et s.

[1204] Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 95. Monsieur PERROT l'explique par le fait que le "Code est comparable à une vaste palette sur laquelle bon nombre de techniques ont emprunté la coloration particulière des institutions auxquelles elles ont servi de procédé d'expression. Il appartient au juriste de mélanger ces tonalités diverses en recherchant les demi-teintes et les harmonies pour satisfaire les fins sans cesse renouvelées de la volonté autonome.".

[1205] Cf. *supra*, jurisprudence Appieto, p. 59.

[1206] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°23, p. 30. Monsieur BERGEL condamne par la même, on l'aura bien compris, l'interprétation exégétique, pour se faire l'apôtre de la téléologie.

société : par exemple, l'adoption entre homosexuels, les mères porteuses)[1207]. Le détournement d'institution relancerait, de la sorte l'éternelle question des relations du droit et de la morale[1208].

La doctrine admet que "la volonté humaine, dans la mesure où les buts recherchés par elle sont légitimes, doit pouvoir imprimer à sa technique de mise en œuvre une « tonalité » dominante. La volonté saine possède une force créatrice qui doit « pouvoir » juridiquement ce qu'elle a conçu."[1209].

Roger PERROT[1210] rappelait que "sous réserve de fraude à la loi, on ne voit pas pourquoi il serait interdit à la volonté de chercher refuge dans une autre formule technique. L'autonomie de la volonté porte non seulement sur le but à atteindre, mais aussi sur le choix des moyens propres à « informer » ce but … Entre la légalité stricte, et la légitimité, apparaît souvent une sorte de « zone franche » imprécise et diffuse, qui atteste l'existence d'une certaine dissymétrie entre l'évolution des idées et le travail législatif.".

Paul ROUBIER[1211]expliquait que "si la morale se distingue du droit positif déjà réalisé les choses changent lorsqu'il s'agit de droit à créer ou à obtenir ; c'est constamment, soit devant

---

[1207] Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX et Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., LGDJ, 1994, n°63, p. 47 : "La Cour de cassation elle-même, « dans toute la mesure où la loi le permet … s'efforce de dégager la solution qui lui paraît la plus conforme aux nécessités sociales, à la raison, à l'équité, au bon sens … elle est plus sensible à la finalité du texte qu'à la rigueur du raisonnement » ; elle « ne peut se désintéresser de la réalité et de la moralité … ainsi que des conséquences … sur le plan social »."

[1208] Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1925. Philippe JESTAZ, Encyclopédie Dalloz de droit civil, *Droit*, 1972, n°15, p. 3. Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°18, p. 44. Paul ROUBIER, *Théorie générale du Droit. Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2ème éd. rev. et aug., Sirey, 1951, p. 44 et s. Gérard CORNU, *Introduction, les personnes, les biens.* 12ème éd., Montchrétien, 2005, n°24, p. 21. Jean CARBONNIER note d'ailleurs que "depuis 1980, un retour offensif de la morale a, pourtant, été de plus en plus visible ... Ce fut comme si, sur un terrain qui se découvrait à lui brusquement, l'Etat avait éprouvé le besoin de disposer, pour brider, modérer certains comportements dangereux, d'un système de normes qui serait une sorte de médiation entre la loi, trop brutale, et la religion, trop peu laïque ...Cette remontée de la morale ne s'est pas, cependant, arrêtée à la bioéthique. Elle s'est étendue à d'autres domaines, où elle est en parallèle (faut-il dire en cheville ?) avec le droit, et tend à se constituer en autant de branches distinctes ... ainsi, l'éthique de la propriété, et surtout l'éthique des affaires, c'est à dire du contrat ...". Cf. Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 256, note 111 : "Un détournement d'institution peut fort bien s'avérer moralement louable : ainsi un mariage destiné à sauver un individu d'un péril de mort.".

[1209] Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1959, p. 96.

[1210] *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*. Sirey, 1953, p. 164 et s. Jacqueline LEMEE partage semble t'il cette conception : " Affirmer le contraire serait méconnaître le rôle créateur de la jurisprudence en marge de la loi, en utilisant les institutions existantes, précisément pour répondre aux besoins de l'évolution. Notre droit positif présenterait maints exemples de semblables constructions."(*Essai sur l'abus de droit*. Thèse, Paris XII, 1977, n°133,p. 90). Monsieur PERROT va même beaucoup plus loin en estimant que "finalement, le principe de l'autonomie de la volonté n'a fait que dégager l'institution de sa technique en permettant à la volonté saine de s'épanouir librement". Mais poursuit l'auteur, "il ne faudrait pas croire que cet essor de la volonté ne connaisse plus de bornes … Si la volonté est autonome, du moins ne l'est-elle que dans la mesure où la fin déterminante n'est pas illicite ou immorale (art. 6 c. civ.). De sorte que, tout naturellement, le principe de finalité complète celui de l'autonomie de la volonté et en constitue le prolongement indispensable." (*Ibid.*, p. 9/10).

[1211] *Théorie générale du Droit. Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*. 2ème éd. rev. et aug., Sirey, 1951 p. 44/45.

le législateur, soit devant le juge, que les exigences d'un idéal de justice viennent réclamer une sanction ; la morale rôde autour du droit.".

296. Actuellement, la doctrine contemporaine préfère avoir recours à la notion de « valeurs »[1212], plutôt que celle de morale : "le droit constitue la traduction de valeurs et … en conséquence la règle de droit mérite d'être saisie dans ses liaisons avec les valeurs qui la justifient ... La morale a longtemps constitué une telle justification ..."[1213].

Ainsi, le droit remplit une ou plusieurs fonction(s), poursuit une ou plusieurs fins et les règles se regroupent autour de ces diverses fins. Dans cette vision « fonctionnelle » du droit, ce dernier est "un moyen dont le législateur se sert pour atteindre ses fins, pour promouvoir certaines valeurs ... le juge ne peut plus se contenter d'une simple déduction à partir de textes légaux ; il doit remonter du texte à l'intention qui a guidé sa rédaction, à la volonté du législateur, et interpréter le texte conformément à cette volonté. Car ce qui compte, avant tout, c'est la fin poursuivie, l'esprit plus que la lettre de la loi. Le juge s'inspire parfois non de l'esprit de la loi, mais de l'esprit du droit, tel qu'il a pu se manifester dans d'autres textes de même système de droit."[1214].

Plusieurs auteurs voient parmi ces valeurs celle de bien commun[1215], pour d'autres il s'agit de la Justice[1216], ce qui ne facilite pas la tâche du juge. Certains d'ailleurs en conviennent : "les

---

[1212] Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n°5, p. 3. Pascal LOKIEC, part de l'idée que "l'étude des justifications des mécanismes juridiques ne s'impose pas au juriste, surtout s'il adopte une conception kelsénienne du droit, qui réduit ce dernier à un ordonnancement formel de normes. Cette étude l'invite en effet à reconnaître les valeurs qui sous-tendent les règles de droit ... C'est en effet la « légitimité » du droit qu'assurent les justifications, en sus de la légalité assurée par les règles de droit". Michel VILLEY partage une conception similaire des choses : "Le droit nous paraît au contraire d'un second point de vue comme l'antithèse de l'arbitraire ; il est un frein opposé aux initiatives de la volonté collective ou individuelle, il annule les contrats conclus contre l'ordre public ou les bonnes mœurs ; il infirme des lois injustes. Il subordonne ces actes libres et volontaires au contrôle d'une certaine raison, d'une certaine idée de justice ou de moralité, à l'empire de certaines *valeurs*. Ces valeurs mêmes pourraient bien être une œuvre humaine, comme le prétendent les philosophes existentialistes, l'homme en tout cas a pris part à leur invention, elles sont un produit historique : mais une fois posées, elles s'imposent, et il semble que leur découverte soit irréversible" (Michel VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, dans *Le rôle de la volonté dans le droit*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1957, p. 87 et s., spéc., p. 97). Daniel COHEN, *La légitimité des montages en droit des sociétés.* In *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF,1999, p. 261, spéc. p. 274. Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 256.

[1213] Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n°6, p. 2.

[1214] Chaïm PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique.* 2ème éd., Dalloz, Méthodes du droit, 1979, n°31, p. 52. L'auteur poursuit (n°94, p. 59) : "La conception fonctionnelle du droit ne voit en celui-ci qu'un moyen en vue d'une fin recherchée par le législateur. « Le droit positif, selon la définition de Lon Fuller, n'est qu'une entreprise qui vise à subordonner la conduite humaine à la direction des règles. »". Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°23, p. 30.

[1215] J. T. DELOS, *Les buts du droit : bien commun, sécurité, justice*. 3ème annuaire de l'institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1938, p. 29 et s., spéc. p. 39 : "le juriste, selon nous, ne peut manquer de les apprécier ; il n'est pas « neutre » ... parce que les notions même de justice et de droit ne sont pas neutres, mais morales. Tout système juridique s'inspire donc d'une conception du bien commun, c'est à dire des

finalités du droit sont multiples et les opinions à cet égard, sont si disparates, contradictoires, passionnées ou incertaines que leur cacophonie est déconcertante."[1217].

297. Les sujets de droit peuvent avoir recours aux institutions, qui sont des « outils » permettant au droit d'appréhender des situations de fait non prévues par lui. Le sujet peut alors détacher les règles de la finalité qui les animent, pour leur faire servir un nouveau but, mais dans la mesure où le résultat qu'il compte atteindre ne heurte pas les valeurs du Droit.
Le but poursuivi devra être légitime (c'est-à-dire ne pas heurter les dispositions de l'article 6 du Code civil)[1218].
La vérification de la légitimité du but poursuivi est le travail du juge, ce qui a incité certains auteurs à s'inquiéter de la montée en puissance du contrôle judiciaire, par le biais de notions telles précisément que le détournement d'institution, ou de l'abus de droit : "Le renouvellement de la théorie de l'abus de droit s'insérerait alors dans ce courant contemporain de l'extension du contrôle judiciaire, par le biais de notions cadres, à l'imprécision voulue, car gage de souplesse et d'adaptation aux espèces inédites, mais (corollaire inévitable) facteur d'une certaine incertitude, si ce n'est d'arbitraire."[1219].
Pourtant, il faut convenir que la prise en compte par le juge de la légitimité du résultat du détournement d'institution s'inscrit dans une logique nécessaire, qui est celle de l'adaptation du droit au fait[1220].

B- La nécessité de l'adaptation du droit au fait

buts pour lesquels la société a opté, parce qu'elle les trouvait bon.". Loïc CADIET, Philippe le TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Dalloz de droit civil, 2008, n°6, p. 3.

[1216] Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX et Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., LGDJ, 1994, n°789, p. 774 : "Le droit manquerait à sa mission s'il se bornait à enregistrer les rapports de force ou à consolider indéfiniment les positions acquises. Il doit, au contraire, orienter l'activité humaine en fonction d'une éthique inspirée par la recherche de la Justice.".

[1217] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°23, p. 31.

[1218] *A contrario*, Roger PERROT indique qu'"il ne faudrait pas croire que la volonté peut se jouer impunément des prohibitions légales. La jurisprudence, en effet, par un judicieux maniement du concept de fraude à la loi se préoccupe avant tout du *but* de l'institution ; et, se plaçant ainsi sur le terrain de la cause finale, les tribunaux parviennent à déjouer les subterfuges qui n'auraient d'autre but que d'atteindre une fin condamnée par l'ordre public et les bonnes mœurs." (Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 199).

[1219] Loïc CADIET, Philippe le TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Dalloz de droit civil, 2008, n°6, p. 3. D'autres rappellent que "l'utilitarisme porte, en effet, en lui un risque de corruption des valeurs ; le danger est grand que l'attention portée à la satisfaction d'intérêts immédiats n'entraîne la méconnaissance de valeurs auxquelles ces intérêts paraissent pourtant naturellement subordonnés. Le droit ne saurait être ravalé au rang de simple technique et ne constituer qu'un moyen au service de la poursuite de seuls intérêts matériels : ses finalités et sa portée philosophique ne peuvent être occultés." (Daniel COHEN, *La légitimité des montages en droit des sociétés.* In *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF,1999, p. 261, spéc. p. 274).

[1220] Doit-on parler du « mythe » de l'adaptation du droit au fait, comme l'a fait Christian ATIAS, dans une chronique ? (C. ATIAS et D. LINOTTE , le mythe de l'adaptation du droit au fait : D. 1977, chr., p. 251-258).

298. L'utilisation des institutions, pour un rôle non prévu à l'origine, participe de la problématique de l'adaptation du droit au fait : la loi ne peut pas tout prévoir, les règles et les institutions doivent s'adapter pour appréhender les situations les plus variées. Mais à partir de là, faut-il autoriser toutes les utilisations imaginées par la pratique, et sur quels critères le juge va t'il se fonder pour permettre certaines utilisations et en refuser d'autres ?

299. La doctrine[1221] rappelle que " Le plus souvent, en effet, la loi ne suit que de très loin l'évolution des mœurs et, en attendant qu'un texte soit réadapté aux nécessités et aux besoins d'une époque, les idées font leur chemin ; aussi n'est-il pas rare de constater que certaines situations juridiques extralégales sont néanmoins légitimes parce qu'elles répondent à une certaine éthique. Le Droit ne s'identifie pas avec la loi ; la légitimité et la légalité sont deux notions qui ne se superposent pas nécessairement".

Le phénomène de l'inadaptation du droit aux faits conduit, en l'absence d'évolution législative, les praticiens à se servir des matériaux existants – les institutions en vigueur – lesquelles ne sont pas en nombre illimité[1222], soit pour leur faire jouer un rôle pour lequel elles n'ont pas été créées, soit en ne retenant que certains de leurs effets, afin de faire rentrer la situation de fait dans le moule juridique[1223].

Ainsi, Dominique FENOUILLET se demande, à propos des détournements de l'adoption, "s'il ne suffirait pas de faciliter la vie de ceux qui accueillent, en fait, un enfant. Le recours

---

[1221] Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*. Sirey, 1953, p. 164 et s. Jacqueline LEMEE partage semble t'il cette conception : " Affirmer le contraire serait méconnaître le rôle créateur de la jurisprudence en marge de la loi, en utilisant les institutions existantes, précisément pour répondre aux besoins de l'évolution. Notre droit positif présenterait maints exemples de semblables constructions." (*Essai sur l'abus de droit*. Thèse, Paris XII, 1977, n°133,p. 90). Monsieur PERROT va même beaucoup plus loin en estimant que "finalement, le principe de l'autonomie de la volonté n'a fait que dégager l'institution de sa technique en permettant à la volonté saine de s'épanouir librement". Mais poursuit l'auteur, "il ne faudrait pas croire que cet essor de la volonté ne connaisse plus de bornes … Si la volonté est autonome, du moins ne l'est-elle que dans la mesure où la fin déterminante n'est pas illicite ou immorale (art. 6 c. civ.). De sorte que, tout naturellement, le principe de finalité complète celui de l'autonomie de la volonté et en constitue le prolongement indispensable." (*Ibid.*, p. 9/10).

[1222] Pierre MURAT fait un constat similaire : "Les mécanismes juridiques ne sont pas en nombre infini : quelques mécanismes basiques articulés différemment selon les époques ou les domaines servent à construire le droit ; l'accord de volonté fait certainement partie de ceux-là. Mais au-delà d'une communauté de techniques repérables, chaque ensemble de dispositions prend un relief et un sens particulier en fonction des finalités autour desquelles il est articulé : l'accord des volontés dans le droit des contrats n'a pas nécessairement la même signification et le même rôle que l'accord des volontés dans le domaine familial. C'est l'esprit qui donne son sens aux techniques, lesquelles ne sont que des moyens pour atteindre certaines fins, et non l'inverse." (Pierre MURAT, *Rattachement familial de l'enfant et contrat*, p. 145 et s., spéc. p. 148, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001).

[1223] Roger PERROT notait également que "Les cadres offerts par la loi, parce que ce sont des cadres préformés, sont encore trop rigides pour enserrer l'extrême mobilité de nos désirs et atteindre exactement les buts recherchés. Il faudrait qu'à chaque volonté, prise individuellement, correspondît une technique particulière. Comme il ne peut pas en être ainsi, le juriste doit se résoudre à utiliser des techniques « stéréotypées », sauf ensuite à les adapter pour mieux leur faire épouser la finalité présentée." (Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1959, p. 121).

systématique à l'adoption n'est-il pas aussi – surtout ? – le signe de l'absence d'alternatives ?"[1224].

300. En outre, une difficulté supplémentaire vient compliquer la tâche du juriste car parfois, les instruments dont il dispose ne sont pas d'une qualité irréprochable, dans le sens où certaines institutions pêchent par leur caractère incomplet, voire contradictoire avec d'autres institutions. D'autres se transforment[1225], ou disparaissent[1226].

Le phénomène est connu de la doctrine[1227], qui propose plusieurs explications de cette situation[1228].

[1224] Dominique FENOUILLET, *L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit*. Dr. Famille 2003, n° 29.

[1225] Jacques LEAUTE, *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, Sirey, 1946, p. 46/47. Jacques LEAUTE montre que, par exemple, la renaissance d'institutions peut avoir lieu avec un changement du but initial de l'institution : "lorsque le retour d'une règle s'accompagne de transformations qui en changent l'esprit, on se trouve en face d'un phénomène douteux dont il est difficile de préciser la nature et de dire s'il constitue la renaissance d'une règle déformée ou la première apparition d'une règle nouvelle voisine de la précédente.". La conclusion tirée par l'auteur est que "Il semble donc que toutes les institutions du droit civil n'aient pas la propriété de rester fidèle à leur unique raison d'être initiale. Certaines se détachent de leur premier but, pour satisfaire d'autres exigences de la société. La propriété qu'ont en commun toutes les institutions cycliques et qui est de viser au même but tout au long de leur histoire, n'est, par conséquent, pas une qualité générale de toutes les institutions du droit civil.".

[1226] Jacques LEAUTE, *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, Sirey, 1946. V. également Claude DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 3ème éd., mise à jour et augmentée, Delachaux et Niestlé SA, 1948, n°195, p. 187. Jacques LEAUTE montre également que les institutions subissent la pression du temps et de l'évolution de la société. Certaines, parce qu'elles ont plusieurs raisons d'être, vont avoir la faculté de s'adapter à cette évolution alors que d'autres, qui ne poursuivent qu'un but précis, seront broyées par les bouleversements qui vont intervenir dans les faits. "Les institutions rigides quittent le droit positif plus facilement que les institutions souples parce qu'elles ne peuvent guère changer de raison d'être ; leur spécialisation les empêche de suivre toutes les transformations des besoins qu'elles ont pour objet de satisfaire. Un bouleversement brutal, une évolution notable de leurs conditions d'application suffisent à les priver de leur fondement initial. Elles n'ont pas assez de souplesse pour se plier alors aux nouvelles circonstances et changer d'objet"; d'autres institutions "avaient parfois plusieurs raisons d'être à la veille du bouleversement qui les atteint et conservent encore l'une de celles-ci après le choc ; ou bien d'autres n'avaient qu'une fin, mais leur souplesse leur permet d'en acquérir une autre et de demeurer utiles.".

[1227] Dominique FENOUILLET précise "Parce qu'elle est ensemble de règles ayant le même objet et ordonnées à une même fonction, l'institution utilise les définitions et distinctions ou classifications comme des outils.
Parce qu'elle est un corps de règles cimenté par la fonction qui l'anime, elle entretient des rapports étroits avec les arguments logiques et le travail d'interprétation : en utilisant les divers arguments d'interprétation, la fonction de l'institution permet en effet d'assurer tout à la fois la complétude (en permettant le comblement d'éventuelles antinomies législatives). Elle apparaît donc comme un guide puissant dans le travail d'interprétation qui acquiert ainsi une dimension systématique et une certaine autonomie : alors que l'argument téléologique bloque l'interprète à la volonté initiale de l'auteur de la règle et empêche celle-ci d'évoluer, l'institution permet au droit d'intégrer l'évolution et de répondre à de nouveaux besoins sociaux. On comprend qu'elle inquiète les positivistes mais aussi les dogmatiques hostiles à toute appréhension sociologique du droit. Elle doit évidemment respecter les autres institutions, encore que certaines hiérarchies soient envisageables.". Les historiens du droit citent par exemple le cas de l'émancipation, "qui prenait d'abord à Rome l'aspect d'une sanction visant à l'exhérédation définitive de l'enfant" … pour "devenir une faveur" au cours du Moyen Age. "Désormais le père ou la mère – ce qui est évidemment nouveau – abdiquent leur autorité sans pour autant exhéréder l'enfant." (Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET, *Un contrat entre l'homme et la femme ? Quelques points à travers l'histoire en Occident*, p. 18 et s., spéc., p. 46, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001). V. également Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1959, n°49, p. 76/77 : "L'histoire nous montre que la finalité des institutions évolue, se transforme, et que souvent une institution créée en vue d'un but déterminé survit à la raison d'être primitive qui l'avait fait adopter. Ratheneau, lui-même, n'a pas manqué d'y faire

Dans une telle perspective, l'utilisation détournée d'une institution permet précisément d'adapter le droit à la situation qu'il n'a pas prévu ou pas pu prévoir ; l'institution transformée étant alors un facteur de l'évolution du droit, ou de maintien de la cohérence du système. Le détournement d'institution n'est alors pas sanctionné, car il permet d'adapter le droit à l'évolution de la vie. Le détournement d'institution participe donc activement à l'adaptation de la loi aux situations de fait qu'elle a vocation à régir.

Ce faisant, le détournement d'institution permet de révéler les lacunes et la nécessité de créer de nouvelles institutions, car il met à jour des domaines pour lesquels un « besoin de droit se fait sentir »[1229]. Cela a été spécialement le cas à propos des tentatives d'utilisation de l'adoption par des couples homosexuels afin d'organiser leur vie de « couple », ces personnes ayant ressenti le besoin « d'institutionnaliser » leur relation. La mise en exergue de tels détournements de l'adoption a très certainement aidé à prendre conscience de la nécessité d'une telle organisation et la réponse législative à ce besoin a été le PACS, issu de la loi du 15 novembre 1999[1230].

De fait, le juge valide certains montages réalisés poursuivant un but légitime, bien que l'institution ne soit pas utilisée conformément à sa finalité[1231].

allusion : « Les institutions, a t-il écrit, tout en conservant leur nom et leurs attributs essentiels, changent de contenu, voire de raison d'être. »". Jacques LEAUTE, *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, Sirey, 1946. V. également Claude DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 3ème éd., mise à jour et augmentée, Delachaux et Niestlé SA, 1948, n°195, p. 187. Jean DABIN, *Théorie générale du Droit*, nouvelle éd., Dalloz, 1969, n°92, p. 106/107. Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°168, p. 196.

[1228] Jean DABIN, *Théorie générale du Droit*, nouvelle éd., Dalloz, 1969, n°92, p. 107/108. L'auteur explique que "la systématisation des règles dans les institutions juridiques peut se heurter à des obstacles dus à certaines carences du législateur. D'une part il est des institutions lacunaires dont le système est incomplet par manque de l'une ou l'autre règle subordonnée qui la rendrait efficace … Ou bien encore, une précaution a été négligée, dont l'absence empêchera la règle d'atteindre son but. Au cours du temps, la lacune peut avoir été comblée grâce à un travail de la jurisprudence venant compléter la loi ; il arrive pourtant que, pour des raisons de droit ou de fait … la jurisprudence reste inerte, en sorte que, sauf intervention législative, l'institution ne parvient pas à son achèvement. D'un autre côté … certaines institutions pêchent par une discordance interne. Entre deux partis, le législateur n'a pas su choisir et il a abouti à une solution bâtarde". V. également Jean-Louis BERGEL, cité *supra*, qui note que " C'est souvent le résultat d'une évolution désordonnée, de l'accumulation de dérogations aux principes.".

[1229] Jean CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème éd., LGDJ, 2001.

[1230] Dominique FENOUILLET, *Couple hors mariage et contrat*, p. 81 et s., spéc. p. 83, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001 note que le PACS "tend à une certaine institutionnalisation des couples en question. Preuve, en quelque sorte, que la famille (ou plutôt les familles, en/ou hors mariage, peu importe) ne peut se satisfaire, en toute hypothèse, d'un vide d'institution.". Ainsi, l'adaptation de la loi suit souvent de très près l'adaptation aux techniques : cf. Jean HAUSER, *L'adoption à tout faire*. D. 1987, p. 205 et s.

[1231] En matière de divorce, les magistrats ont ainsi « fermé les yeux », avant la réforme de 1975, qui a introduit le divorce par consentement mutuel, sur la pratique consistant à « simuler » un divorce pour faute, aux torts partagés, alors qu'en réalité les époux étaient d'accord pour divorcer, faisant ainsi jouer au divorce pour faute un rôle dévié. En effet, le but était bien de rompre l'union matrimoniale, ce qui est de l'essence même du divorce, mais l'un des éléments constitutifs faisait défaut, il n'y avait pas de véritable faute stricto sensu. Le droit n'était plus, dans ce cas de figure, en accord avec les faits et la pratique a tenté d'utiliser les instruments à sa disposition, afin d'obtenir un résultat que la loi ne lui permettait pas d'obtenir, déviant, en quelque sorte, l'institution du divorce pour faute du but pour lequel elle avait été créée. Comme le note à juste titre Jean

301. Le juge ne peut pas faire autre chose, car il faut garder présent à l'esprit que l'article 4 du Code civil impose au juge de juger, sous peine de commettre un déni de justice, malgré l'absence de règles de droit applicables à de telles situations[1232].

Ceci est d'autant plus vrai que, lorsque le juge a une règle de droit à sa disposition pour appréhender le détournement d'institution, il utilise la règle de droit applicable, sans avoir recours à la notion. Ainsi, par exemple, les décisions les plus récentes concernant les maternités de substitution se réfèrent à l'article 16-7 du Code civil pour affirmer la nullité de la convention de « gestation pour autrui »[1233].

302. En conclusion, à partir du moment où l'on admet que le droit ne peut pas tout prévoir et en même temps qu'il doit s'adapter aux faits, il faut accepter l'idée que des institutions puissent ne pas être utilisées conformément à leur finalité.

Ne pas admettre ce tempérament de la légitimité du résultat visé et sanctionner de manière systématique la violation de l'esprit d'une institution serait appliquer avec trop de rigueur le droit (« dura lex, sed lex », le droit porté trop loin devient une injustice).

Cependant, la liberté des sujets de droit n'est pas totale dans l'utilisation qu'ils font des institutions car il a des limites à ne pas dépasser, tenant à la légitimité du but poursuivi.

Le juge va définir les limites qui ne peuvent être dépassées, parce que le droit poursuit certaines valeurs, que le juge a précisément pour mission de protéger[1234]

Ainsi, le droit fixe les règles du « jeu » et la volonté individuelle ne joue un rôle que dans les limites autorisées par le Droit.

Le détournement d'institution, de par ses applications jurisprudentielles et par son régime, est donc une notion juridique qui a donc une existence bien réelle.

Les nombreuses références au concept, faites par la doctrine, témoignent de la vitalité de la notion en droit français.

HAUSER, "Les détournements ne sont pas seulement signe d'une fraude peccative mais aussi d'une recherche individuelle personnelle ou patrimoniale … que l'ordre juridique ne satisfait pas.". (Note sous Versailles, 4 novembre 1999, RTD civ. 2000, n°24, p. 309). En droit des sociétés, Daniel COHEN observe que la question essentielle qui se pose lorsque des montages ont été réalisés est celle "de la légitimité de ces montages que la jurisprudence est désormais constamment appelée à connaître après leur mise en place, généralement du fait d'un contentieux intéressant des intérêts privés ou même l'intérêt général." (Daniel COHEN, *La légitimité des montages en droit des sociétés.* In *L'avenir du droit,* Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF,1999, p. 261, spéc. p. 262).

[1232] Cf., article 12 alinéa 1er du Nouveau code de procédure civile : "le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.".

[1233] Cf. Civ. 1ère 9 décembre 2003, précitée et Civ. 1ère 17 décembre 2008, bull. civ. I, n°289.

[1234] Article 66 alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 : le juge judiciaire est le gardien de la liberté individuelle.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

303. Le détournement d'institution, dont on peut affirmer qu'il constitue un principe général du droit, joue un rôle important dans l'organisation du système juridique, en tant qu'instrument de cohérence de celui-ci[1235]. Mais il existe d'autres instruments de ce type.

En effet, la jurisprudence et la doctrine[1236], présentées précédemment, ont permis d'observer que le recours au détournement d'institution était souvent suivi de l'évocation d'autres principes généraux du droit tels la fraude à la loi[1237], l'abus de droit[1238], le détournement de pouvoir, ou la simulation.

Il est alors légitime de se demander si le détournement d'institution peut être distingué de ces notions, ou si, au fond, il ne doit pas être rattaché à l'une ou l'autre d'entre elles. Cette question, qui est celle de l'autonomie du détournement d'institution est précisément l'objet de la deuxième partie.

[1235] Bruno OPPETIT, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, JCP 1989, éd. suppl., n°5, p. 14 et s.

[1236] Un auteur a d'ailleurs posé la question de la distinction entre fraude, de simulation ou de détournement d'institution en droit de la famille. François BOULANGER, *Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la* famille, JCP 1993, I, n°3665, p. 151 et s.

[1237] La jurisprudence de la Cour de cassation, consacrant la notion en droit du travail, lie très rapidement les deux notions. Cf. Crim. 18 octobre 1977, précitée : « elle tendait à détourner l'institution de sa finalité et constituait une fraude à l'utilisation de la loi du 27 décembre 1968 ».

[1238] Le concept de détournement d'institution a d'abord été évoqué par la doctrine consacrée à l'abus de droit. Cf. *infra* ; émergence doctrinale, p. 31 et s.

DEUXIEME PARTIE : L'AUTONOMIE DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

304. Au cours des développements qui ont précédé, il est apparu que le détournement d'institution se trouvait parfois confronté à d'autres concepts tels que l'abus de droit (qui en est le terrain d'émergence), la fraude à la loi (rencontrée en droit du travail mais aussi en droit de la famille), de la simulation (rencontrée à propos du mariage, par exemple) ou du détournement de pouvoir (en droit des régimes matrimoniaux).

Bien qu'ayant l'intime conviction que le détournement d'institution ne puisse être réduit à l'une de ces notions, il faut faire passer cette intime conviction à l'épreuve des faits, pour en vérifier la pertinence. Car il ne suffit pas de démontrer l'existence d'une notion, formant une nouvelle catégorie juridique[1239], pour que le phénomène juridique qui est apparu soit aussitôt intégré dans le système juridique. En effet, "tout système conceptuel implique des distinctions et des rapprochements entre les notions qu'il utilise et les réalités ou les phénomènes qu'il rencontre."[1240].

Le « nouveau venu » n'échappe pas à cette règle, et le détournement d'institution doit être confronté aux notions d'abus de droit, de fraude à la loi, de simulation et de détournement de pouvoir, qui sont les notions qui s'en rapprochent le plus.

Incontestablement, le détournement d'institution s'inscrit dans une problématique qui est commune à toutes ces différentes notions car il consiste, tout comme elles, dans l'utilisation d'un mécanisme juridique détourné de sa finalité. (Titre I)

Mais la proximité des liens unissant le détournement d'institution aux autres « outils » de protection du système juridique ne doit pas occulter la spécificité qui est la sienne. Le détournement d'institution ne se confond pas avec l'abus de droit, le détournement de pouvoir, la fraude ou la simulation.

En effet, le détournement d'institution est une notion autonome, aussi bien sur le plan de la notion, que sur le plan du régime juridique qui lui est applicable. (Titre II)

TITRE I : UNE PROBLEMATIQUE COMMUNE

TITRE II : LES SPECIFICITES DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

[1239] Sur cette notion, cf. *supra*, 1ère partie, p. 110.

[1240] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°180, p. 209.

TITRE I : UNE PROBLEMATIQUE COMMUNE

305. Dans la première partie de cet exposé, il est apparu que le détournement d'institution pouvait être défini comme l'utilisation détournée d'une institution juridique, contrairement à sa finalité. Mais le détournement d'institution n'est pas la seule notion se caractérisant par l'utilisation d'un « mécanisme juridique », en contrariété avec sa finalité. C'est précisément de cette manière que le détournement de pouvoir est généralement présenté, ainsi que l'abus de droit, bien que la question soit davantage matière à controverses pour ce dernier. Il est également légitime de s'interroger s'agissant de la fraude à la loi, pour se demander si, au fond, la fraude ne réaliserait pas un détournement de finalité de la loi. D'autres notions méritent également d'être rapprochées du détournement d'institution, telles que la simulation ou la cause, car elles ont croisé la route du détournement d'institution dans plusieurs décisions, que ce soit dans le cadre du mariage, pour la simulation, ou des maternités de substitution, pour la notion de cause.

L'existence d'une problématique commune à ces différentes notions a des répercussions sur leur régime juridique, et leur rapprochement permet de conclure qu'il existe, de ce fait, plusieurs points communs entre elles qui sont le reflet de cette communauté « d'intérêts ». Ces points communs n'altèrent pas, loin s'en faut, l'autonomie du détournement d'institution.

Chapitre I : Un mécanisme détourné de sa finalité

Chapitre II : Les liens entre problématique commune et régime juridique

Chapitre I : Un mécanisme juridique détourné de sa finalité

306. Il convient, en premier lieu, s'interroger sur l'existence d'une distinction entre les notions de détournement et d'abus, car la doctrine vise parfois non pas le détournement, mais l'abus d'une institution[1241]. L'abus d'une institution correspond il à son détournement ? (Section I)

Il faut également rapprocher la notion de finalité, qui est au cœur de l'institution juridique, d'une autre notion qui en est très proche, mais qui est traditionnellement davantage utilisée en droit des obligations : la notion de cause, afin de rechercher si des liens peuvent être tissés entre ces deux notions (Section II).

Soutenir que des notions comme le détournement de pouvoir ou l'abus de droit se résument en fait à l'utilisation de mécanismes juridiques contrairement à leur finalité mérite à tout le moins un certain nombre d'explications. Il conviendra également de s'interroger sur la question d'éventuels détournements de la loi et de leurs rapports avec la théorie de la fraude à la loi (Section III).

SECTION I : LES NOTIONS DE DETOURNEMENT ET D'ABUS

SECTION II : FINALITE DE L'INSTITUTION ET CAUSE

SECTION III : L'UTILISATION DETOURNEE D'UN POUVOIR, D'UN DROIT SUBJECTIF, DE LA LOI

[1241] Pour ne prendre qu'un exemple, cf. P. RAYNAUD, *Un abus de l'adoption simple, les couples adoptifs*. D. 1983, p. 39 et s.

SECTION I : LES NOTIONS DE DETOURNEMENT ET D'ABUS

307. L'utilisation faite des notions de détournement et d'abus, en doctrine, montre que beaucoup d'auteurs[1242] voient les deux termes de la comparaison comme synonymes l'un de l'autre, ce qui pourrait laisser croire qu'au fond, il ne servirait à rien de vouloir distinguer détournement et abus. La distinction détournement et abus serait alors une distinction inutile, les deux expressions constitueraient simplement des synonymes : il s'agirait, dans l'un et l'autre cas, de contrôler l'usage qui est fait des mécanismes juridiques, que ce soit un droit subjectif, un pouvoir ou une institution juridique[1243]. Le détournement (ou l'abus) correspondent tous deux à la poursuite d'une finalité étrangère à la prérogative utilisée.
Les deux mots sont utilisés comme équivalents l'un de l'autre. Peut-on alors conclure à une synonymie entre les deux expressions ?

308. Le détournement qui a été présenté précédemment[1244] comme un changement de destination, de but poursuivi, étranger au but initial, se caractérise donc par le fait que l'action engagée, l'utilisation d'un mécanisme est totalement étranger au but ou à la finalité de l'action ou du mécanisme qui en est l'objet.

[1242] C. I. FOULON-PIGANIOL, *Le mariage "simulé"*, RTD civ. 1960, p. 217 et s., spéc., p. 244 : "En limitant à leur gré et selon les circonstances les effets de leur mariage, les époux utilisent indiscutablement une institution à des fins individuelles ; ils la détournent de la fonction sociale que le législateur lui a assignée. Ne serait-on pas en présence d'un abus de droit ? L'acte des époux est bien, selon la définition de Josserand, « contraire au but de l'institution, à son esprit, à sa finalité ».". Cf. également, François BOULANGER, *fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ?*, JCP 1993, I, 3665, p. 151 : "Par delà la diversité des formules, on peut se demander s'il n'a pas là un abus des possibilités légales, ce que la Cour de cassation … appelle un « détournement d'institution ».". Comp. A propos du détournement de pouvoir, François TERRE : "il arrive d'ailleurs qu'en ce dernier domaine, les expressions d'abus de pouvoir et de détournement de pouvoir soient utilisées indifféremment." (*Introduction générale au droit*, 7ème éd., Précis Dalloz, 2006, n°498, p. 405). V. Jean PELISSIER, *Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire.* Mélanges dédiés à Jean VINCENT, Dalloz, 1981, p. 278.).

[1243] V. par exemple : David JACOTOT et Christophe BOURRIER, *l'art de détourner la règle de droit : l'usage abusif de la période d'essai dans un contrat de travail à durée indéterminée*, D. 1996, chron., p. 343 et s.

[1244] Cf. *supra*, 1ère partie, p. 139. JOSSERAND affirmait que le détournement s'apparente à une fausse direction prise par l'utilisateur de l'élément juridique : "La voie légale est alors détournée de sa destination ; et si, dans la fausse direction qui lui a été imprimée, elle cause un préjudice à autrui, la responsabilité de ce plaideur ... sera engagée envers sa victime."(*De l'esprit des Droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits.*2ème éd., Dalloz, 1939, n°62, p. 91). Il développait cette idée en expliquant qu'en "réalité, dans le domaine du droit administratif comme dans celui du droit privé, on voit parfois le titulaire d'une prérogative l'exercer dans une fausse direction et accomplir un acte qui constitue un contresens juridique " (*Ibid.*, n°194, p. 262 ; n°237, p. 322 ; n° 246, p. 335 ; n°249, p. 343; n° 282, p. 386 ; n° 286, p. 387). La même idée réapparaissait lorsqu'il écrivait : "Autant vaudrait rechercher si nous nous écartons d'une route dont nous n'avions pas au préalable, établi la réalité et l'orientation, on ne fait fausse route que si la bonne route existe, et on ne commet, dans l'exercice des droits, une erreur de direction que par rapport à la direction légitime". (N° 298, p. 406).

Et l'abus[1245] se définit couramment comme l'"usage mauvais, excessif ou injuste"[1246]. La notion d'abus traduit l'*excès*, que ce soit dans l'exercice d'un droit, d'un pouvoir, ou d'une institution[1247].

L'abus consistant alors dans l'usage mauvais que l'on fait d'une prérogative, il est clair que le détournement, qui correspond à l'utilisation d'un mécanisme dans un but autre que celui pour lequel il a été créé, constitue aussi en réalité une mauvaise utilisation de l'élément en question. Les deux termes de détournement et d'abus sont donc synonymes. Dans les deux cas l'institution est utilisée dans un but autre, étranger à sa finalité. De lege lata, il n'y a donc pas véritablement d'enjeu à la distinction (Sous-section I).

309. Pourtant, malgré l'existence de cette synonymie, de lege ferenda, un auteur a proposé de réserver l'usage du mot « détournement » aux prérogatives finalisées, alors que l'« abus » serait dédié aux prérogatives non finalisées.

Quel est l'intérêt de cette distinction ? Il se situe, en fait, au niveau de la sanction du mécanisme juridique incriminé : le terme d'« abus » doit être réservé aux « prérogatives » peu ou pas finalisées, pour lesquelles une mauvaise utilisation sera sanctionnée par les règles de la responsabilité civile. Pour les « prérogatives » finalisées, le terme de « détournement » sera préféré, car il n'implique pas l'existence d'un préjudice causé par la mauvaise utilisation du mécanisme (Sous-section II).

Sous section I : La synonymie des notions de détournement et d'abus

310. Le détournement d'institution est né et s'est développé au cœur de l'abus de droit. Or, si l'on étudie l'utilisation faite de la notion de détournement au sein de l'abus de droit, il en ressort que la notion de détournement constitue en fait un synonyme de l'abus[1248]. (§1)

[1245] J. LEMEE, *Essai sur la théorie de l'abus de droit*. Thèse, Paris XII, 1977, p. 1. Godefroy du MESNIL DU BUISSON, *Le juge de l'application des peines, entre le coupable et sa victime*, D. 1999, chron., p. 496 et s., spéc. p. 497, note 7 : "Nous éviterons d'utiliser le terme d'« abus sexuel », extrêmement inapproprié quoique encore souvent utilisé. En effet, le mot abus désigne un usage excessif, immodéré. Ainsi le terme d'abus est-il impropre en tant qu'il laisse à penser qu'il existerait un droit d'usage sexuel de l'enfant dont il conviendrait de ne pas abuser … Il n'y a pas de droit à user sexuellement d'un enfant.".

[1246] Jacques GHESTIN, *L'abus dans les contrats*. Gaz. Pal. 1981, 2, doct., p. 379 et s. : "le Littré définit l'abus comme « l'usage mauvais que l'on fait de quelque chose ». Il ajoute de façon plus précise « coutume, usage mauvais, qui s'introduit » ... La théorie juridique a dégagé ... une notion particulière de l'abus qui est celle de l'abus des droits, autrement dit, l'usage mauvais que l'on fait d'un droit subjectif.". Cf. Jean PATARIN. *Rapport de synthèse*. L'abus de pouvoirs ou de fonctions. Travaux de l'Association Henri CAPITANT, T. XXVIII, 1977, Economica, 1980, p. 530 : "l'auteur de l'abus s'en sert autrement qu'il ne devrait".

[1247] V. P. LE TOURNEAU, L. CADIET : *Droit de la responsabilité.* Dalloz Action 1998, n°3152, p. 782.

[1248] Voir par exemple, la jurisprudence sur l'abus de majorité ou de minorité en droit des sociétés analysée par Pascal LOKIEC dans un ouvrage intitulé : Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, LGDJ, 2004, n°406 et s., p. 297 et s.

L'identité de signification qui est apparue lors de l'émergence du détournement d'institution, au sein de l'abus de droit, perdure encore aujourd'hui, puisque détournement et abus de l'institution sont utilisés alternativement par la doctrine. (§2)

§1- Détournement et abus en matière d'abus de droit

311. La doctrine consacrée à la notion d'abus de droit a d'abord utilisé la notion de « détournement d'institution », comme synonyme de la notion d'abus de droit[1249]. De ce point de vue, les deux notions, au moins dans un premier temps, n'étaient pas distinguées.
Les notions d'abus et de détournement n'ont pas abouti à une différentiation, malgré la proposition faite par certains auteurs, qui avaient estimé que la notion d'abus se décomposait en réalité en deux sous catégories : l'abus par dépassement et l'abus par détournement.

312. La distinction « abus par dépassement » et « abus par détournement » renvoyait, d'un point de vue historique, à la vive controverse qui a opposé PLANIOL et JOSSERAND, à propos de l'existence de l'abus de droit.
PLANIOL avait en effet soutenu que la théorie de l'abus de droit ne pouvait avoir aucun sens car « le droit cesse où l'abus commence »[1250].
Il estimait qu'en réalité, au cœur de la question de l'abus de droit se trouvait la distinction entre l'acte licite et l'acte illicite : ou bien le sujet use de son droit, et son acte est licite ; ou bien il agit sans droit, et son acte est illicite. La conclusion logique de ce raisonnement était que "tout acte abusif, par cela seul qu'il est *illicite,* n'est pas l'exercice d'un droit."[1251].
La célèbre réponse de JOSSERAND aux attaques de PLANIOL, tout en qualifiant le brocard de l'auteur de « logomachie », et le raisonnement de «calembour juridique»[1252], avait été de dénoncer la confusion faite par PLANIOL entre Droit objectif et droit subjectif[1253].

[1249] Cf. *supra*, 1ère partie, émergence doctrinale du détournement d'institution, p. 31 et s.
[1250] M. CORNIL, *Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée,* 1924, cité par Julien BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de G. BAUDRY-LACANTINERIE,* T. III, Sirey, 1926, note 1, p. 428 : "l'expression « abus de droit » ... contient en soi une contradiction ; car du moment où il y a abus, c'est que les limites du droit ont été franchies ; quand on abuse, on sort du domaine du droit.".
[1251] *Traité élémentaire de droit civil*, 3ème éd., T.2, Paris, 1923, n°871, p. 287.
[1252] *De l'abus des droits*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1905, p. 79. De fait, Madame LEMEE s'interroge : "on peut alors se demander si la querelle créée autour de la notion d'abus de droit n'est pas surtout verbale. Elle considère au contraire que "la querelle terminologique recouvre une opposition qui, pour se situer sur un plan purement théorique, n'en est pas moins profonde." (*Thèse précitée,* n°93, p. 64. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, T. IV, n°634 et s.).
[1253] *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 2ème éd., Paris, 1927, n°245, p. 333 : "l'acte abusif est tout simplement celui qui, accompli en vertu d'un droit subjectif dont les limites ont été respectées, est cependant contraire au droit envisagé dans son ensemble ...On peut parfaitement avoir pour soi *tel droit* déterminé et cependant avoir contre soi *le droit* tout entier."Ou encore : "On se contente de jouer sur les mots en créant une confusion entre les deux acceptions bien connues du mot *droit*, lequel se réfère tantôt à

JOSSERAND précisait qu'en réalité la solution du problème pouvait être trouvée sur le terrain d'une terminologie adaptée. "L'argument incisif ... se ramène donc, en somme, à un sophisme assez banal et facile à dénoncer ; la pauvreté de notre terminologie juridique est responsable de ce jeu de mots involontaire auquel se prêtait l'élasticité du mot « droit » ; aussi ... nous reconnaissons d'ailleurs qu'il vaudrait mieux parler de *détournement* de droit que *d'abus* de droit.".[1254]

JOSSERAND aurait ainsi souhaité que l'on substitue le terme de détournement[1255] à celui d'abus, en raison des discussions doctrinales[1256] qui avaient été engendrées par le terme d'abus (« le droit cesse où l'abus commence »), et qui ont tant obscurci le débat sur l'abus de droit.

Toutefois, sur le fond, les auteurs n'étaient pas si éloignés l'un de l'autre, puisque PLANIOL critiquait essentiellement le fait que l'on défende "une idée juste avec une formule fausse."[1257]. **Il considérait que le titulaire d'un droit qui franchit les limites de ce droit commettait non pas un abus mais un dépassement de droit**[1258].

313. La doctrine, prenant acte de ces discussions, avait donc petit à petit développé l'idée d'une distinction entre abus par dépassement et abus par détournement, la distinction trouvant des partisans non seulement en ce qui concerne l'abus des droits subjectifs, mais également l'abus de pouvoir[1259].

l'ensemble des règles sociales, à la juricité ... tantôt à une prérogative déterminée ... il n'y a nulle contradiction à ce qu'un acte soit tout à la fois conforme à tel droit déterminé et cependant contraire au droit envisagé dans sa généralité et dans son objectivité.".

[1254] Louis JOSSERAND. *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits.*2ème éd., Dalloz, 1939, n°245, p. 333/334.

[1255] *De l'esprit des Droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits.*2ème éd., Dalloz, 1939, n°16, p. 19 : "l'abus implique la déviation d'un droit, son détournement du but en vue duquel il a été institué". (*Ibid.,* n°17, p.22 *;* n°18, p. 22 ; n°48, p. 68) : "Le plaideur qui n'engage un procès que dans le but d'être désagréable à son adversaire ...celui-là détourne assurément les voies légales de leur destination ... il commet donc un abus ...". V. n° 49, p.73 ; n°78, p. 116 ; n°116, p. 160 ; n°244, p. 330 ; n° 249, p. 343 ; b° 282, p. 386 : "les restrictions acquises à la propriété foncière ... sont invariablement extérieures à la théorie de l'abus du droit de propriété, laquelle implique un détournement de ce droit". Ou encore "sans détournement, pas d'abus."

[1256] F. TERRE, *Introduction générale au droit,* 7ème éd., Précis Dalloz, 2006, n°496, p. 403/404.

[1257] *Traité élémentaire de droit civil,* n°871, p. 288. V. également, COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français,* T. II, 10ème éd., par JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 1948, n°324, p. 234. Julien BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de G. BAUDRY-LACANTINERIE,* T. 3, Sirey, 1926, n°187, p. 375. Raymond SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation,* 2ème éd., Paris, 1901, p. 372. René DEMOGUE, *Traité des obligations en général,* T. IV, Paris, 1924, n°678, p. 364/365.

[1258] *Ibid.* M. CORNIL, *Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée,* 1924, précité : "user de son droit d'une façon nuisible pour la communauté constitue un acte aussi foncièrement illicite que s'il s'agissait d'un excès de droit, au sens strict du mot, c'est à dire d'une faculté qui dépasse le droit et n'en fasse plus partie ; mais la sanction, dans les deux cas, est un peu différente, étant possible en nature dans un cas, et par équivalent dans l'autre." R. SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation,* 2ème éd., Paris, 1901, p. 373, note. J. LEMEE, *Essai sur la théorie de l'abus de droit, cité supra,* n°75 et s. V. également B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations. T.I, Responsabilité délictuelle,* 5ème éd., Litec, 1996, n°317, p. 154 et n°361, p. 175.

[1259] Travaux de l'Association Henri CAPITANT, « l'abus de pouvoirs et de fonctions », 1977, T. XXVIII, Economica, 1980. Par exemple, dans le rapport général de Georges MICHAELIDES-NOUAROS consacré à

Il y a ainsi abus **par dépassement**, lorsque l'utilisateur excède les limites du mécanisme juridique qu'il utilise, et abus **par détournement**, lorsque, tout en restant dans les limites du mécanisme utilisé, le sujet poursuit une fin étrangère à celui-ci[1260] : ainsi, "le représentant, qui transgresse cette obligation en passant des actes qui excèdent les limites de son pouvoir, ou qui poursuit, tout en restant dans ces limites, des fins étrangères à celui-ci, commet un abus de pouvoir ... l'abus de pouvoir au sens large comprend non seulement le cas du dépassement de pouvoir par le représentant, mais aussi celui du détournement de pouvoir." [1261].

Souvent, pour la doctrine ayant étudié la notion d'abus de droit, l'abus par dépassement correspond en réalité à l'acte fait sans droit[1262], alors que l'abus par détournement concerne l'acte fait dans le but de nuire à autrui (ou de lui profiter), c'est-à-dire à des fins étrangères au but pour lequel il a été créé[1263].

« L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil », il ressort que "l'abus du pouvoir au sens large comprend non seulement le cas du dépassement de pouvoir par le représentant, mais aussi celui du détournement de pouvoir." (Ibid., p. 7).

V. également la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés (article 1384, alinéa 5 du Code civil) : Didier REBUT, Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386, *Droit à réparation. Responsabilité du fait d'autrui. Domaine : responsabilité des commettants*, fasc. 143, 1998, n°46/47, explique : "Il s'agit de la question classique de l'abus de fonctions par lequel un préposé détourne ses fonctions qu'il emploie à des fins étrangères à leur exécution.". L'auteur ajoute, évoquant la jurisprudence "que l'abus de fonctions, qui n'est pas rattaché aux fonctions, est l'acte étranger aux fonctions qui libère le commettant moins en tant qu'abus de fonctions qu'en tant qu'acte sans lien avec elles."(n°56, p. 13). *Idem*, Jérôme JULIEN, Encyclopédie Dalloz de droit civil, *Responsabilité du fait d'autrui*, 2005, n°135, p. 33.

[1260] L'exemple classique d'abus de pouvoir, par dépassement, est celui du représentant qui aliène le bien qu'il avait seulement reçu pour mission de gérer, et celui de l'abus par détournement est celui du tuteur qui détourne à son profit le patrimoine de la personne protégée.

S'agissant de l'abus de droit, l'abus par dépassement est illustré par l'exemple du propriétaire qui empiète sur le terrain de son voisin, alors que l'abus par détournement correspond au cas du propriétaire qui bouche la vue de son voisin dans le seul but de lui nuire.

[1261] Georges MICHAELIDES-NOUAROS, *L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil. Rapport général*. L'abus de pouvoirs ou de fonctions. Travaux de l'Association Henri CAPITANT, T. XXVIII, 1977, Economica, 1980, p. 7. Daniel VEAUX, *L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français.* L'abus de pouvoirs ou de fonctions. Travaux de l'Association Henri CAPITANT, T. XXVIII, 1977, Economica, 1980, p. 79, considère que : "cette distinction n'est pas autre chose que la transposition dans le domaine des pouvoirs, de l'opposition entre abus de droit et absence de droit ... La question se pose alors de savoir s'il faut prendre abus de pouvoirs au sens étroit de détournement de pouvoir, ou si il faut entendre l'expression au sens large, englobant le dépassement de pouvoirs.".

[1262] Jean PATARIN, dans le rapport de synthèse consacré à « L'abus de pouvoirs ou de fonctions », rappelle que "l'abus peut résider dans la violation des buts en vue desquels les pouvoirs ont été conférés, mais il peut consister aussi dans l'incorrection des moyens employés ou dans l'inadéquation de l'acte aux circonstances." (Travaux de l'Association Henri CAPITANT, T. XXVIII, 1977, Economica, 1980, p. 536/537).

[1263] Daniel VEAUX explicite ainsi la distinction : "1ère hypothèse : le représentant excède les limites de ses pouvoirs (quelles soient fixées par la loi ou par le contrat) ; par exemple il aliène le bien qu'il avait seulement le pouvoir de gérer. Dans ce cas il y a dépassement de pouvoirs

2ème hypothèse : Le représentant reste dans les limites des pouvoirs qui lui ont été reconnus, mais il se sert de ceux-ci à son profit personnel au lieu de se laisser guider par l'intérêt du représenté (par exemple il a fait des actes de gestion sur un bien qu'il avait effectivement pouvoir de gérer, mais il s'est arrangé pour que ces actes lui profitent). Dans ce cas il y a détournement de pouvoirs ..." " (*L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français.* L'abus de pouvoirs ou de fonctions. Travaux de l'Association Henri CAPITANT, T. XXVIII, 1977, Economica, 1980, p. 78).

La même analyse est effectuée par l'Avocat Général GULPHE, dans des conclusions sous un arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 10 juin 1977 (JCP 1977, II, 18730) : il rappelle que "l'abus de pouvoirs, c'est

Il est évident que la distinction abus par dépassement et abus par détournement se prête sans difficultés à la généralisation et peut être étendue à d'autres domaines que celui de l'abus de pouvoir.

La distinction proposée révèle en fait que la notion d'abus englobe celle de détournement, et au fond, ce qui signifierait qu'il serait inutile de vouloir distinguer les deux notions[1264].

Cette absence de distinction entre détournement et abus est toujours de fait aujourd'hui, pour la majorité de la doctrine et pour la jurisprudence.

§2- Détournement et abus de l'institution

314. L'examen de la jurisprudence rendue en matière de détournement d'institution montre que cette dernière n'effectue pas de distinction entre abus de l'institution et détournement de l'institution, sans doute parce qu'elle estime que c'est certainement mal user d'une institution que de lui faire jouer un rôle pour lequel elle n'a pas été conçue.

Pour ne prendre qu'un exemple − l'affaire de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, faite dans le but de couper l'enfant de ses grands parents[1265] − la Cour de cassation a indiqué très clairement que l'adoption, faite dans le but de nuire, constituait un détournement de l'institution de l'adoption, alors pourtant que l'intention de nuire est l'un – voire pour certains – le critère exclusif de l'abus, lorsqu'il est question de l'abus de droit[1266].

à dire la faute commise par le représentant dans l'exercice des prérogatives qui lui ont été conférées, se présente, en pratique, sous deux formes bien distinctes :
-tantôt, il s'analyse en un dépassement par le mandataire des pouvoirs qui lui avaient été confié ...
- tantôt, au contraire, la faute du mandataire se présente comme un véritable détournement de pouvoirs parce que celui-ci est bien resté dans les limites de ses pouvoirs de représentation, mais il a agi dans un intérêt autre que celui du mandant.". François TERRE écrit à propos de l'abus de droit : "il y a abus de droit lorsqu'un individu, sans dépasser les limites objectives de son droit, se sert de celui-ci pour nuire à autrui". Il poursuit, en ajoutant : "on a parfois proposé d'aller plus loin et de considérer comme abusif, non seulement l'exercice du droit accompli pour nuire à autrui, mais d'une manière générale tout exercice du droit à des fins autres que celles en vue desquelles il a été reconnu à l'individu." (*Introduction générale au droit*, 7ème éd., Précis Dalloz, 2006, n°428 et s., p. 355/356).

[1264] Comme l'écrit Reynald OTTENTOF, en droit pénal, à propos de l'infraction d'abus de confiance : "Encore faut-il que le détournement caractérise l'abus, c'est-à-dire, étymologiquement, « l'usage au-delà » (*abusus*), un au-delà qui se situe en dehors des prévisions des parties.". Et il y a détournement si, l'utilisation de la chose remise "n'a pas été conforme aux fins convenues" entre les parties (Note sous Crim. 22 janvier 2003, Rev. Sc. Crim. 2003, p. 792, déjà cité).

[1265] Civ. 1ère, 7 mars 1989, Gaz. Pal. 8 mars 1990, p. 131, note MASSIP ; Dalloz 1989, p. 477, note J. HAUSER.

[1266] La jurisprudence ne fait pas davantage de distinction entre abus et détournement, s'agissant du détournement de pouvoir. Ceci explique sans doute pourquoi les auteurs utilisent indifféremment l'une ou l'autre expression. V. par exemple, Cour d'appel de Bordeaux, 4 décembre 1991, D. 1993, 129, note T. DUBACLE, rendue à propos d'un refus d'autorisation des parents à l'IVG de leur fille mineure. La Cour estime qu'en refusant l'autorisation précitée, les parents « ont commis un détournement de pouvoir constitutif d'un abus de droit ». V. également, Soc. 23 janvier 1996, D. 1996, I.R, p. 53

S'agissant de la doctrine, la majorité des auteurs utilisent indifféremment les deux expressions pour désigner le même phénomène[1267].

Néanmoins, des auteurs ont proposé une autre approche de la distinction entre détournement et abus, en se plaçant du côté de la finalité des prérogatives objet d'« abus », au sens large.

Précisément, la distinction repose sur l'idée que, plus la finalité d'une prérogative est marquée, plus on se trouve en présence de « détournement », alors qu'il faut parler d'« abus » lorsque la prérogative n'est pas, ou peu finalisée.

<u>Sous section II</u> : Détournement de prérogatives finalisées et abus de prérogatives non finalisées

315. La distinction ne présente pas seulement un intérêt théorique, car l'utilisation du terme d'« abus » ou de « détournement » n'est pas neutre. Elle permet de connaître le type de sanction, qui sera réservée en cas de violation de l'esprit du mécanisme juridique.

Après avoir présenté cette distinction (§1), il conviendra donc d'en étudier l'intérêt (§2).

§1- Présentation de la distinction

316. Le point de départ de cette distinction est que, certains auteurs[1268], ont observé que la notion d'abus permettait d'exercer un contrôle sur des prérogatives juridiques, à finalité peu ou pas marquée[1269].

Au contraire, le détournement correspondait à l'hypothèse où la prérogative poursuivait un but particulier, et présentait, de ce fait, une finalité marquée[1270].

Il est alors nécessaire de distinguer clairement les deux notions, en réservant l'utilisation du terme de « détournement » aux hypothèses dans lesquelles la prérogative est finalisée (pouvoir, institution) et en limitant le terme d'« abus » aux hypothèses dans lesquelles la

---

[1267] Cf. François BOULANGER, *fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ?*, JCP 1993, I, 3665, p. 151 ; P. RAYNAUD, *Un abus de l'adoption simple, les couples adoptifs*. D. 1983, p. 39 et s.

[1268] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*. Economica, 1985. Jean HAUSER, *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, Mélanges TERRE, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 441 et s.

[1269] Jean HAUSER, *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, Mélanges TERRE, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 441 et s., spéc. p. 450 : "C'est parce que le droit considéré n'est pas clairement catégorisé et n'est pas intégré dans une institution finalisée que le contrôle de son exercice se déplace du détournement, sanction objective du dérangement de l'ordre juridique, à l'abus, sanction subjective des intentions de l'intéressé et du dommage causé.".

[1270] Jean HAUSER, *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, Mélanges TERRE, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 441 et s., spéc. p. 446 : "Le détournement est la sanction de l'ordonnancement du système juridique où certains instruments ont une finalité déterminée".

prérogative n'est pas finalisée[1271] (par exemple un droit, une liberté, mais cela peut être également une institution à finalité peu marquée[1272]).

Cette proposition peut, en outre, s'appuyer sur le fait que les définitions mêmes des termes de « détournement » et d'« abus » suggèrent la distinction : « la poursuite d'un but étranger à », qui caractérise le détournement, présuppose que le mécanisme (ou la prérogative) détourné poursuit un but « normal », déterminé, ou à tout le moins, déterminable et que le but poursuivi par l'utilisateur est donc étranger à ce but normal. La finalité (le but poursuivi) est donc le corollaire inséparable du concept de détournement.

On ne retrouve pas la même idée avec la notion d'abus, puisque la finalité y apparaît comme beaucoup moins marquée : si le concept de « mauvaise utilisation », qui définit l'abus, sous entend bien qu'il y en a une « bonne », il est cependant plus difficile que précédemment de fixer un cadre précis, une fin particulière au mécanisme ou à la prérogative utilisé.

Avec une telle analyse, la question du choix du critère de l'abus apparaît alors seulement à ce moment précis.

Ceci explique pourquoi, par exemple, Emmanuel GAILLARD[1273], dans des développements consacrés à la théorie de JOSSERAND sur l'abus de droit, défende l'idée que l'abus vise les hypothèses dans lesquelles il y a intention de nuire, spécialement dans cette matière ; le détournement ne concernerait que les hypothèses où les **prérogatives sont finalisées**[1274], c'est à dire non plus des droits subjectifs, mais des pouvoirs.

317. Vue sous cet angle, la distinction entre détournement et abus est très intéressante, car le critère qui en dépend sera fonction du degré de précision de la finalité du mécanisme : si le mécanisme est finalisé, la sanction en cas de mauvaise utilisation sera le détournement ; à l'inverse, si le mécanisme est peu ou pas finalisé, la sanction sera l'abus, car il faudra

---

[1271] Jean HAUSER explicite la distinction entre abus et détournement : le détournement "consiste à utiliser une technique que la loi intègre dans une institution précise pour en faire un moyen indifférencié … il n'y a pas abus puisque finalement personne n'est véritablement victime, il y a détournement c'est-à-dire utilisation d'une fiction légale en dehors du cadre dans lequel elle a été prévue." (spéc. p. 447).

[1272] Jean HAUSER, *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, Mélanges TERRE, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 441 et s., spéc., p. 443 : "C'est l'entrée dans une institution finalisée, ou la sortie d'une telle institution, qui donnera lieu à sanction par le détournement. Que disparaisse ou s'atténue cette finalité et l'on abandonnera la sanction … La sortie d'une institution ou l'entrée dans une institution à la finalité non définie ou plus faible permet plus largement les visées utilitaristes … ce n'est pas à dire que le droit abandonne tout contrôle, simplement ce contrôle devient subjectif, c'est l'abus dans l'exercice qui est recherché et sanctionné.".

[1273] *Le pouvoir en droit privé.* Economica, 1985, p. 28 et s. ; n°164, p. 104.

[1274] C'est nous qui soulignons. Pour GAILLARD, "le titulaire d'un droit subjectif est libre d'en user à sa guise et aussi bien d'en faire un usage égoïste que d'en faire profiter autrui. Ce type de prérogatives n'emporte donc pas, par nature, la justification du contrôle de son usage. En l'absence de finalité déterminée, la notion de détournement de pouvoir est ici sans application. (*Le pouvoir en droit privé.* Economica, 1985, p. 30).

démontrer qu'un préjudice est résulté de la mauvaise utilisation du mécanisme, lequel n'était pas astreint à suivre une direction déterminée.

Une fois le choix entre les deux notions opéré, la distinction « détournement » et « abus » présente un autre attrait, qui est de déterminer quel sera le régime de sanction qui sera appliqué à la mauvaise utilisation du mécanisme juridique.

En effet, le régime des sanctions applicables aux violations des mécanismes juridiques sera différent selon que la « prérogative » mal utilisée est une prérogative finalisée ou non.

C'est là que repose l'intérêt majeur de la distinction.

§2 - L'intérêt de la distinction

318. Prolongeant l'idée d'une différenciation entre « détournement » et « abus », Jean HAUSER suggère de réserver le terme de « détournement » aux violations des institutions et le terme d'« abus » aux violations des droits subjectifs, la distinction renvoyant selon lui à une opposition plus large entre violation du droit objectif, de l'ordre juridique et violation de la morale individuelle. Détournement et abus ne se situeraient donc pas sur le même plan[1275].

Il précise en effet que "C'est parce que le droit considéré n'est pas clairement catégorisé et n'est pas intégré dans une institution finalisée que le contrôle de son exercice se déplace du détournement, sanction objective du dérangement de l'ordre juridique, à l'abus, sanction subjective des intentions de l'intéressé et du dommage causé." [1276].

319. Une question vient alors à l'esprit : pour quelle raison ces deux types de sanctions sont-elles distributivement appliquées aux violations de l'ordre juridique d'une part, et de prérogatives individuelles d'autre part ?[1277]

La réponse tient au fait, qu'en principe, lorsqu'une une prérogative a été mal utilisée, la sanction, lorsqu'il y a eu atteinte à l'ordre juridique, au Droit objectif, se traduit par l'utilisation de la nullité – notion qui permet d'appréhender au mieux le détournement de

---

[1275] Jean HAUSER, *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, Mélanges TERRE, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 441 et s., spéc. p. 452 : "Le détournement … nous paraît sanctionner une atteinte objective aux catégorisations juridiques. L'abus ne sanctionne qu'une atteinte subjective aux droits d'autrui".

[1276] Jean HAUSER, *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, Mélanges TERRE, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 441 et s., spéc. p. 450.

[1277] Jean HAUSER en donne l'explication : "dans le premier cas … c'est plus l'atteinte aux catégories juridiques qui est sanctionnée puisque celles-ci sont finalisées. Dans le second cas c'est plus l'utilisation que le sujet en fait qui est sanctionnée.". Alors, "la distinction entre le détournement et l'abus correspond, sous l'aspect des sanctions d'une attitude condamnée par le droit, à une frontière … entre l'infraction à l'institution publique définie par le droit et l'infraction à la morale individuelle protégée par le droit." (Jean HAUSER, *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, Mélanges TERRE, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 441 et s.)

mécanismes juridiques finalisés – alors que l'atteinte aux mécanismes non finalisés tels que le droit subjectif, suppose l'existence d'un dommage causé par cette atteinte. Ce sont alors les mécanismes de la responsabilité civile qui prendront en charge la mise en œuvre de la sanction[1278].

En effet, la nullité est encourue dès lors que la violation est constatée, qu'un préjudice ait ou non été causé, alors que l'abus suppose la démonstration d'une faute et d'un préjudice[1279], donc l'atteinte aux droits de tiers, pour être mis en œuvre. Par voie de conséquence, la sanction privilégiée du détournement d'institution sera la nullité, le refus de faire fonctionner l'institution, ou au contraire le refus de laisser l'utilisateur d'en sortir, pris « à son propre piège ».

L'abus sera réprimé par des dommages intérêts, en retenant la responsabilité de l'auteur de la mauvaise utilisation des droits subjectifs.[1280].

320. La solution peut, dans une certaine mesure, se prévaloir d'un certain soutien jurisprudentiel : la Cour de cassation a considéré, dans une décision rendue à propos du droit de repentir et de retrait[1281], que l'exercice du droit de repentir fondé sur l'insuffisance du taux appliqué par l'éditeur pour le calcul des redevances de l'auteur, était "étranger à la finalité de

[1278] Jean HAUSER, *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, Mélanges TERRE, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 441 et s., spéc. p. 443 : "c'est l'entrée dans une institution finalisée, ou la sortie d'une telle institution, qui donnera lieu à sanction par le détournement. Que disparaisse ou s'atténue cette finalité et … ce contrôle devient subjectif, c'est l'abus dans l'exercice qui est recherché et sanctionné.".

[1279] Jean HAUSER, *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, Mélanges TERRE, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, éd. Du Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 441 et s., spéc. p. 451 : Avec l'abus "Ce n'est plus ici l'ordonnancement juridique qui est en cause mais la moralisation de l'exercice des actions familiales par la technique de l'abus de droit dont on sait … qu'elle n'est pas si éloignée de celle de la responsabilité civile.".

[1280] Jean HAUSER, *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, Mélanges TERRE, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 441 et s., spéc. p. 449, cf. également p.450. Comme l'explique alors l'auteur, "le choix entre le détournement et l'abus devient capital. Si l'on applique la première sanction la nullité est encourue dans tous les cas indépendamment d'une faute et d'un dommage. C'est l'atteinte à l'ordonnancement juridique qui est sanctionnée. Si l'on applique la seconde, la démonstration d'une machination organisée avec des dommages subis, par exemple un héritier ou un conjoint, devient nécessaire.".

[1281] Civ. 1ère , 14 mai 1991, Bull. civ. 1991, I, n°157, p. 103; JCP 1991, II, 21760, note Frédéric POLLAUD-DULIAN; D. 1992, som. com., p. 15 ; RTD com. 1991, note André FRANCON ; RIDA 1992, p. 272, note Pierre SIRINELLI. Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Abus de droit et droit moral*, D. 1993, chron., p. 97. La décision concerne le domaine des droits d'auteurs et plus particulièrement le droit moral, qui comporte un certain nombre de prérogatives, parmi lesquelles figurent le droit de retrait et de repentir. "Le droit de repentir ou de retrait … permet à l'auteur de mettre fin à l'exploitation de l'œuvre (retrait) ou d'en modifier les conditions (repentir). Il s'agit d'un droit exorbitant du droit commun puisqu'il aboutit à mettre en échec la force obligatoire des contrats lorsque l'auteur avait préalablement cédé ses droits patrimoniaux. Il incombe néanmoins à l'auteur d'indemniser préalablement le cessionnaire sur la base des frais engagés mais aussi des manques à gagner.". Serge REGOURD, *Droit de la communication audiovisuelle*, PUF, coll. Droit fondamental, 1ère éd., 2001, n°373, p. 394. Cf. également, D*roit des médias*, sous la direction de Charles DEBBASCH, Dalloz 2002, n°1864, p. 599. Cf. également A. FRANCON, obs. RTD com. 1991, p. 592 et s., spéc. p. 594. Pour la Cour de cassation, le droit de repentir n'est pas un moyen de pression, à la disposition de l'auteur, afin de monnayer ou de renégocier, à bon compte, l'exercice des droits patrimoniaux, permettant d'autoriser l'exploitation de ses créations.

l'article 32 de la loi du 11 mars 1957" et "caractérisait un détournement des dispositions de ce texte et un exercice abusif du droit qu'il institue"[1282].

La Cour rattache, en l'espèce, à la notion de « détournement », (ce qui ressort de l'atteinte aux dispositions de la loi, à l'ordre juridique) – la loi du 11 mars 1957[1283] – et à la notion d'« abus », les violations du droit de repentir et s'inscrit dans le sens d'une distinction entre abus et détournement, fondée sur la finalité du mécanisme utilisé.

L'impact de la distinction est ainsi visible au niveau de la sanction qui sera choisie, en fonction du mécanisme mal utilisé, pour appréhender les comportements « malsains » de manière appropriée.

321. La distinction entre détournement et abus présente alors un intérêt qui va au-delà de la simple distinction terminologique[1284], puisque abus et détournement se distinguent essentiellement par leur sanction. C'est en tout cas la position soutenue par Jean HAUSER. Cette position doit être approuvée.

De fait, la distinction entre détournement et abus consiste en ce que le détournement permet de sanctionner l'atteinte aux règles juridiques, à l'ordre juridique[1285], alors que l'abus serait davantage tourné vers la sanction de l'atteinte aux droits subjectifs.

[1282] La Cour d'appel avait estimé dans cette affaire que « le motif invoqué par Chiavarino … pour justifier sa mesure d'interdiction, à savoir le taux selon lui dérisoire du pourcentage (1%) appliqué par la SPE au calcul de ses droits d'auteur, est étranger à la sauvegarde de ses droits moraux d'auteur ». En l'espèce, le détournement de finalité du droit de repentir, élément du droit moral, était double : d'abord parce que « l'exercice du droit moral … a pour finalité … de préserver la personnalité de l'auteur. Autrement dit, l'auteur ne peut pas invoquer son droit moral pour des motifs pécuniaires sans méconnaître l'essence de ce droit et ses conditions d'exercice ». (note POLLAUD-DULIAN, JCP 1991, II, 21760, p. 407/408. Du même auteur, *Abus de droit et droit moral*, D. 1993, chron., p. 97). Ensuite, parce que le détournement poursuivait un but frauduleux : « Le droit moral ne peut certainement pas servir à n'importe quelle fin et notamment à éluder systématiquement l'application des règles gouvernant les droits pécuniaires et les engagements contractuels ». (note POLLAUD-DULIAN, précitée, p. 407/408. Du même auteur, *Abus de droit et droit moral*, D. 1993, chron., p. 97). Cf. *infra*, p. 403 et s. Une partie de la da doctrine a beaucoup critiqué cette décision, en estimant, notamment, que le droit moral était, du vivant de l'auteur, un droit discrétionnaire, non susceptible d'abus. (Cf. Frédéric POLLAUD-DULIAN, références citées *supra)*. De manière un peu prémonitoire, Monsieur POLLAUD-DULIAN avait écrit, dans l'année précédant la décision de la Cour de cassation, que le droit de repentir et de retrait était enfermé dans des conditions strictes qui « préviennent le risque de voir l'auteur détourner le droit de repentir de son but et l'utiliser pour se libérer des contrats, en fraude aux droits des cessionnaires ». Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit moral en France, à travers la jurisprudence récente*, RIDA, juillet 1990, n°145, p. 127, spéc. p. 185.

[1283] L'article 32 alinéa 1er de la loi stipulait que « Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. Il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer. ».

[1284] Jean HAUSER, *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, Mélanges TERRE, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 441 et s., spéc. p. 453. Jean HAUSER estime que " L'idée qu'un simple contrôle de l'abus pourrait suffire à l'ensemble du droit familial conduit à le verser dans sa totalité dans une annexe du droit des obligations conventionnelles où les familles librement constituées tiendraient simplement lieu de lois à ceux qui les ont faites."

[1285] HAUSER, *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, Mélanges TERRE, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 441 et s., spéc. p. 446 : "Le détournement est la sanction de l'ordonnancement du système juridique où certains instruments ont une finalité déterminée".

Madame FENOUILLET critique précisément la distinction sur ce point, en estimant que "Si l'abus de droit consiste à mettre en œuvre son droit sans « motif légitime », le détournement d'institution suppose pour sa part qu'un sujet met en œuvre une institution en poursuivant exclusivement une finalité étrangère à la fonction assignée à ladite institution par l'ordre juridique. Parce que l'intention individuelle entre … dans la définition du détournement d'institution, il est difficile de présenter ce dernier comme conduisant à une sanction objective et de l'opposer à la sanction de l'abus, qui serait une sanction subjective."[1286].

La distinction proposée par Jean HAUSER présente pourtant l'incontestable avantage de clarifier les idées en la matière et d'éviter l'amalgame entre deux notions, dont la différence n'est pas seulement théorique.

Mais il faut reconnaître qu'elle n'est pas utilisée par la jurisprudence actuelle, qui a recours indifféremment à l'une et à l'autre notion. Pourtant, on peut cependant noter que l'expression de « détournement » est davantage employée que celle d'« abus ».

322. Le mot « détournement » peut donc être utilisé lorsque la prérogative en cause est finalisée (institution, pouvoir), alors que le mot « abus » doit être réservé aux hypothèses dans lesquelles la prérogative est peu ou pas finalisée (droit subjectif, liberté). Ceci favorisera une plus grande clarté dans le maniement des concepts et explique pourquoi les juristes utilisent les expressions de « détournement d'institution » et de « détournement de pouvoir » d'une part, et d' « abus de droit » d'autre part.

Les notions de détournement et d'abus ayant été précisées, il faut s'intéresser à nouveau à une autre notion, qui est au cœur de ces divers instruments que sont le détournement d'institution, l'abus de droit, le détournement de pouvoir ou la fraude à la loi. Il s'agit de la notion de finalité.

La définition de la finalité a été abordée précédemment, à propos de l'institution juridique[1287], mais elle doit, à présent, être rapprochée d'une autre notion juridique, qui lui sert souvent de synonyme : la notion de cause. En effet, la notion de « cause » n'est pas une inconnue en droit civil, plus spécialement en droit des obligations.

[1286] La distinction proposée par Madame FENOUILLET entre abus de droit et détournement d'institution ne nous paraît pas pertinente. Ce qui distingue les deux notions, ce n'est pas une différence de nature, mais de degré : l'abus de droit concerne la mauvaise utilisation d'un droit subjectif, le détournement d'institution la mauvaise utilisation d'une institution. D'ailleurs, Madame FENOUILLET l'admet un peu plus loin, en indiquant que "l'abus de droit suppose un droit, le détournement d'institution s'applique à toutes les institutions juridiques." (Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc., p. 259). Par contre, il est certain, comme le note, à juste titre, Monsieur HAUSER, qu'abus de droit et détournement d'institution ne sanctionnent pas la même chose. Cf. *infra*, p. 288 et s.

[1287] Cf. *supra*, 1ère partie, p. 118.

Or, que ce soit le détournement d'institution, l'abus de droit, le détournement de pouvoir ou la fraude, tous ces mécanismes ont souvent pour point de départ un acte juridique, pour lequel la notion civiliste de « cause » peut trouver à s'appliquer.

SECTION II : FINALITE DE L'INSTITUTION ET CAUSE

323. Les liens entre finalité de l'institution et la notion de « cause » méritent d'être précisés. En effet, des auteurs ont eu recours à la notion de cause, pour rendre compte de la finalité des institutions.

Ainsi, par exemple, Jean CARBONNIER[1288], qui considérait, s'agissant des règles de droit, que "Les règles de droit n'apparaissent pas sans cause, un certain nombre de données profondes (*sources réelles des règles de droit*) expliquent leur genèse. Si nous envisageons la règle de droit inscrite à l'a. 205, nous trouvons à sa base d'abord une donnée sentimentale, un sentiment de piété filiale qui ne se raisonne pas".

Mais la notion de cause, incontournable en droit des obligations (§1), peut-elle être transposée lorsqu'il est question des institutions juridiques ?[1289] (§2)

§1- La notion de cause

324. Le terme de cause[1290] comporte plusieurs sens dans le langage juridique.

En droit civil, dans une première acception, il signifie "En un sens matériel ou physique, élément générateur, source, facteur, origine ; se dit, relativement à un fait − pris comme conséquence ou effet −, du fait antérieur qui peut être retenu comme ayant produit ce résultat. Ex. la faute cause du dommage.".

Dans une seconde acception, il s'agit, par extension de "fondement, motif, raison ; se dit, relativement à un effet de droit, du fait auquel la loi attache la vertu de produire cet effet et qui justifie l'application d'une règle (cause juridique). Ex. cause de nullité d'un acte, cause d'interruption de la prescription, cause d'irresponsabilité, cause de divorce.".

Et dans une troisième acception, la cause fait référence à l' "Intérêt de l'acte juridique pour son auteur (cause finale), qui correspond :

a) S'il s'agit d'en apprécier la licéité ou la moralité, au mobile individuel, concret et variable dans le même type d'acte d'une personne à l'autre (l'un achète une maison pour l'habiter, l'autre pour la louer, un autre pour la revendre) ; on parle alors de cause impulsive et déterminante, ou cause concrète, purement subjective.

b) S'il s'agit de vérifier l'existence de la cause, à l'effet de droit inhérent à l'acte, considération abstraite plus objective et invariable dans un même type d'acte (ex. pour

---

[1288] Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°4, p. 12.

[1289] Comment ne pas songer aux débats doctrinaux qui ont opposé contrat et institution ? Cf. *supra*, 1ère partie., p. 101.

[1290] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 137.

l'acquéreur, l'acquisition de la propriété ; pour le vendeur, la réception du prix) ; on parle de cause abstraite, objective (mais c'est toujours une cause finale).". Le terme de « cause » a également plusieurs sens particuliers en procédure, mais celui qu'il faut retenir en l'espèce est le b) du deuxième sens, que l'on qualifie traditionnellement de cause subjective.

325. La notion de cause est traditionnellement utilisée en droit des obligations[1291].
Néanmoins, des rapprochements ont été effectués avec les notions de détournement de pouvoir[1292] ou d'abus de droit[1293].
JOSSERAND, par exemple, considérait que les deux notions procédaient du même esprit : "Il est tellement vrai que c'est la direction suivie par la volonté des contractants qui est décisive, que le même acte, intervenu dans la même ambiance, à propos de la même situation, est valable ou devient nul suivant la fin à laquelle il tend dans un cas déterminé"[1294].
Ce n'est pas l'opinion d'Emmanuel GAILLARD, qui a considéré que la notion de cause avait une fonction différente du détournement de pouvoir, puisque "la théorie de la cause ne se préoccupe pas du respect de la finalité imprimée à tel ou tel pouvoir. Sa fonction est toute autre. En annulant les conventions fondées sur une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, le législateur a entendu assurer le respect de valeurs supérieures qu'il place ainsi hors d'atteinte de la liberté individuelle."[1295]
En matière de fraude à la loi, José VIDAL a présenté des exemples de fraudes poursuivant une cause illicite et a conclu : "dans de telles hypothèses qui modifient l'économie des actes, sinon leur qualification, l'acte frauduleux a une cause illicite et peut donc être annulé au titre de l'article 1131"[1296].
Incontestablement, la cause interfère avec les notions d'abus de droit, de détournement de pouvoir et de fraude.

[1291] Articles 1108 et 1131 du Code civil. Sur ce point, les références sont nombreuses. Cf. François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, Droit civil. Les Obligations, 10ème éd. 2009, Précis Dalloz, n°331 et s., p. 351 et s.
[1292] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°165, p. 104. Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°135, p.246.
[1293] Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits*, 2ème éd., Dalloz, 1939, n°116 et s.
[1294] Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits*, 2ème éd., Dalloz, 1939, n°117, p. 160. JOSSERAND allait même plus loin en ajoutant que "Tout se ramène ainsi à une utilisation de l'opération en vue d'une fin licite ou illicite et à une distinction entre l'exercice normal et l'exercice abusif du droit de contracter." (opus cité, p. 161).
[1295] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°165, p. 104. Cf. Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°135, p. 246 : "La cause illicite est tout autre chose : il s'agit de faire prévaloir des principes supérieurs sur la volonté particulière de l'employeur.". Ces principes supérieurs sont les notions d'ordre public et de liberté fondamentale du salarié.
[1296] José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 133.

Mais la doctrine a aussi lié la notion de cause à celle de détournement d'institution, spécialement à propos des détournements de l'adoption et du mariage. Il convient donc de s'intéresser plus particulièrement à ces liens, pour vérifier si le détournement d'institution est une application de la notion de cause, d'une part, et si l'existence d'un détournement d'institution peut avoir un impact sur la cause d'une convention, d'autre part.

§2- Les liens entre finalité de l'institution et cause

326. En doctrine, des auteurs soutiennent que la cause serait donc une notion commune au contrat et à l'institution, le mot « cause » étant entendu comme but, finalité. De ce point de vue, l'assimilation ne prête pas à discussion[1297].

Par contre, d'autres auteurs prennent le mot « cause » dans son sens plus technique de cause « subjective ».

Par exemple, Dominique FENOUILLET[1298] explique que "cette identité de problèmes tient seulement au fait que, statutaire ou contractuelle, la volonté est une notion fondamentale unitaire, qui conduit à s'interroger sur les mêmes questions, de forme, d'objet, de cause … En toute hypothèse, on veut telle chose, pour telle raison, proche ou lointaine, et on l'exprime sous telle forme … On se posera donc, au sujet de la volonté statutaire, les mêmes questions qu'au sujet de la volonté contractuelle. Mais cela ne veut pas dire que l'on y répondra de la même façon … Statut légal et contrat supposeront donc de répondre aux mêmes questions fondamentales, de cause, d'objet, de forme. Mais le contenu substantiel de ces conditions diffère. Organisant des intérêts privés, le contrat repose, en principe, sur la volonté privée, ou dit autrement, sur la liberté. Régissant un intérêt général, le statut ne relève de la volonté privée que dans la mesure déterminée par le système juridique."[1299].

[1297] V. par exemple, Jean HAUSER, obs. sous Civ. 1ère 14 mai 1996 ; RTD civ. 1996, p. 597. Hugues FULCHIRON, *Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? Réflexions sur « l'homoparentalité »*. Hugues FULCHIRON, AJ Famille 11/2006, p. 392 et s., spéc. p. 397. François TERRE, Dominique FENOUILLET, Droit civil. Les Personnes, la Famille, les Incapacités, 7ème éd. 2005, Précis Dalloz, n°361, p. 328.

[1298] Dominique FENOUILLET, *Couple hors mariage et contrat*, p. 81 et s., spéc. p. 106, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001. Dominique FENOUILLET explique à propos du pacte civil de solidarité que "C'est surtout l'objet et la cause de la volonté statutaire qui échappent à la liberté contractuelle. Parce que le pacte est un statut légal, les volontés individuelles sont strictement encadrées et ne peuvent se prévaloir de la liberté contractuelle ni pour fixer l'objet et les effets du pacte, ni pour aménager ses modalités. Ce n'est que lorsque la loi le prévoit explicitement que les stipulations particulières sont autorisées." (*opus cité*, spéc. p. 114).

[1299] V. note Vincent BONNET, sous Cour d'appel de Versailles, 1ère ch., 8 juillet 2005, D. 2006, J., p. 772, spéc. p. 775. Décision rendue dans l'affaire de mariage-provocation, faite dans le but de combattre l'interdiction du mariage homosexuel. Le commentateur note que "la cour d'appel n'hésite pas à faire référence à « *la véritable cause* » du mariage. La cause évoquée ici ne pouvant être que la cause subjective, constitutive des motifs déterminants. Un auteur, le Professeur HAUSER, a fait valoir à maintes reprises, que la cause pourrait se révéler le véritable fondement de la nullité du mariage, plutôt que l'absence de consentement, dans la mesure où le consentement n'est pas absent, en réalité, dans ce genre d'unions. "Mais la cause subjective ne peut être source

327. La jurisprudence, rendue en matière de détournement d'institution, a montré des exemples de points de contacts entre cause subjective et détournement d'institution, en ayant notamment recours à la notion de cause illicite ou immorale, pour sanctionner les contrats passés entre la mère porteuse et le couple demandeur[1300]. Elle semble néanmoins garder sa spécificité à chaque notion.[1301]

Pour la jurisprudence, l'illicéité de la cause de la convention passée entre la mère porteuse et le couple demandeur entraîne la nullité de la convention. Or cette convention se trouve à la base de tout le montage juridique opéré ensuite. La nullité de la convention entraîne par voie de conséquence celle de toutes les démarches ou montages qui y sont postérieurs, y compris le détournement de finalité de l'institution de l'adoption[1302].

Pour un auteur, "La cause de l'adoption fixée par l'esprit des textes – qui est avant tout de fournir à un enfant déjà né un cadre de substitution le plus favorable à son épanouissement – est déplacée vers un transfert de filiation programmé en amont de la procréation. Par là, l'institution qui est en principe centrée sur la recherche de l'intérêt de l'enfant est déviée vers la satisfaction du désir d'enfant et une certaine réification de ce dernier.

Les accords de volonté détournent l'institution de sa vocation légale, et l'enfant à naître devient au sens plein l'objet d'un contrat : la loi privée tente de subordonner la loi publique.

de nullité que lorsqu'elle est contraire à l'ordre public. Or, l'avantage habituellement poursuivi n'est jamais contraire à l'ordre public puisque c'est la loi qui le prévoit. En revanche ici, le mariage ne serait pas valable parce qu'il serait conclu dans le but de servir une cause contraire à sa définition actuelle.". Jean HAUSER, note sous Civ. 1ère 8 juin 1999, RTD civ. 1999, p. 610, spéc. p. 611 et sous Cour d'appel de Versailles, 14ème ch. 15 juin 1990, D. 1991, J., n°21759 ; *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, Mélanges TERRE, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 441 et s., spéc. p. 444. Réagissant à propos des demande de couples homosexuels pour obtenir une délégation de l'autorité parentale, , un auteur considère que "si l'on accepte de feindre d'ignorer l'opération qui est à la base de la délégation pour sauver celle-ci, il nous semble que plus rien ne tient quant aux interdictions concernant l'AMP et qu'au fond l'idée même de détournement disparaît … Dans tous les cas l'intérêt de l'enfant justifie que l'on fasse l'impasse sur la cause de l'opération". Jerry Sainte ROSE, *Vers une reconnaissance de l'homoparentalité ?* AJ famille 2006, p. 395 et s., spéc. p. 397. Cf. domaines du détournement d'institution.

[1300] Cf. supra, 1ère partie, émergence jurisprudentielle, p. 67 et s.

[1301] Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 261. Pour Madame FENOUILLET, "le détournement d'institution est plus large, car il déborde le champ contractuel".

[1302] V. Pierre MURAT, qui estime qu'en indiquant que l'adoption n'a été que " « *l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère*. »", la Cour de cassation "souligne bien le lien existant entre la convention initiale et l'adoption : c'est précisément l'illicéité de la convention qui sous-tend l'ensemble de l'opération qui rend illégale la combinaison d'institutions (abandon, reconnaissance, adoption) qui, prises isolément, sont utilisées dans le respect formel des conditions qui leur sont propres. Parce que « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* », elle est illicite et, parce que cette convention est illicite, l'adoption qui n'est qu'un maillon de l'opération le devient à son tour. L'illicéité de l'objet et de la cause de la convention rejaillit sur l'adoption parce que celle-ci est subordonnée à la finalité d'ensemble illicite, et non plus la finalité ordinaire de l'adoption qui est avant tout de donner une famille à un enfant qui n'en a pas". Pierre MURAT, *Rattachement familial de l'enfant et contrat*, p. 145 et s., spéc. p. 147, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001.

Que la jurisprudence et la loi aient condamné cette pratique ne fait que réaffirmer une hiérarchie des normes en faveur de l'institution familiale et au détriment de l'ordre contractuel."[1303].

L'illicéité de la cause d'une convention a donc un impact sur la finalité de l'institution. Elle entraîne le détournement de cette institution par poursuite d'un but qui lui est étranger, car l'illicéité de la cause atteint l'opération dans son ensemble[1304], l'adoption n'étant pas alors utilisée conformément à sa finalité (donner un enfant à une famille qui en est dépourvu) mais pour « programmer » une naissance.

328. Dans les relations qui peuvent unir finalité de l'institution et cause, il faut encore se demander quel sort peut être réservé à un contrat qui aurait pour but d'organiser ou de réaliser un détournement d'institution ?

La cause de ce contrat est-elle illicite ?

Il est certain que le détournement d'institution est illicite en ce sens qu'il permet de violer l'esprit des institutions juridiques. Cette illicéité ne peut que rejaillir sur la cause du contrat et influer directement sur la validité de celui-ci.

Si l'on reprend l'exemple de l'affaire de l'adoption, faite dans le but de faire échec au droit au renouvellement du bail rural des fermiers[1305], la convention conclue entre le bailleur et l'adopté, visant à l'adoption, n'avait-elle pas précisément pour but de détourner l'institution de l'adoption de sa finalité, puisque celle-ci n'était que le moyen de réaliser une fraude ?

Dans de telles hypothèses, le détournement d'institution « absorbe », en quelque sorte, la cause.

Ainsi, la notion de cause, prise au sens de cause subjective, permet d'expliquer pourquoi les institutions sont détournées de leur finalité, la fin poursuivie étant contraire à l'ordre public soit parce qu'elle est illicite, soit parce qu'elle est immorale.

Néanmoins, la problématique de la définition de l'immoralité et de l'illicéité reste entière, tout comme en matière contractuelle.

329. En ce qui concerne la notion d'ordre public, celle-ci comporte évidemment plusieurs sens[1306].

[1303] Pierre MURAT, *Rattachement familial de l'enfant et contrat*, p. 145 et s., spéc. p. 147, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001.

[1304] La Cour de cassation ayant bien pris soin de préciser que l'opération est « indivisible ».

[1305] Civ., 1 ère 19 novembre 1991, Petites Affiches, 29 juillet 1992, n°91, p. 37, note J. MASSIP, cité *supra*, 1ère partie.

[1306] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 8ème éd. 2007, p. 644. L'ordre public peut en effet se définir comme une "norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni

La contrariété d'une convention ou d'un comportement à l'ordre public entraîne son illicéité[1307]. Pour Alain SERIAUX[1308], "l'illicite consiste *toujours* dans la violation d'une règle de juste conduite. Là où le législateur n'a pas fixé lui-même de telles règles et a même consacré l'existence d'une sphère d'autonomie au profit des particuliers, c'est la jurisprudence qui s'est efforcée et s'efforcera encore, patiemment et prudemment, de déterminer ce qu'il est juste de faire ou de ne pas faire. Par là, les tribunaux ne font rien d'autre que s'en tenir à leur mission fondamentale : dire le droit.".

Un auteur[1309] a pu écrire : "Il entre dans les attributions des juges de défendre un ordre public « *notionnel* », en veillant sur le contenu des mécanismes que le législateur a institués et sur le respect des finalités qu'il leur a conférées.".

L'ordre public sert de frein à certaines utilisations des institutions qui ne seraient pas conformes à leur finalité.

En tant qu'instrument de police juridique, le détournement d'institution permet d'assurer, par voie de conséquence, la cohérence[1310] (ou la cohésion) du système juridique et le respect des finalités du système juridique[1311].

L'explication n'est pas ici différente de celle que certains auteurs ont proposé à propos de l'abus de droit, du détournement de pouvoir, de la cause illicite, de la simulation[1312] ou de la fraude à la loi.

330. S'agissant de l'immoralité[1313], la morale dont il est question ici est "tantôt *une morale collective, créatrice de norme*,[1314] tantôt la morale individuelle d'où jaillit un devoir."[1315].

dans leurs conventions (C. civ., a. 6) ; norme qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales (sociales, politiques, etc.) considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité (en ce sens l'ordre public englobe les bonnes mœurs), à la marche de l'économie (ordre public économique) ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux (ordre public de protection individuelle).".

[1307] Voir la définition de l'illicéité p. 278, note 1189.

[1308] Alain SERIAUX, *Droit des Obligations*, 2ème éd. mise à jour, PUF, 1998, n°105, p. 372.

[1309] 1ère Civ. 28 octobre 2003, D. 2004, J., p. 21, note Jean-Pierre GRIDEL, spéc., p. 22 ; D. 2004, p. 2964, obs. J.J. LEMOULAND ; AJ Famille, p. 27, obs. F. BICHERON ; RJPF 2004, n°1, p. 19 ; Defrénois 2004, p. 143, obs. MASSIP ; Dr. Fam. 2004, n°15, note LARIBAU-TERNEYRE ; RTD civ. 2004,, n°8, p. 66, obs. Jean HAUSER.

[1310] René SEVE, *L'institution juridique : imposition et interprétation*, Revue de métaphysique et de morale, n°3, 1990, p. 311 et s., spéc., p. 337 : "On admet en effet que les normes juridiques sont soumises à une obligation de cohérence interne – le droit ne peut qualifier un même individu à la fois de maître et de valet, selon l'exemple de Pufendorf".

[1311] Cf. Loïc CADIET et Philippe le TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Civ. Dalloz, 2008, n°31, p. 9.

[1312] Florence DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, LGDJ 1997, n°7, p.3.

[1313] Philippe JESTAZ, Encyclopédie Dalloz de droit civil, *Droit*, 1972, n°15, p. 3. Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°18, p. 44. Paul ROUBIER, *Théorie générale du Droit. Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2ème éd. rev. et aug., Sirey, 1951, p. 44 et s. Gérard CORNU, *Introduction, les personnes, les biens.* 12ème éd., Montchrétien, 2005, n°24, p. 21.

[1314] C'est nous qui soulignons.

Jean CARBONNIER[1316] avait noté que “depuis 1980, un retour offensif de la morale a, pourtant, été de plus en plus visible ... Ce fut comme si, sur un terrain qui se découvrait à lui brusquement, l’Etat avait éprouvé le besoin de disposer, pour brider, modérer certains comportements dangereux, d’un système de normes qui serait une sorte de médiation entre la loi, trop brutale, et la religion, trop peu laïque ... Cette remontée de la morale ne s’est pas, cependant, arrêtée à la bioéthique. Elle s’est étendue à d’autres domaines, où elle est en parallèle (faut-il dire en cheville ?) avec le droit, et tend à se constituer en autant de branches distinctes ... ainsi, l’éthique de la propriété, et surtout l’éthique des affaires, c’est à dire du contrat ...”.

La jurisprudence rendue en la matière permet malgré tout d’effectuer une répartition de ce qui peut être illicite (détournements du mariage, détournements de l’adoption – sous réserve des mères porteuses −, détournements en droit du travail : lorsque par exemple des syndicats ont utilisé l’institution de la délégation syndicale afin d’éviter le licenciement à certains salariés, la finalité poursuivie était illicite), ou immoral (mères porteuses, peut être l’adoption entre homosexuels)[1317].

331. En doctrine, l’analyse reposant sur la notion de cause subjective a été contestée par certains auteurs. Madame FOULON-PIGANIOL[1318], précise, par exemple, que la notion de cause illicite a été proposée par certains auteurs pour venir au secours des mariages simulés. Mais l’auteur considère qu’en réalité, “le dessein qu’ils poursuivent est, le plus souvent, parfaitement licite : ainsi en est-il du désir de légitimer un enfant ... Le motif déterminant des époux n’est pas de se soustraire au statut du mariage pour parvenir à une fin illicite, mais

[1315] Jean CARBONNIER. Droit civil. Introduction. 22ème éd. mise à jour, PUF, 1994, n°16, p. 41 : “La morale collective est, pour une large part, une morale *coutumière*. C’est la coutume qu’il faut entendre sous les bonnes mœurs (a. 6, 1133), la coutume des honnêtes gens. Mais ce peut être aussi une morale des *principes*. Principes philosophiques ... principe de réciprocité (le principe synallagmatique, a. 1134), principe de proportionnalité (rien de trop, a. 1152 al. 2). Aujourd’hui cependant, non moins pressants sont les principes politiques, les valeurs qui se veulent universelles, des déclarations de droits”. Cf. Loïc CADIET, Philippe le TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Dalloz de droit civil, 2008, n°6, p. 3 : “il [ce courant contemporain de l’extension du contrôle judiciaire] manifeste l’intrusion plus grande qu’auparavant d’une pincée d’éthique ... et de l’avènement de ce qu’un auteur a nommé « le contrat moral ».”.

[1316] Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l’enfant, le couple,* vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°18, p. 45.

[1317] Allant plus loin, Emmanuel GAILLARD se demandait à propos du détournement de pouvoir si “Le caractère immoral de l’acte résulterait-il alors du seul fait que son auteur ait poursuivi un intérêt étranger à la finalité qui caractérise le pouvoir ? Il est manifeste que les notions d’ordre public et de bonnes mœurs ne sont en réalité d’aucun secours pour résoudre une telle question. Pour y répondre, il convient d’interroger la règle qui détermine l’étendue des pouvoirs dont il aurait été fait un usage irrégulier. C’est elle qui assigne un but au titulaire du pouvoir et qui détermine ainsi les conditions de validité, tant subjectives qu’objectives, des actes qu’il serait appelé à passer. Dès lors que l’acte litigieux a été passé dans des conditions contraires aux exigences de cette norme, il devient inutile de recourir à une application de la théorie de la cause immorale.” (Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°165, p. 104/105).

[1318] Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Le mariage “simulé”*, RTD civ. 1960, p. 217 et s., spéc. p. 242/243, n°25.

d'atteindre un résultat légitime en usant irrégulièrement d'une situation institutionnelle." Elle considère que "la notion de cause est propre au domaine des contrats. Si elle peut, à la rigueur, être étendue à l'ensemble des actes juridiques, elle ne peut convenir à cette situation complexe, plus institutionnelle que contractuelle, qui résulte du mariage".

L'opinion de Madame FOULON-PIGANIOL doit être approuvée.

En effet, ce n'est pas parce que les acteurs juridiques tentent de faire jouer à certaines institutions, le rôle d'instrument « à tout faire », comme cela s'est produit avec le contrat[1319], que les notions d'objet, de cause, doivent être transposées au domaine institutionnel. L'institution n'est pas le contrat, même si il peut arriver qu'un détournement d'institution soit la cause d'une convention.

Sans verser dans les controverses qui ont opposé la doctrine au sujet de ces deux notions, il est nécessaire de leur garder leur spécificité, ainsi que les termes qui leur sont propres, en réservant l'usage des concepts d'objet et de cause au domaine contractuel pour préférer l'expression de « finalité », s'agissant des institutions. Le droit contemporain est suffisamment complexe − voire même parfois sibyllin − pour que l'on fasse l'économie de ce qui pourrait contribuer à l'obscurcir davantage.

De ce point de vue, nous ne partageons pas l'opinion de Jean HAUSER, qui applique aux institutions la notion de « cause catégorisante »[1320].

332. En outre, la notion de cause, au sens de cause subjective, ne règle pas la question du détournement d'institution. C'est l'opinion exprimée par un auteur, à propos de la décision rendue par la Cour de cassation dans une affaire de demande d'adoption, dans laquelle adopté et adoptant avaient eu des relations sexuelles[1321]. A juste titre, l'auteur indique que "Constater que l'adoption n'a pas été recherchée pour permettre la création de relations sexuelles, ni même pour les favoriser ou les consacrer – c'est-à-dire se placer sur le terrain de la cause immorale – n'apporte aucune sorte de problème du détournement d'institution qui est

---

[1319] Jean HAUSER, *L'adoption à tout faire*, D. 1987, p. 205. Du même auteur, *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, Mélanges TERRE, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 441 et s.

[1320] Cf. note sous Versailles, 15 juin 1990, D. 1991, p. 268, spéc. p. 270. : "Peu importe … que la vie maritale ait été largement inspirée par la nécessité immédiate d'éviter une expulsion, si cette vie maritale a existé en fait. C'est clairement dire que c'est la cause qui catégorise l'acte de mariage et non les motifs divers des parties.". *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, Mélanges TERRE, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 441 et s., spéc. p. 443 : "L'entrée dans une structure définie par le droit ou la sortie d'une telle structure suppose que l'acte juridique adhère à la cause catégorique qui sert à qualifier cette structure ou refuse cette même cause". Pour Monsieur HAUSER, le terme de cause est synonyme de « mobile ». Cf. observations sous Civ. 1ère 8 juin 1999, RTD civ. 1999, p. 610, spéc. p. 611.

[1321] Cf. Civ. 1ère 8 juin 1999, Droit de la famille 1999, n°124, p. 18, note P. M ; RTD civ. 1999, p. 610, obs. J. HAUSER, cf. *supra*, 1ère partie. La Cour de cassation retient, dans une formule rappelant celle utilisée en matière de libéralités entre concubins, que « la cour d'appel … a jugé qu'il n'était pas établi que l'adoption avait été sollicitée pour permettre la création de relations homosexuelles, ni même pour les favoriser ou les consacrer ».

fondamentalement de savoir si l'instauration d'un lien de filiation est compatible ou non avec le fait que des individus aient entretenu une relation de couple."[1322].

333. Le détournement d'institution ne doit donc pas être confondu avec la notion de cause, même si ces deux notions ont en commun de s'intéresser aux mobiles qui poussent les acteurs juridiques à agir. Mais, un cas, il s'agit des mobiles poursuivis dans l'utilisation d'une institution juridique, corps de règle de droit, instruments du droit objectif, alors que dans l'autre, il s'agit des mobiles concernant des actes juridiques, instruments soumis à la volonté des parties. Si l'on veut éviter d'accentuer la contractualisation du droit de la famille, tant décriée en doctrine, il faut commencer par garder à la terminologie propre à chaque instrument le domaine qui est le sien.

Le détournement d'institution consiste dans le détournement de la finalité d'une institution juridique. Or, le détournement de finalité peut affecter d'autres catégories que les institutions : puisqu'il existe des détournements de finalité des pouvoirs, des droits subjectifs, voire même de la loi.

[1322] Note P. M., sous Civ. 1ère 8 juin 1999, Droit de la famille 1999, n°124, p. 18.

SECTION III : L'UTILISATION DETOURNEE D'UN POUVOIR, D'UN DROIT SUBJECTIF, DE LA LOI

334. Affirmer que le détournement de pouvoir correspond à l'utilisation détournée de la finalité d'un pouvoir relève presque d'un truisme, tant la chose est entendue, que ce soit en droit administratif ou en droit privé (§1).
La question est plus délicate en ce qui concerne l'abus de droit, car sa définition et ses caractéristiques ont fait l'objet de vives controverses doctrinales (§2).
Il en va de même s'agissant de la loi, objet de la fraude (§3).

§1- L'utilisation détournée d'un pouvoir : le détournement de pouvoir[1323]

335. La notion de détournement de pouvoir a été évoquée précédemment, en première partie, dans le chapitre consacré à la définition du détournement d'institution.
En droit privé, la notion de détournement de pouvoir ne suscite que peu d'intérêt[1324]. En effet la plupart des auteurs[1325] considèrent qu'il s'agit ni plus ni moins que d'une transposition en droit privé de la très célèbre théorie du détournement de pouvoir, développée par le Conseil d'Etat en droit administratif[1326].

[1323] Ou de procédure … La procédure peut être ici définie comme l'"Ensemble des actes successivement accomplis pour parvenir à une décision.". Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 725. Si la rareté des études consacrées à la notion de détournement de pouvoir en droit privé a pu être relevée, il en a été de même et, à plus forte raison, pour la notion de détournement de procédure.
A cet égard, il peut être particulièrement topique de noter que les dictionnaires juridiques n'abordent le concept que pour renvoyer à la signification qu'en donne le droit administratif. Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, *Lexique de termes juridiques*, 17ème éd., par Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER, Dalloz, 2010, p. 254. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, v. détournement. La doctrine sur le sujet est quasi inexistante, se contentant bien souvent de renvoyer à l'étude d'autres concepts tels que l'abus de droit ou la fraude. Cf. Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, 27ème éd., Précis Dalloz, 2003, n°71, p. 113.
José VIDAL aborde, dans l'étude qu'il consacre à la fraude à la loi, la notion de détournement de procédure, pour expliquer qu'elle "suppose l'existence de deux législations parallèles permettant d'aboutir aux mêmes effets juridiques, mais à travers des procédures différentes correspondant aux buts particuliers de chacune de ces législations." José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 346.
[1324] Cf. cependant Jean PELISSIER, *Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire*, Mélanges dédiés à Jean VINCENT, Dalloz 1981, p. 273 et s.
[1325] Alfred LEGAL et Jean BRETHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées. Etude de sociologie juridique*, Sirey 1938, p. 485. Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits.* 2ème éd. Dalloz, 1939, n° 193, p. 259 et n°194, p. 262. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 249. José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe "fraus omnia corrumpit"*. Dalloz 1957, p. 344 et s. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques.* Dalloz, 1963, p. 144/145. Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé.* Economica, 1985, n°149, p. 97, qui transpose purement et simplement la définition reçue en droit administratif. Guy COURTIEU, *Abus de droit. Notion.* Jurisclasseur civil, article 1382 à 1386 – Responsabilité civile – fasc. 131-10, 2005, n°10. François TERRE, *Introduction générale au Droit, 7*ème éd., Précis Dalloz, 2006, n°498, p. 405.
[1326] *Sur cette théorie, cf. supra*, p. 143 et s. V. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°631, p. 795, à propos du pouvoir disciplinaire.

Monsieur GAILLARD[1327], à qui il faut rendre le mérite d'avoir proposé une construction d'ensemble de la notion de pouvoir, et par voie de conséquence de celle de détournement de pouvoir en droit privé, rappelle la définition admise en droit administratif, qui fait de ce dernier "l'utilisation des pouvoirs par leur titulaire « pour une fin autre que celle en vue de laquelle ils lui avaient été conférés »". Il précise que la définition est également valable pour le droit privé[1328] : "l'émancipation, la décision de l'assemblée générale d'actionnaires, la mesure de mise à pied ne sont entachées d'un détournement de pouvoir qu'autant que leur auteur les a prise consciemment dans un but étranger à l'intérêt du mineur, de la société ou de l'entreprise.".

336. Sur le plan doctrinal, jusque récemment, peu d'auteurs en dehors d'Emmanuel GAILLARD se sont livrés à des travaux sur le pouvoir en droit privé.

La notion de détournement de pouvoir a fait l'objet de quelques études, essentiellement concentrées en droit du travail, comme par exemple, l'article précité de Jean PELISSIER, consacré au "détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire"[1329]. L'auteur y explique que la jurisprudence consacre, en cette matière, la théorie du détournement de pouvoir depuis 1959[1330]. Une autre étude, datant de la fin des années 1970, englobe le détournement de pouvoir dans l'ensemble plus large que constitue l'abus de pouvoir : c'est ce qui ressort des Travaux de l'Association Henri Capitant consacrés à « l'abus de pouvoirs ou de fonctions ».[1331]

Le rapport de synthèse des travaux consacrés à l'abus de pouvoirs ou de fonctions effectué par Jean PATARIN[1332] définissait le détournement de pouvoirs de la façon suivante : il s'agit des "abus commis par le mandataire dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés et consistant seulement dans le fait que le mandataire a poursuivi un but contraire à l'esprit de ses pouvoirs (agissement auquel on réservera la dénomination de détournement de pouvoirs, selon la suggestion de M. Veaux)".

[1327] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé.* Economica, 1985, n°149, p. 97. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 7ème éd., Précis Dalloz, 2006, n°498, p. 405.

[1328] *Ibid.* V. F. VAUVILLE, *Les pouvoirs concurrents en droit de la famille*, Thèse, Lille II, 1991, p. 308.

[1329] Mélanges VINCENT, cités supra, p. 273 et s. L'étude réalisée par Jean PELISSIER montre que la jurisprudence rendue en ce domaine concerne en fait davantage l'absence de détournement de pouvoir que le détournement de pouvoir proprement dit. V. également A. LEGAL et J. BRETHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées. Etude de sociologie juridique*. Sirey, 1938.

[1330] *Ibid.* Soc. 6 novembre 1959, SITAC/ROSSA, JCP 1960, II, 11477. GA Dr. Trav., Sirey, 1980, n°39.

[1331] 1977. T. XXVIII, Economica, 1980. *Contra*. F. TERRE, *Introduction générale au Droit,* 6ème éd., Précis Dalloz, 2006, n°498, p. 405, précité, qui estime pour sa part que "les expressions d'abus de pouvoir et de détournement de pouvoir sont utilisées indifféremment.". V. Soc. 23 janvier 1996. D. 1996, IR, p. 53 : Un comité d'entreprise en cours de dissolution commet un abus de pouvoirs en affectant ses biens, après la cessation d'activité de l'entreprise, à une association reconnue d'utilité publique, alors que les biens dudit comité auraient dû être affectés au comité d'entreprise du groupe de sociétés ayant repris une partie des salariés.

[1332] *Opus cité,* p. 529 et s., spéc., p. 544.

337. En ce qui concerne la jurisprudence, les premières décisions datent, en droit privé, semble t'il des années 1930[1333], et intéressent principalement la question du pouvoir disciplinaire de l'employeur dans l'entreprise[1334]. Ainsi la construction du détournement de pouvoir en droit privé est essentiellement d'ordre prétorienne ; la théorie se serait en outre développée sous le manteau de la fraude : "c'est sous couleur de « fraude » qu'elle [la jurisprudence] a sanctionné les premiers détournements de pouvoir"[1335].

La conception du détournement de pouvoir, qui ressort de la jurisprudence, confirme la vision de la doctrine, comme par exemple en matière de mandat[1336] : "la faute du mandataire se présente comme un véritable détournement de pouvoirs parce que celui-ci est bien resté dans les limites de ses pouvoirs de représentation, mais il a agi dans un intérêt autre que celui du mandat". Les applications du détournement de pouvoir en droit privé concernent essentiellement le droit du travail[1337], mais la jurisprudence l'a aussi relevé dans le droit de la famille[1338], des régimes matrimoniaux[1339] ou en droit des sociétés[1340].

Dans le domaine des régimes matrimoniaux par exemple, la doctrine ne manque pas de relever que "Des pouvoirs attribués aux époux pour assurer la prospérité du ménage sont

---

[1333] Cf. un arrêt de la Cour de cassation, chambre des Requêtes, de 1934 (12 décembre 1934. S. 1936, 1, 69). E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, cité supra*, n°108, p. 73. Sur la notion de pouvoir disciplinaire, v. l'étude de Paul BOUAZIZ, *Du pouvoir souverain vers un droit disciplinaire*, Droit ouvrier, décembre 1982, p. 449 et s.

[1334] Sur cette question, A. LEGAL et J. BRETHE DE LA GRESSAYE, Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées, Sirey, 1938. Jean PELISSIER, *Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire.* Mélanges Vincent, cités supra, p. 273 et s.

[1335] E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, n°159, p. 103. V. également, Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, note 4, p. 249, qui estime qu'en droit privé, le détournement de pouvoir se cache également derrière les notions d'illégalité et d'abus de droit. Rappr. A. LEGAL et J. BRETHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées. Etude de sociologie juridique.* Sirey, 1938, p. 324 ; p. 488; p. 498.

[1336] *Conclusions GULPHE*, sous l'arrêt d'Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 10 juin 1977, JCP 1977, II, 18730. En droit du travail, la jurisprudence offre des exemples de détournement de pouvoir en matière de modification du contrat de travail à l'initiative de l'employeur. Dans un arrêt du 9 mai 1990, la Cour de cassation a estimé que "bien que le contrat de travail comportât une clause de mobilité, la mutation de la salariée sur un secteur de moindre importance, alors qu'il n'était pas justifié que la décision de l'employeur était dictée par l'intérêt de l'entreprise, constituait en réalité de la part de celui-ci un abus de pouvoir" (Bull., V, n°210, p. 126/127). La Cour de cassation approuve le raisonnement des juges du fond, qui avaient relevé que "le changement d'affectation de Mme Mutel était de nature à lui nuire, non seulement en raison du fait que les programmes de commercialisation dont elle devait être chargée dans son nouveau secteur étaient, à court terme, nettement moindre que ceux du secteur qui était jusqu'alors le sien, mais également parce qu'aucun programme n'était prévu à moyen et long terme, ce qui détruisait l'avenir professionnel de la salariée.". L'un des moyens au pourvoi faisait état de détournement de pouvoir, la Cour de cassation préfère quant à elle la notion d'abus de pouvoir. Le fait que la décision prise par l'employeur « était de nature à nuire » à la salariée n'est sans doute pas étrangère à l'utilisation du terme d'« abus » en l'espèce. Pour une application récente en jurisprudence de la notion de détournement de pouvoir, cf. Civ. 3ème, 23 juin 2009, n° pourvoi 08-15798, www.legifrance.gouv.fr.

[1337] Même si ce domaine constitue l'apanage de la notion en droit privé.

[1338] R. von JHERING, *L'évolution du droit (Zweck im Recht)*, trad. O de MEULENAERE, Paris , A. MARESCQ, 1901, n°162, p. 242 : "de même que le père doit, sinon juridiquement, du moins moralement, user de sa puissance en conformité avec le but de l'autorité paternelle, le législateur ... est tenu d'employer le pouvoir qui lui incombe dans l'intérêt de la société ... Il peut donc, lui aussi, abuser du pouvoir qui lui est confié.".

[1339] Frédéric VAUVILLE, *Les pouvoirs concurrents en droit de la famille*. Thèse, Lille II, 1991. E. GAILLARD, *opus cité*, n°125, p. 82.

[1340] E. GAILLARD, n°84, p. 59 (abus de majorité), n°108, p. 73 (pouvoir disciplinaire dans les groupements privés). F. TERRE, *Introduction générale au Droit*, 7ème éd., Précis Dalloz, 2006, n° 205, p. 163 et n°499, p. 406.

utilisés à des fins plus personnelles. La fraude[1341] prend la forme d'un véritable détournement de pouvoirs portant atteinte aux intérêts pécuniaires du conjoint … La fraude par détournement de pouvoirs concerne … tout spécialement les régimes communautaires."[1342].
Dans le cas du régime de communauté, "La fraude consiste à exercer ces pouvoirs **en les détournant de leur finalité communautaire**[1343] … l'époux fraudeur utilisera consciemment ses pouvoirs soit dans un intérêt égoïste pour s'enrichir personnellement, soit pour favoriser un tiers, soit même dans le seul but de nuire à son conjoint, mais toujours aux dépens de la famille et de la communauté."[1344].

338. La doctrine récente confirme l'unanimité qui se fait autour de la définition de la notion : "il ne s'agit pas de contrôler le caractère inhérent ou non du licenciement mais de vérifier si le pouvoir de licenciement économique a été exercé en vue de la finalité qui lui est assignée, à savoir les causes définies à l'article L 321-1 du code du travail." [1345].
En fait, souvent, les auteurs contemporains et spécialement les manuels d'introduction au Droit, ne consacrent pratiquement aucun développement à la notion de détournement de pouvoir en droit privé[1346], ce qui tendrait à confirmer l'absence de difficultés majeures quant à la conception du détournement de pouvoir[1347].

[1341] Il s'agit en l'espèce de fraude aux droits des tiers, et non pas de fraude à la loi *stricto sensu*. Madame CHEVALLIER-DUMAS énumère plusieurs exemples : "Il peut s'agir d'actes matériels (dégradations, dissipations ou détournements de revenus) ou de simples abstentions frauduleuses (abandon ou défaut d'entretien d'un bien par exemple). Mais généralement, ce sont des actes juridiques (aliénations, emprunts, apports en société de biens communs …).". (*La fraude dans les régimes matrimoniaux*, RTD civ. 1979, p. 40 et s., spéc. n° 12, p. 46/47.

[1342] Françoise CHEVALLIER-DUMAS, *La fraude dans les régimes matrimoniaux*, RTD civ. 1979, p. 40 et s., spéc. n° 7, p. 44. L'absence de spécificité du détournement de pouvoir en droit des régimes matrimoniaux s'explique très certainement par le fait que le législateur a institué divers cas de sanction de fraude, en visant expressément la notion : cf. articles 262-2, 1421, 1429, 1573 et 1577 du Code civil.

[1343] C'est nous qui soulignons.

[1344] Françoise CHEVALLIER-DUMAS, *La fraude dans les régimes matrimoniaux*, RTD civ. 1979, p. 40 et s., spéc., n° 8, p. 45.

[1345] Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels.* LGDJ, 2004, n°405, p. 297. Cf. Emmanuel DOCKES, *Droit du travail*, 3ème éd., 2008, Dalloz, Hypercours, n°509, p. 396.

[1346] Voir la liste de ces ouvrages dans Le *Traité de droit civil. Introduction générale* de J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, 4ème éd., avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, LGDJ,1994. L'idée de transposition de la définition du détournement de pouvoir du droit public au droit privé est reprise par Jean PELISSIER, dans un article consacré au « détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire » : "De même que les administrés peuvent obtenir l'annulation des actes administratifs pris par un fonctionnaire qui a utilisé ses pouvoirs à des fins autres que celles pour lesquelles ceux-ci lui ont été conférés, de même un salarié peut faire annuler les sanctions disciplinaires prononcées à son encontre lorsque le chef d'entreprise a détourné de son but le pouvoir disciplinaire qu'il doit exercer dans l'intérêt de l'entreprise." Mélanges dédiés à Jean VINCENT, Dalloz, 1981, p. 273 et s, spéc., p. 273.

[1347] Guy COURTIEU, *Abus de droit et abus de pouvoirs*, Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386 – responsabilité civile – fasc. 131-20, 2005, n°58. Prenant exemple des abus de pouvoir dans les groupements privés, Monsieur COURTIEU précise que le juge vérifie "si les pouvoirs conférés aux organes sociaux n'ont pas été détournés de la fin qui leur a été attribuée par la loi.".

En outre, la question du déclin ou du rôle limité du détournement de pouvoir en droit privé se pose tout comme en droit administratif. L'on observe d'ailleurs un phénomène identique de glissement d'un contrôle effectué par le juge, qui peu à peu tend à substituer au contrôle détournement de pouvoir un contrôle de proportionnalité[1348].

Du rapprochement des diverses définitions du détournement de pouvoir en droit privé, proposées en doctrine, il se dégage que tous les auteurs s'accordent pour définir le détournement de pouvoir comme l'utilisation de "pouvoirs dans un but autre que celui que lui permet de poursuivre la compétence " exercée[1349].

Le détournement de pouvoir coïncide avec l'utilisation d'un mécanisme, en l'espèce un pouvoir, qui est détourné de sa finalité et de ce point de vue la définition est incontestablement identique à celle du détournement d'institution.

Par contre, il faut reconnaître que les choses se compliquent singulièrement lorsqu'il est question non plus de détournement de pouvoir, mais d'abus de droit[1350].

§2- L'utilisation détournée d'un droit subjectif : l'abus de droit

339. Si une liste des notions «piège» du droit civil pouvait être dressée, l'abus de droit figurerait incontestablement en bonne place. Ainsi Madame LEMEE[1351] ne peut que déplorer que l'on ne sache "toujours pas très nettement après un siècle de recherches et de controverses en quoi il consiste.". L'illustration de ce phénomène est patente, à travers la définition de

---

[1348] Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n°409, p. 300 : "Malgré une pratique judiciaire fluctuante ... s'affirme un mouvement général vers un enrichissement du contrôle du pouvoir, qui se traduit par un glissement du contrôle subjectif des mobiles vers le contrôle objectif des effets. On ne peut que se féliciter d'un tel mouvement, qui participe à l'objectivation du droit et par là-même à l'affaiblissement de l'intention et des ses déclinaisons (les mobiles ...) comme modes de justification.".

[1349] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 305 v. détournement.

[1350] En outre la doctrine relève parfois que le recours à l'abus de droit masque en réalité un contrôle de l'utilisation des pouvoirs, ce qui complique encore un peu plus les choses, comme par exemple en droit des sociétés : "l'abus de droit est davantage sollicité mais il masque le plus souvent l'application du standard de l'intérêt social. C'est ce qu'illustre le contrôle des abus de minorité et de majorité qui n'entretient que des liens distants avec le mécanisme de l'abus de droit. L'essor de ce standard est à lui seul un révélateur de l'émancipation du pouvoir en droit des sociétés, non seulement du pouvoir des dirigeants mais encore du pouvoir majoritaire." (Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels.* LGDJ, 2004, n°540, p. 393).

[1351] Jacqueline LEMEE. *Essai sur la théorie de l'abus de droit*. Thèse, PARIS XII, 1977, p. 1/2. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les Obligations*, T. 4, 15ème éd., novembre 1991, n° 230, p. 416. FLOUR et AUBERT, *Les Obligations. Le fait juridique*, 13ème éd. Par Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, Sirey, 2009, n°121, p. 138. L. CADIET, Répertoire Dalloz de droit civil, v. *Abus de droit*, 2008, n°5, p. 3. A. PIROVANO, *La fonction sociale des droits. Réflexions sur le destin des théories de JOSSERAND*, D. 1972, chron., p. 67. Robert BIEVER, in *L'abus de droit et les concepts équivalents*, Actes du colloque de droit européen. Luxembourg, 6-9 novembre 1989, Strasbourg, 1990, p. 16. Victor ALTABERT, *Comparaison entre les théories jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoir en droit public*, Thèse Dijon, 1951, p. 12.

l'abus de droit proposée par le Vocabulaire juridique[1352] : "Faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, ou, suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux (Théorie consacrée par les tribunaux, distincte des troubles anormaux de voisinage.".

340. L'abus de droit est un mécanisme qui a été forgé à la fin du XIXème siècle pour résoudre le problème de l'exercice fautif d'un droit et les conséquences juridiques de cet exercice fautif : celui qui, à l'occasion de l'exercice de son droit, cause un préjudice à autrui, peut-il être tenu de le réparer en application des règles de la responsabilité civile?

A cette question, la doctrine a d'abord répondu par la négative, car à cette époque, le libéralisme triomphait dans tous les domaines, avec comme conséquences sur le plan de la pensée juridique l'exaltation de la liberté individuelle et le refus des limites à l'action individuelle.[1353]. Le brocard «*neminem laedit qui suo jure utitur*»[1354] résumait à la perfection cette philosophie, à laquelle correspondait l'absolutisme des droits subjectifs.

Cependant, face à ce courant libéral, s'est dressé un autre courant généré par le développement de l'industrie de masse, avec ses cohortes d'ouvriers, qui ont réclamé la prise en compte de leurs revendications professionnelles et sociales[1355]. Cet autre courant a pris appui sur le solidarisme.[1356]

Plusieurs thèses ont ainsi vu le jour à propos de l'abus de droit, qui ont proposé leur critère de l'abus (A). L'une d'entre elle propose en réalité le seul critère qui permette d'appréhender dans leur ensemble les solutions dégagées par la jurisprudence : l'abus de droit est perçu comme le détournement du droit subjectif de sa finalité (B).

A- Les thèses en présence et les critères de l'abus de droit

341. Ces thèses sont évidemment très connues puisqu'il s'agit de l'absolutisme des droits subjectifs d'une part (1), et de la relativité des droits d'autre part (2). D'autres auteurs[1357],

---

[1352] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 6, v. *Abus de droit*, , p. 6.

[1353] MAZEAUD et TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, T. I, 6ème éd., Montchrétien, 1965, n°553, p. 645. CESAR-BRU et MORIN, *La faute, le risque et l'abus du droit*, Ann. Fac. Dr. Et des lettres d'Aix, T. II, 1906, p. 91. CHARMONT, *L'abus du droit*, RTD civ. 1902, p. 120.

[1354] *Ne lèse personne qui use de son droit*. *Henri* ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999, p. 475.

[1355] En outre, la doctrine a dû rapidement intégrer le fait que la jurisprudence a admis l'existence d'abus de droit. Cf. Jacqueline LEMEE. *Essai sur la théorie de l'abus de droit*. Thèse, PARIS XII, 1977, p. 100 et s. et p. 128 et s.

[1356] *Ibid.* E. LAPARRE, *La théorie de l'abus de droit et la théorie du détournement de pouvoir*, Thèse, Toulouse, 1913, p. 21.

[1357] V. GHESTIN et GOUBEAUX, note 70, p. 763. Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°184, p. 352 ; *Les Biens*, T. 3,

encouragés par le fait que la jurisprudence fasse très souvent référence dans ses décisions à l'article 1382 du Code civil[1358], ont proposé la faute dans l'exercice d'un droit comme le critère de l'abus de droit (3).

1) L'absolutisme des droits subjectifs et l'abus de droit-intention de nuire

342. Profondément marquée par la philosophie héritée de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, la doctrine du XIXème siècle avait défendu l'idée que l'individu disposait de droits subjectifs, qui étaient de véritables remparts contre l'arbitraire du pouvoir, et qui par conséquent *ne pouvaient et ne devaient supporter aucune limite, autre que celle justifiée par le respect de la liberté d'autrui.* [1359]

Le *Traité pratique de droit civil français* de PLANIOL et RIPERT[1360] traduisait bien cette philosophie : "L'affirmation de droits subjectifs est, sur le plan idéologique, le moyen de défense de l'individu contre la tendance du Pouvoir à abuser de sa puissance. C'est sur cette base qu'ont été fondées les libertés publiques par la philosophie du XVIIIe et la Révolution française. Les nier c'est préparer la disparition des libertés.".

Dans cette perspective empreinte de libéralisme, il apparaissait inconcevable, que les droits que le législateur avait organisé, puissent être limités autrement que par une intervention de celui-ci, et la réponse à la question concernant une éventuelle responsabilité en cas de faute dans l'exercice d'un droit était évidemment négative.

15ème éd. Mise à jour, PUF, 1992, n°167, p. 292. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les Obligations.* 10ème éd., Précis Dalloz, 2009, n°740 et suiv. , p. 748 et s.. P. JESTAZ, Encycl. Dalloz de droit civil, v. *Droit*, 1972, n°54. Jérôme BONNARD, *Introduction au Droit*, 3ème éd. Ellipses, éd. Marketing SA, 2004, p. 188. Bruno PETIT, *Introduction générale au Droit*, 6ème éd. Presses Universitaires de Grenoble, 2006, n°147, p. 121. MARTY et RAYNAUD, *Droit civil. Les Obligations.* 2ème éd., T. 1, *Les sources*, Sirey, 1988, n°547, p. 640 et n°579, p. 661. COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. II, 10ème éd., par JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 1948, n°1108 et s. CARBONNIER, *Droit civil*, T. IV, 15ème éd., novembre 1991, n°95 et 97. Alex WEILL et François TERRE, *Droit civil. Les Obligations.* 2ème éd., Précis Dalloz, 1975, n°641 et s. BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, T. IX bis, par R. RODIERE, Paris, 1952, n°1437, p. 71 et s. Mélina DOUCHY-OUDOT, Droit civil 1ère année. Introduction, personnes, famille, 5ème éd., Dalloz, Hypercours, 2009, n°274, p. 180. *Contra* Pascal ANCEL, *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle*, JCP 1998, éd. E, n°6, p. 32, qui qualifie cette conception de «logomachique» "puisque la problématique de l'abus consiste précisément à rechercher dans quels cas l'exercice d'un droit peut être considéré comme fautif.".

[1358] GHESTIN et GOUBEAUX, n°779, p. 764.

[1359] Le *Traité pratique de droit civil français* de PLANIOL et RIPERT traduit bien cette philosophie : "L'affirmation de droits subjectifs est, sur le plan idéologique, le moyen de défense de l'individu contre la tendance du Pouvoir à abuser de sa puissance. C'est sur cette base qu'ont été fondées les libertés publiques par la philosophie du XVIIIe et la Révolution française. Les nier c'est préparer la disparition des libertés.". (2ème éd., T. VI, Obligations, par P. ESMEIN, LGDJ, 1952, n°375, p. 802).

[1360] 2ème éd., T. VI, Obligations, par P. ESMEIN, LGDJ, 1952, n°375, p. 802.

343. Soutenue par plusieurs auteurs[1361], la théorie a trouvé chez RIPERT un de ses plus farouches et plus célèbres partisans[1362]: “Le droit est un pouvoir égoïste; celui qui exerce le pouvoir a droit au respect de ses actes. Le droit est une supériorité acquise ... La reconnaissance officielle du droit individuel est l’attribution à un homme d’un pouvoir sur les autres hommes, la consécration de l’inégalité, la concession de l’irresponsabilité”. L’irresponsabilité, voilà le maître mot de cet absolutisme des droits subjectifs.

Pour RIPERT, les choses sont claires[1363] : “le droit subjectif est bien un pouvoir de l’homme. Ce pouvoir existe. Il courbe le débiteur devant le créancier ... Il courbe les non-propriétaires devant le propriétaire ... Il dérive de la grande loi naturelle de l’inégalité.”.

Néanmoins, RIPERT s’est trouvé forcé d’admettre que le pouvoir conféré par le droit subjectif à son titulaire devait recevoir une certaine limite. Cette limite est apparue lorsque le droit était exercé dans l’intention de nuire : “La puissance ne doit pas être malfaisante. L’idée du droit subjectif n’est pas nécessairement antisociale et individualiste. Elle ne l’est que si on ne veut reconnaître aucun frein à ce besoin de domination ou à ce désir de force.”[1364].

La règle « *malitiis non est indulgendum*»[1365] devient alors la seule limite à l’absolutisme des droits. Cette restriction est fondée, pour RIPERT, sur l’existence de règles morales : les droits qui sont exercés dans l’intention de nuire ne sont plus conformes à la morale ; le mécanisme de l’abus de droit vient alors rétablir cette conformité de l’exercice du droit à la règle morale[1366] : “l’usage d’un droit légal se change en abus de ce droit légal quand il en est fait un usage contraire à la moralité ... D’un mot, la théorie de l’abus représente *le correctif de moralité que postule la légalité.*”[1367].

[1361] Cf. Jacqueline LEMEE, qui consacre une thèse à l’abus de droit : *Essai sur l’abus de droit*, thèse, Paris II, 1977, p.47 et p. 140 et s. (Madame LEMEE démontre par ailleurs l’exagération qui a été mise par certains auteurs dans la présentation de cet absolutisme des droits.); Christophe JAMIN, *Typologie des théories juridiques de l’abus*. Rev. de la concurrence et de la consommation, cahier spécial, supplément juillet/août 1996, p. 7 et s., spéc. p. 7. AUBRY et RAU, *Droit civil français*, T. 6, 6ème éd., par Paul ESMEIN, Librairies Techniques Juris-Classeurs, 1951, §444 bis, p. 458/459.

[1362] *Abus ou relativité des droits*, Rev. crit. lég. et jur. 1929, p. 33 et s, spéc. N°27, p. 57/58. Sa position sur l’abus de droit a d’ailleurs évolué dans le temps : peu hostile au départ à la théorie, il va s’y opposer lorsque JOSSERAND va s’en emparer pour en faire le fer de lance de la théorie de la relativité des droits.

[1363] *Abus ou relativité des droits*, p. 62. Du même auteur, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2ème édition, LGDJ, 1948, p. 220 et s.

[1364] *Ibid.*, p. 61. *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., LGDJ, 1949, n°92, p. 162/163.

[1365] « Pas d’indulgence pour la mauvaise foi ». Cf. Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999, p. 419.

[1366] “Or la règle morale est là qui nous défend de nuire volontairement à autrui”. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles, précité*, p. 157 et s. R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2ème éd., Paris, 1951, n°38, p. 53 ; et du même auteur, *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Paris, 1916, p. 22/23 : “L’abus de droit nous semble donc constituer un cas de conflit entre le droit et la morale, ou, avec plus de précision, entre un devoir positif appartenant à une personne et un devoir moral lui incombant.”. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 204 et 293 et s. P. ROUBIER, explique que les “droits … ont été créés pour l’avantage de leur titulaire, et non pas en vue exclusivement de nuire à autrui.” (*Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, n°15, p. 111).

[1367] Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 295.

L'intention de nuire devient alors pour RIPERT et ses partisans[1368] le critère exclusif de l'abus de droit : seule l'intention de nuire peut permettre de caractériser l'abus de droit. En effet, l'exercice d'un droit n'est abusif que lorsque le titulaire de ce droit s'en sert dans l'unique dessein de nuire à autrui. Le titulaire du droit est poussé à agir par des motivations qui n'ont rien de conforme avec ce qu'on est en droit d'attendre de lui : il agit simplement dans le but de nuire à son prochain[1369].

Madame LEMEE[1370] rappelle que "l'intention malveillante est le premier critère proposé par les partisans de l'abus, avant même que la notion soit parfaitement dégagée, et un certain nombre d'auteurs qui n'acceptent la théorie qu'avec réserve y demeurent attachés.".

344. Cependant, face à une conception du droit subjectif, tout entier tourné vers la satisfaction des intérêts de leur titulaire, s'est dressé une autre perception de la question, considérant les droits subjectifs non plus comme absolus mais comme limités.

En effet, il est apparu qu'aux "alentours du nouveau siècle, la France n'est plus libérale; elle est devenue solidariste. Il s'agit pour nombre de philosophes, sociologues, économistes, juristes ou hommes politiques ... de trouver une voie médiane entre le socialisme et le libéralisme. Contre l'individualisme, les rapports sociaux reprennent la première place." [1371].

[1368] SALEILLES proposera même ce critère dans un *Rapport présenté à la première sous-commission de révision du Code civil, De l'abus de droit,* Bull. soc. Etudes lég. 1905, p. 339, 345, 348; DABIN, *Le droit subjectif*, précité. AUBRY et RAU, *Droit civil français*, T. 6, 6ème éd., par Paul ESMEIN, Librairies Techniques Juris-Classeurs, 1951, §444 bis. BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil de BAUDRY-LACANTINERIE,* T. III, Sirey, 1926, n°224, p. 441/442. Emmanuel GAILLARD indique que "le titulaire d'un droit subjectif est libre d'en user à sa guise et aussi bien d'en faire un usage égoïste que d'en faire profiter autrui. Le type de prérogative n'emporte donc pas, par nature, la justification du contrôle de son usage. En l'absence de finalité déterminée, la notion de détournement de pouvoir est ici sans application. Le fondement du contrôle de l'abus de droit ne peut alors être trouvé que dans un tempérament justifié par des raisons d'ordre moral et destiné à apporter un correctif à l'absolutisme des droits subjectifs." (*Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°33, p. 30).

[1369] GHESTIN et GOUBEAUX résument ainsi cette problématique : "L'acte dommageable, en tant que tel, est licite puisqu'accompli dans l'exercice d'un droit, mais se trouve vicié par l'intention de l'agent". Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n°782, p. 767.

[1370] *Thèse précitée*, n°36, p. 28.

[1371] Christophe JAMIN, *Typologie des théories juridiques de l'abus*. Rev. de la concurrence et de la consommation, cahier spécial, supplément juillet/août 1996, p. 7 et s., spéc. p. 7. Cf. Marc DESSERTEAUX, *Abus de droit ou conflit de droits*. RTD civ 1906, p. 119 et s., spéc. p. 198 : "Certains auteurs paraissent croire que la notion d'abus de droit est essentiellement un principe de progrès et de rénovation, de nature à révolutionner les anciennes conceptions juridiques ; qu'elle aurait pour conséquence de faire regarder d'une façon générale comme relatives et limitées les facultés qu'on avait toujours considérées comme absolues et illimitées ; qu'elle se rattacherait à une substitution générale des idées de solidarité sociale aux idées d'individualisme." Cf. également E. PORCHEROT, *De l'abus de droit*, Thèse, Dijon, 1901, p. 160. COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. II, 10ème éd., par JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 1948, n°323, p. 234 : "De plus, les progrès considérables faits par l'idée de solidarité ont amené les philosophes à modifier la vieille doctrine qui faisait de la liberté l'unique fondement du droit : pour expliquer les relations humaines, on part aujourd'hui «non plus du principe de l'indépendance individuelle, mais du fait de la

Sur le plan juridique, les conséquences de ces idées vont se traduire, dans l'admission par la doctrine et la jurisprudence, du principe que l'individu qui cause un dommage à autrui en usant d'un droit, en doit réparation. Les droits subjectifs ne sont donc plus absolus, mais ils sont limités.

2) La relativité des droits subjectifs et le détournement de la finalité des droits

345. Contrairement à une opinion largement répandue en doctrine, il ne revient pas à JOSSERAND[1372] le mérite d'avoir mis à mal la théorie de l'absolutisme des droits subjectifs. On trouve dans les thèses de doctorat du début du XXème siècle l'idée que "le titulaire d'un droit n'échappe pas à toute responsabilité, par cela seul qu'il reste dans les limites objectives de son droit ; le droit moderne permet à l'interprète de scruter l'intention de l'auteur d'un acte dommageable et de rechercher quel a été le but qu'il a entendu viser, désormais, je suis encore libre d'user de mon droit dans toute son étendue, mais je ne peux le faire qu'à la condition de poursuivre un but conforme à la destination sociale et économique de ce droit."[1373].

346. Louis JOSSERAND va reprendre ces analyses, et soutenir que les droits subjectifs sont finalisés, car ils ont été créés par le législateur dans un but précis, un but d'ordre social. Le titulaire – ou les titulaires – de ces droits subjectifs doi(t)-(vent) les utiliser en respectant cette finalité, ce but d'ordre social. "Ces prérogatives nous apparaissent ainsi, non point comme des droits souverains, mais bien comme des facultés à *intérêts limités* qui ne sauraient être réalisées correctement, impunément, que dans le cadre et conformément à l'esprit de l'institution."[1374].

dépendance sociale des hommes»". Paul TIRLEMONT, *Etude sur la nature juridique de la grève*, Thèse, Paris , 1904, §113, p. 107/108. R. JANNOT, *De la responsabilité civile pour abus de droit*, Paris, 1906, p. 28.

[1372] L'ouvrage de JOSSERAND paru en 1905 sous le titre "*De l'abus des droits*" contenait déjà les prémices de ce qui allait devenir la "théorie de la relativité des droits", mais c'est en 1927, avec la première édition de l'ouvrage "*De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*" (deuxième édition 1939), que JOSSERAND systématisera magistralement sa construction.

[1373] Ernest PORCHEROT, *De l'abus de droit*, thèse, Dijon, 1901, p. 157. Cf. *supra*, 1ère partie, émergence doctrinale du détournement d'institution, p. 33 et s. V. également J. CHARMONT, *L'abus du droit*, RTD civ. 1902, p. 113, spéc. p. 123 : "tout droit, au point de vue social est relatif et qu'il n'y a pas de droits absolus, pas même la propriété.". Lucien Henri Camille REYNAUD, *L'abus du droit*, Thèse, Paris, 1904, p. 4, cité *supra*, 1ère partie, émergence doctrinale du détournement d'institution, p. 37. L'auteur écrivait qu'un "droit … n'est rien par lui-même ; ce n'est qu'un organisme mort, dépourvu de nerfs et de sang, qui a besoin d'être vivifié. Pour en faire une réalité vivante, il faudra qu'il soit mis en œuvre en vue d'un but économique et social donné, celui-là même en vue duquel il a été créé par le législateur.".

[1374] JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité.*, cité *supra*, n°229, p. 311/312. M. MIAILLE, *Une introduction critique au Droit*, F. MASPERO, 1982, p. 166. La même idée est reprise par V. ALTABERT,

JOSSERAND part de l'idée que le creuset dans lequel se forment les droits est constitué par le milieu social ; tout naturellement, il en découle donc que les droits sont organisés en fonction de critères sociaux. Il s'ensuit que l'exercice de ces droits doit être conforme à ces critères : "Toute prérogative, tout pouvoir juridique sont sociaux dans leur origine, dans leur essence et jusque dans la mission qu'ils sont destinés à remplir, comment pourrait-il en être autrement, puisque le droit objectif, pris dans son ensemble, la «juricité» n'est autre chose que la règle obligatoire ? La partie ne saurait être d'une autre nature que le tout.".[1375]

La conséquence de ce qui précède est que les droits ne peuvent être utilisés ou exercés qu'en conformité avec le milieu social dont ils sont issus : "les droits qu'il [le législateur] réglemente ne se réalisent pas abstraitement et dans le vide ; ils fonctionnent dans le milieu social et pour lui ; ils jouent en fonction de ce milieu, socialement, non pas dans une direction quelconque ; mais en vue de fins déterminées et dans un «climat» donné."[1376].

En conclusion, "à chaque fois qu'il [l'homme] exerce un droit, fut-ce le plus individuel et le plus égoïste, c'est encore une prérogative sociale qu'il réalise, et c'est dans une direction sociale qu'il doit l'utiliser, conformément à l'esprit de l'institution, *civiliter*."[1377].

347. Dans une telle perspective, il est clair que "les droits, loin d'être absolus, sont limités ... Une première catégorie de limites résultent de la loi elle-même, ce sont les limites qu'il qualifie d'objectives. Qui les franchit commet un acte contraire au droit, et doit réparation. Mais il existe une seconde catégorie de limites, dites subjectives, toujours pour employer la terminologie de Josserand. Elles sont déterminées par le juge, en fonction du but poursuivi par le législateur.[1378] C'est le dépassement de cette seconde catégorie de limites qui constitue

Comparaison entre les théories jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoir en droit public, thèse Dijon, 1951, p. 72/73.

[1375] *De l'esprit des droits*, n°292, p. 394. V. les commentaires approbatifs de GHESTIN et GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, n°786, p. 769.

[1376] *Ibid.*, n°1, p. 3. Jacqueline LEMEE, dans une thèse consacrée à l'abus de droit, présente cette conception du droit subjectif : "Dans une conception qui n'est plus totalement libérale du rôle du législateur et de celui de l'Etat, on va admettre que les lois n'ont pas seulement pour but de rendre la vie en société possible en réprimant l'égoïsme de chacun, mais on leur donnera un rôle positif. La loi tendra alors à réaliser un but économique ou social d'intérêt général. Les droits donnés aux individus pour leur permettre de développer leur activité ne pourront plus être exercés de façon désordonnée, pour le plus grand profit de leur titulaire, mais seulement dans le sens voulu par le législateur. Ils devront tendre aussi vers le but économique ou social qu'il s'est fixé. ... L'acte est abusif lorsque le droit a été exercé dans une intention contraire à celle qui animait le législateur, contrairement donc à son but économique et social.". *Essai sur l'abus de droit*, thèse, Paris II, 1977, n°44, p. 34.

[1377] *De l'esprit des droits*, n°5, p. 7. L'argumentation de JOSSERAND repose sur l'idée que "les droits individuels ne sont pas des prérogatives absolues, issus d'un *dominium* lui-même postulé par l'indépendance, la liberté, la dignité de l'homme ; à côté de l'élément subjectif ... on a vu apparaître l'élément objectif, social." (*Ibid.*, n°237, p. 321). Elle tend à démontrer que "tout droit a une fonction dont son titulaire ne peut s'évader qu'en commettant un délit qui a un nom, l'abus de droit." (*Ibidem*, n°237, p. 322).

[1378] V. Victor ALTABERT, *Comparaison entre les théories jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoir en droit public*, Thèse Dijon, 1951, p. 13/14 : "Ce point de vue social considère l'individu comme devant respecter non plus seulement les règles du droit positif ... mais aussi « les principes du commerce juridique qui sont sous-jacents à la légalité » et qui régissent le mode d'exercice des prérogatives. Il

l'abus de droit. L'intéressé a agi dans l'exercice de son droit puisqu'il n'en a pas dépassé les limites objectives ; en le détournant de sa fonction il a cependant pu commettre un acte engageant sa responsabilité."[1379].

Pour JOSSERAND, l'abus de droit constitue un détournement du droit de sa fonction sociale, en ce sens que l'acte abusif est "l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité."[1380], car le sujet de droit utilise le droit sans poursuivre le but qui lui est assigné[1381].

348. Deux conceptions aussi différentes de la question du droit subjectif ne pouvaient rester sans incidence sur la distinction entre les notions de droit subjectif et de pouvoir, mais aussi sur la distinction entre abus de droit et détournement de pouvoir.

En fait, le choix du critère de l'abus de droit est, selon ces conceptions, fonction de la représentation que chaque auteur se fait du droit subjectif[1382] : le droit subjectif est-il perçu comme une prérogative égoïste donnant une entière liberté à son titulaire ; l'abus de droit ne sera sanctionné que si le droit subjectif est exercé dans l'intention de nuire[1383] ; le droit subjectif est-il une prérogative finalisée, conçue comme la partie infime d'un tout auquel il est inexorablement lié ; l'abus de droit sera caractérisé par le détournement du droit de sa finalité.

Face à ces deux thèses, proposant un critère de l'abus marqué « politiquement », un troisième courant est parti du postulat de départ de l'abus, c'est à dire que l'abus de droit est l'exercice fautif d'un droit, et le concept de faute a alors été proposé comme critère de l'abus.

3) La faute dans l'exercice des droits subjectifs

en résulte une conséquence importante : les pouvoirs du juge seront considérablement accrus, car il devra examiner si l'individu ou l'Administrateur non seulement se sont conformés au droit tel qu'il ressort des textes, mais aussi ont respecté les principes juridiques extra-légaux. Dans ce sens, il vérifiera si, en dehors de la lettre, l'esprit n'a pas été méconnu.".

[1379] LEMEE, n°107, p. 72/73. JOSSERAND, n°261, p. 359

[1380] N°282, p. 386 : "l'abus consiste invariablement ... dans le détournement d'un droit par rapport à sa destination, à sa mission sociale ... ce qu'il faut savoir et ce qu'il faut décider, c'est s'il a usé de son droit conformément à l'esprit de l'institution". V. également n°292, p.395.

[1381] Cf. *supra*. LEMEE, n°101, p. 69 : "les droits n'existent donc qu'en fonction d'un but, c'est la raison pour laquelle JOSSERAND les qualifie de relatifs. Si leur titulaire les exerce en les détournant de ce but ou de cette fonction sociale qui en trace la limite subjective, il commet un abus de droit. Si, ce faisant, il cause un dommage à autrui, il en devra réparation.".

[1382] Jacqueline LEMEE, *Essai sur l'abus de droit*, Thèse, Paris XII, 1977, n°596, p. 426.

[1383] Madame LEMEE résume fort bien cette position dans sa thèse : "La jurisprudence est imprégnée du libéralisme ambiant et non du socialisme dont Josserand s'efforce de découvrir les signes avant-coureurs. Elle part de la conception de Ihering, selon laquelle les droits sont des intérêts juridiquement protégés. Ils ne sont donc pas donnés à l'homme pour « le commun profit » selon l'expression des juristes du Moyen-âge, mais pour son plus grand profit personnel et égoïste. Dès lors ils sont exercés correctement lorsqu'ils le sont dans l'intérêt de leur titulaire … La seule limite étant tirée de l'interdiction que pose la morale courante de les utiliser dans le but de nuire volontairement à autrui.". Jacqueline LEMEE, *Essai sur l'abus de droit*, Thèse, Paris XII, 1977, n°120, p. 81.

349. L'idée de retenir la notion de faute pour caractériser l'abus de droit a toujours été «dans l'air», dès les origines de la théorie[1384].

Ainsi, pour François CHABAS[1385], "il y a abus dans l'exercice d'un droit chaque fois que son titulaire, en l'exerçant, commet soit une faute intentionnelle, soit une imprudence ou négligence. C'est ce qu'admet la jurisprudence.".

La principale difficulté ici a consisté à déterminer quelle était la faute constitutive de l'abus de droit[1386].

Or, il se trouve que la question de la définition de la faute est aussi une des questions-clef de la responsabilité civile[1387] …

Fort heureusement, en matière d'abus de droit, il semble qu'un certain consensus a régné en doctrine lorsqu'il a été question de la faute, cause de l'abus. La faute consiste ici en un "comportement anormal, que n'aurait pas un homme raisonnable et prudent."[1388].

350. Mais une fois déterminés les critères auxquels doit répondre la faute, il a fallu également se demander si la faute dans l'exercice d'un droit devait présenter des caractéristiques spéciales : s'agissait- il d'une faute simple ou devait-on exiger qu'elle présente un certain degré de gravité[1389], pouvait-il s'agir d'une simple négligence ou imprudence − en un mot − quelle était la nature de cette faute ?[1390]

La réponse à cette question a suscité un certain malaise en doctrine[1391]. La raison en est que le choix de la nature de la faute a des conséquences non négligeables sur l'intérêt de l'existence de la théorie de l'abus de droit dans le système juridique français. En effet, admettre que n'importe quelle faute suffisait à rendre l'exercice d'un droit fautif, donc abusif, aboutissait à la négation de la spécificité de l'abus de droit, car dans ce cas on ne voyait pas ce qui pouvait

---

[1384] Cf LEMEE, p. 43, n°492, p. 358.

[1385] H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, *Obligations*, T. II, vol. I, 9ème éd., Montchrétien, 1998, p. 474.

[1386] Alain SERIAUX, *Droit des Obligations*, 2ème éd. mise à jour, PUF, 1998, n°105, p. 370.

[1387] Cf. GHESTIN et GOUBEAUX, n°779, p. 764 et réf. citées. COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. II, 10ème éd. par JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 1948, n°325, p. 236. H., L. MAZEAUD et A.TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, précité.*

[1388] La référence au standard du «bon père de famille» est manifestement patente. C'est ainsi que dans les «Leçons de droit civil», Messieurs MAZEAUD indiquent que "toute personne qui ne se conduit pas comme l'aurait fait un individu avisé commet une faute et engage sa responsabilité.". Ils précisent que "ce qu'il faut rechercher, c'est la conduite d'un individu avisé placé dans les mêmes circonstances. Aurait-il exercé son droit de la même manière ? ... Simple application des règles générales qui gouvernent la faute." (*Obligations*, T. II, 1er vol., 9ème éd., par F. CHABAS, Montchrétien, n°455, p. 476, n°458, p. 479). Raymond MARTIN, *De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété*, RTD civ. 1975, n°10, p. 56 et s. GHESTIN et GOUBEAUX, n°779, p. 764. MARTY et RAYNAUD, *cités supra*, n°478, p. 542. Cf. cependant A. SERIAUX, *cité note 133.*

[1389] De l'aveu même de ses partisans, le critère de l'intention de nuire qui a été présenté ci-dessus se confondrait avec la faute intentionnelle : "tout se ramène, en définitive, à la recherche de la faute d'*intention*". (RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil, d'après le Traité de PLANIOL*, T. II, 1957, n°970, p. 366).

[1390] V. G. COURTIEU, *Abus de droit. Notion.* Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386, fasc. 131-10, 2005, n°9, p. 4.

[1391] Cf. LEMEE, n°502, p. 360. BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, T. IX bis, par R. RODIERE, Paris, 1952, n°1437, p. 72.

permettre de distinguer l'abus de droit, de ce qui n'est que l'application des règles de la responsabilité civile[1392]. Il devenait alors inutile de parler d'abus de droit puisque celui-ci se fondait dans les règles de la responsabilité[1393].

En réalité, beaucoup en doctrine ont observé que ni le critère de l'intention de nuire, ni celui de la faute n'avaient permis, à eux seuls, de rendre compte de la jurisprudence[1394]. Une constatation s'est en effet imposée, c'est que la jurisprudence n'utilisait pas une formule-type pour caractériser l'abus, mais au contraire adopte une attitude toute en nuances, qui varie en fonction de la prérogative donnant prise à l'abus[1395].

Particulièrement topique à cet égard, est la formule du juriste Belge DE PAGE. Celui-ci précisait : "Qu'on se réfère, pour déterminer l'abus, à l'intention méchante, au mobile injustifié, à la faute dans l'exécution ou à la destination économique ou sociale des droits, le principe demeure identique dans ses résultats : le seul contenu technique du droit – et le meilleur, son énoncé, sa lettre – ne suffit pas pour déterminer la licéité des attitudes humaines. La conformité *extérieure* aux lois n'épuise pas l'œuvre de justice." [1396].

En fait, le mécanisme de l'abus de droit permet de sanctionner l'exercice incorrect d'un droit subjectif. L'incorrection se manifeste dans les mobiles ou les motifs qui poussent le titulaire du droit à agir.

[1392] LEMEE, n°27, p. 23 ; n°503, p. 360/361. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°26, p. 26.

[1393] Admettre ceci, c'est également accréditer l'idée qu'il n'y a pas de raison de distinguer le droit, de la liberté, car dans les deux cas, leur mauvais usage conduit aux mêmes conséquences : l'application des articles 1382 ou 1383 du Code civil. Sur cette question, v. LEMEE, n°8, p. 7 et 291, p. 195, n°510, p. 365. C. JAMIN, *article précité*, p. 10.

[1394] AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, T. VI-2, 8ème éd. 1989, §444 bis, n°45, p. 81.

[1395] A. ROUAST, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RTD civ. 1944, p. 1 et s. ; spéc. n°12, p. 8. Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité.* 2ème éd., LGDJ, 1998, n°475, p. 366. G. COURTIEU, *Abus de droit. Notion.* Jurisclasseur civil précité, n°1, p. 2, qui considère que "la jurisprudence retient une conception très pragmatique de cette notion, conception presque rebelle à tout travail de synthèse". G. DURRY, *La conception jurisprudentielle de l'abus de droit*, RTD civ. 1972, p. 395 et s., spéc. p. 396, qui observe que "moins que jamais, il ne paraît possible d'établir une théorie unitaire de l'abus du droit.". J. LEMEE, n°525, p. 376. Cf. également L. CADIET, Rép. Dalloz de Droit civil, *Abus de droit.* 2008, n°24, p. 8. A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 2ème éd. Mise à jour, PUF, 1998, n°105 et s., p. 369 et s. L'idée est ainsi exprimée par DEJEAN DE LA BATIE, lorsqu'il précise : "les droits sont trop divers dans leurs finalités, et les inconvénients que leur exercice peut entraîner pour autrui sont trop inégaux, pour que l'on puisse dégager une solution uniforme.". L'auteur conclut qu'"aussi les tribunaux reconnaissent-ils à l'exercice des droits un effet justificatif extrêmement variable selon les hypothèses.". (In AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, T. VI-2, 8ème éd. 1989, §444 bis, n°45, p. 81. V. BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, T. IX bis, par R. RODIERE, Paris, 1952, n°1438, p. 75 et s. J.FLOUR et J.L. AUBERT, *Les obligations. Le fait juridique, cité supra*, n°121, p. 138 : "Mais les droits sont trop divers pour que l'on puisse dégager une solution uniforme." V. encore n°122, p. 117 : "Une dernière observation liminaire doit être présentée : c'est la difficulté, sinon l'impossibilité, d'une systématisation de la jurisprudence, tenant à ce que, selon les domaines, celle-ci ne fait pas état du même critère". G. DURRY estime que "les tribunaux refusent en cette matière de se laisser enfermer dans aucun système" ce qui "en définitive, leur permet de faire triompher l'équité." (RTD civ. 1972, n°1, p. 395 et p. 398). V. aussi MARTY et RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations. Précité*, n°478, *in fine*, p. 542).

[1396] Cité par Chaïm PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique.* 2ème éd., Dalloz, 1979, p. 80.

Pour les auteurs qui ont essayé de systématiser la jurisprudence[1397], le constat est, qu'en réalité, la jurisprudence détermine pour chaque droit subjectif mis en cause quel sera le critère le plus approprié de l'abus[1398]. Pour le droit de propriété, ce sera l'intention de nuire, pour l'abus du droit d'agir en justice, la simple légèreté blâmable suffit[1399] ...
L'intensité du critère retenu dépend de la protection qu'il est nécessaire d'apporter au droit en cause : plus la finalité du droit est marquée, plus la protection à apporter est importante, et plus l'abus sera facilement réprimé.

351. Finalement, le rapprochement avec l'analyse de JOSSERAND[1400] qui parlait de "toute la gamme des critères jurisprudentiels" est frappant, le critère du détournement du droit de sa fonction paraît bien être le seul, apte à permettre de rendre compte de cette «variété» des critères. D'ailleurs, tout le monde s'accorde pour admettre que la jurisprudence ne s'est jamais laissée enfermer par l'une des thèses soutenues par la doctrine et "les juridictions caractérisent différemment l'abus selon les droits exercés, et cette diversité de critères peut donner l'impression d'une absence d'unité ... Qu'il n'y ait pas d'unité dans les *solutions adoptées* est incontestable : l'abus est parfois fondé sur l'intention de nuire ... dans d'autres cas le juge se réfère bien au détournement de fonction ... ou encore à l'anormalité du comportement ... Mais cela ne signifie nullement qu'il n'y a pas unité *des principes de solution.*"[1401].
Certains auteurs[1402] ne manquent pas de noter : "Avant Capitant, la diversité des solutions jurisprudentielles avait déjà été relevée par Josserand qui décrivait, par le menu, « la gamme des critères jurisprudentiels ». Mais précisément, c'est de cette analyse qu'il avait tiré sa conception finaliste de l'abus des droits. Cette conception nous paraît toujours pertinente quant aux principes explicatifs même si, en effet (mais c'est indifférent) les décisions de justice condamnent rarement ceux qui exercent un droit de manière abusive au motif explicite qu'ils ont détourné leur droit de sa finalité.".

[1397] Cf. notamment Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits précité*, n°266 et s.
[1398] Cf. déjà, R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, T. IV, Paris, 1924, n°681, p. 368/369.
[1399] Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 27ème éd. Refondue, 2003, n°71, p. 113/114. Monsieur GUINCHARD conteste la qualité de droit subjectif à l'action en justice, en estimant qu'il ne s'agit que d'un pouvoir légal, d'une faculté. (*opus cité*, n°69, p. 111/112).
[1400] *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 2ème éd. Dalloz, 1939, n°266 et s. L. CADIET, *opus cité*, n°24, p. 8. Monsieur MALAURIE considère que ce qui caractérise l'abus en droit du travail, c'est le "«détournement de fonction d'un droit», notamment du droit de grève." (Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil. Introduction générale*, par P. MALAURIE et Patrick MORVAN, Defrénois, 2004, n°45, p. 38 et note 179, p. 39.).
[1401] Loïc CADIET et Philippe LE TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Civ. Dalloz, 2008, n°27, p. 9.
[1402] Loïc CADIET et Philippe LE TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Civ. Dalloz, 2008, n°27, p. 9.

L'abus de droit consiste donc bien dans le détournement de finalité d'un droit subjectif.

B- L'abus de droit est le détournement de finalité d'un droit subjectif

352. L'abus de droit est donc caractérisé par le détournement de la finalité du droit subjectif, le but poursuivi par l'utilisateur du droit n'étant pas celui prévu par le droit lui-même. La discordance entre le but poursuivi par l'agent et celui poursuivi par la prérogative pourrait alors résulter de l'intention de nuire, de fautes intentionnelles, de fautes simples, d'erreurs grossières, voire de légèreté blâmable ...

Ainsi, l'abus de droit est une faute particulière, consistant dans le détournement de finalité d'un droit ; cette faute étant sanctionnée par la mise en jeu de la responsabilité civile de l'auteur de l'abus.

L'avantage du critère est de permettre de regrouper, sous une même bannière, les différents concepts utilisés par la jurisprudence, sachant que chaque prérogative, chaque droit subjectif continue d'être analysé à la lumière des critères qui lui sont propres.

353. A l'heure actuelle, le critère a de nombreux partisans : "les droits subjectifs, secrétés par le groupe social et probablement indispensables à celui-ci, ne peuvent être envisagés isolément. Replacés dans le contexte global, ils s'y trouvent, dans leur lettre et dans leur esprit, limités par diverses considérations, en particulier par la règle suivant laquelle on est responsable des ses délits et de ses quasi-délits"[1403].

D'autres rappellent qu'avec le "contrôle du caractère sérieux et légitime du comportement du titulaire du droit, la jurisprudence parviendra ainsi à construire une véritable déontologie de l'exercice d'un droit ou d'une liberté. Celui qui use de prérogatives reconnues par la loi doit savoir en respecter la finalité profonde, la raison d'être ; il ne peut agir que dans la mesure dictée par cette finalité."[1404].

[1403] Sans prétendre à l'exhaustivité, cf. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les Obligations*, 10ème éd., Précis Dalloz, 2009, n°740, p. 748. Guy COURTIEU, *Abus de droit. Notion*, Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386, fasc. 131-10, 2005, n°34 et s. p. 12 et s. B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations. T. I. Responsabilité délictuelle*, 5ème éd., Litec, 1996, n°373, p. 181 : "Le Droit, donc le juge, doit-il réellement se désintéresser de la finalité des droits ? On a écrit que ce que l'on juge, ce n'est pas la finalité des droits, mais une conduite individuelle. Mais, c'est oublier que la conduite individuelle ne peut être jugée que par rapport à un élément de référence : c'est à dire par rapport à la conduite du *bonus pater familias*. Or, ce dernier ne saurait exercer ses droits autrement qu'en conformité avec leur finalité.". A. BENABENT, *Droit civil. Les Obligations*, 11ème éd., Monchrétien, 2007, n°553, p. 394. Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°28 et s. Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994.

[1404] A. SERIAUX, *Droit des Obligations*, 2ème éd. Mise à jour, PUF, 1998, n°105, p. 372. J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3ème éd., LGDJ, 1993, n°236, p. 211 : "Il convient, en effet «d'empêcher que

Il s'ensuit que le détournement de finalité du droit subjectif se concilie sans difficulté avec la notion de faute.

En effet, "l'analyse de Josserand apporte une contribution capitale à la théorie de l'abus des droits, en permettant de mettre en évidence le caractère original, spécifique, de la faute constitutive d'abus. Ce n'est pas une faute comme les autres, tantôt intentionnelle, tantôt non intentionnelle. L'abus est bel et bien l'exercice d'un droit dans un but autre que celui qui fonde sa légitimité. Cette déviation est facile à observer lorsqu'il s'agit de droits à finalité altruiste ou ayant pour but l'intérêt général ; elle est plus difficile à déceler lorsqu'il s'agit de droits à finalité égoïste, qui représentent tout de même la majorité. Mais l'analyse proposée par Josserand explique que cette déviation – donc l'abus – se manifeste, non seulement si le droit est exercé dans l'intention de nuire, mais encore si son exercice ne répond pas à un intérêt légitime, c'est à dire conforme à sa finalité sociale."[1405].

354. En jurisprudence, il arrive régulièrement, que le détournement du droit de son but, apparaisse dans une décision[1406] : "la menace de l'emploi d'une voie de droit ne constitue une violence au sens des articles 1111 et suivants du Code civil que s'il y a abus de cette voie de droit, soit en la détournant de son but[1407], soit en en usant pour obtenir une promesse ou un avantage sans rapport ou hors de proportion avec l'engagement primitif.

De fait, l'abus de droit se caractérise donc bien par le détournement de la finalité d'un droit subjectif, détournement qui cause un préjudice à autrui, et qui sera en conséquence réparé

l'exercice du droit à l'intérieur de ses limites légales, permette d'obtenir un résultat contraire à sa finalité sociale»."

[1405] B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations. T. I. Responsabilité délictuelle*, 5ème éd., Litec, 1996, n°375, p. 181. Jean-Louis BERGEL partage une conception similaire des choses. En effet, il écrit à propos de la théorie de la relativité des droits : "Cette conception, en dépit des objections qu'elle a pu susciter, paraît bien rendre compte de la notion d'abus de droit. Elle reflète l'idée selon laquelle l'abus de droit, est une faute dans l'exercice d'un droit et englobe celle qui y voit une intention de nuire. L'idée de fonction sociale des droits est, au moins en filigrane, incluse dans des textes et dans l'abondante jurisprudence qui sanctionne l'abus de droit.". (Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°240, p. 275).

[1406] Civ. 3ème, 17 janvier 1984, Bull. civ., III, n°13. Pour une application récente, cf. Com. 23 juin 2009, n° pourvoi 07-19542, www.legifrance.gouv.fr. : "Attendu que pour écarter le moyen pris du caractère frauduleux du dépôt de la marque "29", l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que le but frauduleux poursuivi par la société Bil Toki lors de ce dépôt est une pétition de principe qui ne s'accompagne d'aucun élément de preuve, que devant la réussite de la méthode qui a consisté à utiliser un nombre a priori banal pour l'associer à une identité culturelle, il ne peut être reproché à la société Bil Toki d'avoir cherché par avance à utiliser le protectionnisme économique permis par le code de la propriété intellectuelle pour se réserver l'accès privilégié aux marchés potentiels que sont les départements à forte identité culturelle, et que le dépôt de la marque "29", loin de présenter le caractère frauduleux qui lui est prêté, relève en fait d'une bonne gestion d'une entreprise qui préserve ses meilleures chances de croissance en assurant les conditions juridiques d'une réitération du succès initial sur d'autres segments de marché ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que le droit de marque n'était pas constitué et utilisé pour distinguer des produits et services en identifiant leur origine, mais se trouvait détourné de sa fonction dans le but de se réserver, par l'appropriation d'un signe identifiant un département, un accès privilégié et monopolistique à un marché local au détriment des autres opérateurs, la cour d'appel a violé le texte susvisé".

[1407] *C'est nous qui soulignons.*

selon les mécanismes de la responsabilité civile. Le détournement de finalité du droit peut être constitué par l'intention de nuire, la faute, l'absence d'intérêt légitime, la légèreté blâmable ...

355. Ainsi précisé, l'abus de droit est identique au détournement d'institution, dans sa définition[1408].

Il faut, en outre, rappeler que le détournement d'institution est un rameau qui s'est détaché de la branche de l'abus de droit (le détournement d'institution est né au cœur de la doctrine sur l'abus de droit). Ceci explique que la problématique soit identique entre les deux notions[1409].

Mais le détournement de pouvoir et l'abus de droit ne sont pas les seuls mécanismes pouvant être détournés de leur finalité. La question peut être légitimement posée pour la fraude à la loi, car les notions de détournement de finalité et de fraude ont été à plusieurs reprises utilisées conjointement par la jurisprudence, notamment à propos des désignations « frauduleuses des représentants du personnel, ou encore des mariages « simulés »[1410].

§3- L'utilisation détournée d'une loi : la fraude à la loi

356. Si des atermoiements quant à la définition de l'abus de droit ont pu être constatés, il n'en est pas de même en ce qui concerne la fraude à la loi[1411], pour laquelle l'ensemble de la doctrine s'accorde autour de la définition, qu'en a proposé José VIDAL[1412] : "on peut dire qu'il y a fraude chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une

---

[1408] A une réserve importante près : dans l'abus de droit, le mécanisme détourné est un droit subjectif ; dans le détournement d'institution, c'est une institution juridique. Cf. *infra*, 2ème partie, institution et prérogatives, p. 379.

[1409] L'existence de liens privilégiés entre abus de droit et détournement d'institution a même conduit un auteur à conclure à l'assimilation de l'abus de droit par la notion de détournement d'institution. V. Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 251 : l'abus de droit constitue pour Madame FENOUILLET « un cas particulier de détournement d'institution … à savoir l'irrespect des fonctions sociales assignées par le système juridique à l'institution du droit subjectif ». Pourtant droit subjectif et institution juridique ne se confondent pas Cf. *infra*, p. 379 et s.

[1410] Cf. *supra*, 1ère Partie, émergence jurisprudentielle du détournement d'institution, p. 47 et 52.

[1411] tirée du principe général du droit "*fraus omnia corrumpit*" (*La fraude corrompt tout).* J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe* « *fraus omnia corrumpit* ». Dalloz, 1957, p. 186 et s.

[1412] Opus cité, p. 208. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX. *Traité de droit civil. Introduction générale, n*°748. G. CALBAIRAC. Considérations sur la règle "*fraus omnia corrumpit*''. D. 1961, p. 169 et s., qui propose une définition assez proche de la fraude : « tout acte juridique ou activité judiciaire ou techniquement correct, réalisé dans une intention de tromperie et qui tend à éluder une obligation conventionnelle ou légale ». Cf. également G. CORNU. *Vocabulaire juridique, précité*, p. 430 : "Agissement illicite par l'emploi de moyens réguliers ; opération consistant à utiliser des moyens licites pour violer la loi. Syn. en ce sens de frauder à la loi ... Fraude à la loi : acte régulier en soi (ou en tout cas non sanctionné d'inefficacité) accompli dans l'intention d'éluder une loi impérative ou prohibitive et qui, pour cette raison, est frappé d'inefficacité par la jurisprudence ou la loi''. Cf. aussi G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, déjà cité, p. 336 : "frauder la loi n'est pas en écarter l'application par un moyen légal, c'est en éluder l'observation dans les cas où on avait le devoir de la respecter''. V. pour une vision critique de la théorie de J. Vidal : Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les biens. Les obligations*. Vol. 2, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°990, p. 2046.

règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif.".

Le mot fraude a également un sens plus large : "mauvaise foi, tromperie"[1413].

357. L'institution juridique doit être rapprochée de la fraude à la loi, car il est apparu, dès les premières décisions ayant permis de « découvrir » le détournement d'institution, que les magistrats avaient eu recours à la notion de fraude à la loi[1414], soit concomitamment avec celle de détournement d'institution, soit pour prendre le relais du détournement d'institution, afin de sanctionner les comportements anti-juridiques[1415].

La fraude sanctionnerait, en fait, le détournement de la finalité d'une loi ou d'une règle juridique[1416], ce qui expliquerait en outre, qu'en doctrine, beaucoup d'auteurs rapprochent le détournement d'institution de la fraude[1417]. En fraudant la loi, le sujet utilise une règle de droit pour un motif non conforme à la finalité de celle-ci.

[1413] G. CORNU, *opus cité*, p. 371 et G. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *ouvrage précité*, n°744. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°168, p. 314.

[1414] Comme l'a indiqué José VIDAL, "on emploie couramment l'expression *fraude à la loi*, en prenant ce dernier mot dans sons sens le plus compréhensif, en lui faisant désigner la *règle de droit*, écrite ou non écrite.".

[1415] Cf. supra, 1ère partie, émergence jurisprudentielle, p. 56. Crim. 18 octobre 1977, Bull. crim. n°308, p. 781 : "ayant pour seul objet de protéger l'intéressé contre le licenciement, qu'elle tendait ainsi à détourner l'institution de sa finalité propre et constituait une fraude dans l'utilisation de la loi du 27 décembre 1968".

[1416] Sur ces notions, cf. *infra*, p. 24 et s. et 92 et s. RIPERT peut être, semble t-il, rattaché aux auteurs favorables à une conception objective de la fraude. En effet, il écrit, dans « la règle morale dans les obligations civiles » : "on pourrait enfin admettre la fraude à la loi quand une personne crée par un acte volontaire une situation juridique nouvelle non pour se voir appliquer la règle de cette situation, mais pour échapper à l'application d'une autre règle plus gênante. Cette personne détourne alors la règle juridique de son but pour la faire servir à des fins immorales". (4ème éd., LGDJ, 1949, n°175, p. 333.)

[1417] L'expression « fraude à la loi » est employée par Madame RUBELLIN-DEVICHI dans des observations, accompagnant un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 15 juin 1990 (RTD. Civ. 1990, p. 457). On la retrouve chez J. MASSIP, dans une note sous un arrêt de la Cour de cassation du 21 juillet 1987 : "il convient d'ailleurs d'observer qu'en l'espèce on se trouve en présence d'une situation qui pourrait constituer une « fraude à la loi » s'il était établi que, comme semble le montrer le rapprochement des dates, la mère et son second mari n'ont procédé à l'adoption que pour priver les grands-parents des droits que leur reconnaît l'article 371-4 du Code civil" (Rép. Not. Defrénois 1988, art. 34186, p. 321). Et, évoquant l'affaire concernant l'adoption faite dans le but de faire échec aux relations des grands parents avec leurs petites filles, l'auteur conclut : "on ne peut qu'être favorable à une telle solution, qui à le mérite de consacrer une interprétation large de la notion de dol ou de fraude − alors que l'on s'accorde à reconnaître que l'art. 353-1 est exagérément restrictif et mérite d'être assoupli." (note sous Civ. 1ère, 7 mars 1989, cité *supra*).

La référence à la fraude à la loi figure aussi sous la plume de M. DONTENWILLE, dans les conclusions développées devant l'Assemblée plénière, dans l'affaire jugée le 31 mai 1991. (JCP 1991, II, 21752) : "Peut-on reconvertir nos concepts au point de se servir de nos textes pour créer un enfant afin qu'il appartienne à une famille au lieu de donner une famille à un enfant ? Fraude ..." et plus loin " l'adoption plénière ne pourra, étant entachée de fraude, "cautionner", par effet rétroactif, une pratique qui fait d'un humain ... un simple "ventre incubateur". Mais également dans le rapport de M. Chartier, dans la même affaire : "il faut donc se demander si la procédure dont l'Assemblée plénière a à connaître ne constitue pas « une fraude aux dispositions légales impératives fixant les conditions de l'adoption »" (D. 1991, p. 422). Dominique THOUVENIN, commentant la décision du 31 mai 1991, précise que : "la Cour de cassation a rappelé solennellement que, si la volonté privée peut être efficiente, encore faut-il qu'elle soit conforme à l'institution à laquelle elle se rapporte. C'est donc en se référant à la fraude à la loi qu'elle affirme un point essentiel du droit, à savoir que ce n'est pas tant la volonté subjective des particuliers qui est la source du droit, que la loi elle-même" (mêmes références, p. 427).

Pour D. HUET-WEILER, "l'Assemblée plénière analyse l'opération comme un ensemble indivisible dont tous les éléments sont entachés de fraude : une fraude qui, selon les conclusions du ministère public apparaît à trois

Plusieurs auteurs ont soutenu, en effet, que “la fraude n’est généralement pas le mauvais exercice d’un droit déjà reconnu, mais le détournement d’une règle juridique pour acquérir un droit dont on est privé.” [1418].

358. Il est alors légitime de se demander si le détournement d’une règle juridique ou d’une loi, s’apparente ou non au détournement d’une institution.

Bernard AUDIT[1419], par exemple, expliquait très bien cette situation où “Le conflit entre la volonté individuelle et l’autorité de la loi, qui est au cœur du phénomène juridique, soulève les plus grandes difficultés lorsque la volonté ne heurte pas directement la loi mais qu’elle emprunte les voies d’une institution juridique, suscitant ainsi un conflit de normes. La solution de ce conflit en faveur de la règle évincée peut revêtir deux formes. La première se traduit par la constatation objective de l’applicabilité de cette règle et l’affirmation de son caractère impératif ou d’ordre public. L’autre consiste à relever la mauvaise foi du sujet dans la mise en œuvre de la règle qu’il invoque, eu égard à un consensus minimum nécessaire à la vie en société : elle se traduira notamment par le recours à la notion de fraude (note 1 : Celle-ci ne paraît pas devoir être fondamentalement distinguée d’une autre notion invoquée dans des circonstances analogues, celle d’abus de droit. La seule différence pourrait être que la fraude à la loi qualifie un exercice médiat des prérogatives reconnues au sujet, l’abus de droit un exercice immédiat.). Comme il est cependant difficile de convaincre de mauvaise foi une personne qui se recommande formellement du droit, force est de passer de la notion subjective de fraude à une notion objective : ceci consiste à montrer que l’exercice par le sujet de la liberté qu’il invoque se traduirait par la méconnaissance des objectifs poursuivis par la loi, donc que celle-ci serait *fraudée* (note 2 : Corrélativement, la règle invoquée serait détournée de sa finalité.”.

Pour Madame FENOUILLET, il est entendu qu’il existe des liens très privilégiés entre le détournement d’institution et la fraude à la loi : “dans les deux cas, coexistent un élément matériel et un élément intentionnel ; dans les deux cas, l’élément matériel consiste en un acte ou un comportement correspondant à une qualification juridique déterminée ; dans les deux

niveaux puisqu'elle consiste à « fabriquer » un enfant en vue de l'adoption, à asseoir la filiation sur un « mensonge programmé », enfin à rechercher la rupture des liens du sang comme but alors qu'elle ne devrait être qu'un effet de l'adoption plénière” (RTD civ. 1991, n°24, p 517. Cf. également E. de MONREDON, *L'adoption aujourd'hui*, JCP 1992, I, n°3607. M. P. CHAMPENOIS-MARMIER, Juris-classeur civil, art.343 et s., fasc. 2, n°52. B EDELMAN et LABRUSSE-RIOU, note au JCP 1991, II, 21653. C. ATIAS, *Le contrat de substitution de mère*. D. 1986, chron. p.67.).

[1418] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°242, p. 277.

[1419] Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°539, p. 435.

cas, l'élément subjectif est l'intention individuelle déterminée d'éviter l'application du droit normalement applicable et d'obtenir l'application d'autres normes juridiques"[1420].

359. Fraude et détournement d'institution ont été rapprochées par la doctrine, notamment à l'occasion de la décision de l'assemblée plénière de la Cour de cassation, du 31 mai 1991[1421], condamnant la pratique des "maternités de substitution".

Les auteurs ont naturellement cherché à rapprocher le « détournement d'institution » d'autres catégories juridiques mieux connues, telles que la fraude.

Dans une affaire, l'adoption a été utilisée dans le but de faire échec à une éventuelle reconnaissance de l'enfant par son père : il s'agit de l'affaire jugée le 21 janvier 1988 par la Cour d'appel de Bordeaux[1422]. Un grand père maternel, d'un enfant naturel, avait entamé une procédure d'adoption plénière de son petit fils, en accord avec son épouse et sa fille (mère de l'enfant). L'objectif était d'empêcher une éventuelle reconnaissance par le père de l'enfant.

Le TGI de Bergerac avait rejeté la demande d'adoption plénière, en se fondant sur la notion de l'intérêt de l'enfant. En appel, le grand-père demandait la réformation du jugement ou éventuellement l'utilisation par la Cour de l'article 1173 du Nouveau code de procédure civile, qui permet à la juridiction saisie de ne prononcer qu'une adoption simple.

La Cour d'appel a refusé de prononcer aussi bien une adoption plénière qu'une adoption simple et parmi les motifs de la décision (dont l'essentiel tournait autour de l'intérêt de l'enfant, on peut y lire ceci : "il convient d'observer que l'adoption plénière ne saurait avoir pour but d'ériger une fin de non recevoir à l'encontre d'une reconnaissance éventuelle du mineur par le père, et de le déchoir préventivement de ses droits". La fraude est ici visée comme but de l'opération.

Dans un autre genre, la notion de détournement d'institution a été invoquée par un plaideur, au soutien d'une action en révocation d'adoption[1423]. En effet, une dame âgée avait adopté en la forme simple un de ses voisins, dans le but de faire échec aux droits des fermiers à qui elle louait des terres agricoles.

Les fermiers avaient formé tierce opposition au jugement d'adoption, en invoquant la fraude de leur bailleresse. Celle-ci avait finalement reconnu qu'elle s'était cherché un héritier pour

---

[1420] Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s, spéc. p. 266. Sur le dernier point, il faudrait être plus mesuré, car le détournement d'institution peut avoir aussi pour objet de combler un vide juridique, sans chercher à éluder des règles normalement applicables … Cf. *supra*, 1ère partie, fondement de la sanction du détournement d'institution, p. 265 et s.

[1421] JCP 1991, II, 21752, obs. F. TERRE ; D. 1991, p. 417 et s., note THOUVENIN ; RTD civ. 1991, p. 517 ; Petites Affiches du 27/11/1991, p. 13 et s., note MASSIP et du 23/10/1991, p. 4 et s., note GOBERT.

[1422] D. 1988, p. 453, note J. Hauser.

[1423] Civ. 1ère, 19 novembre 1991. Petites Affiches, 29 juillet 1992, p. 37 et s.

faire échec aux droits des fermiers et avait alors assigné son fils adoptif en révocation de l'adoption, pour motifs graves[1424].

La Cour de cassation a rejeté cette argumentation en précisant : “après avoir constaté que Melle Petit avait pris elle-même l'initiative des démarches ayant conduit à l'adoption de Christophe Lagache et qu'elle avait déposé sa requête en pleine connaissance de cause, consciente de toutes les conséquences de son acte, la Cour d'appel a estimé à bon droit que l'adoptante ne pouvait se prévaloir d'une fraude dont elle était l'auteur pour solliciter la révocation de cette adoption”.

360. Ces quelques exemples montrent que la fraude à la loi s’inscrit bien dans une problématique identique à celle du détournement d’institution. Et cette problématique est bien commune aux notions de détournement d’institution, de détournement de pouvoir, d’abus de droit et de fraude à la loi.

Comme l’indique à juste titre Jacques GHESTIN : “La parenté est encore plus étroite entre la sanction de la fraude et celle de *l’abus de droit* ... si, comme nous le croyons, il y a abus lorsqu’un droit n’est pas exercé conformément à sa fonction sociale, la coïncidence s’accentue. L’idée fondamentale est la même : le droit ne peut tolérer que des institutions juridiques soient détournées de leur finalité. Tel est bien le cas de la fraude. La règle de droit mise en œuvre par le sujet n’a pas pour fonction d’éluder une autre règle obligatoire. La manipulation subie par la loi est abusive. La sanction de la fraude et celle de l’abus de droit procèdent du même esprit ; « il s’agit là de deux procédés de la technique juridique entre lesquels il serait vain de rechercher des différences profondes. Ce sont deux moyens de parvenir à une même fin ».”[1425].

Là encore, Louis JOSSERAND faisait figure de précurseur, lorsqu’il affirmait que “L’acte accompli dans le but de tourner une règle d’ordre public, une institution fondamentale, nous offre un nouvel exemple d’abus ... tous ceux qui tentent de frauder la loi, d’en tourner, par des

---

[1424] La Cour d'appel d'Amiens, dans un arrêt du 2 mai 1990, avait rejeté la demande en révocation d'adoption. A l'appui de son pourvoi, la vieille dame reprochait à la Cour d'appel d'avoir mal appliqué l'adage « *fraus omnia corrumpit* » en opposant la règle « *nemo auditur turpitudinem allegans* », pour lui refuser la révocation de l'adoption, alors que la Cour constatait en même temps que l'adoption avait été poursuivie par elle et son fils adoptif “pour des motifs étrangers à la finalité de l'institution”. D'autre part, elle soutenait que l'existence d'un détournement d'institution aurait justifié à lui seul la révocation de l'adoption pour motifs graves.

[1425] Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., LGDJ, 1994, n°833, p. 822/823. D’autres auteurs n’hésitent pas en tout cas, dans le même esprit, à rapprocher la fraude à la loi de l’abus de droit. Pour Philippe le TOURNEAU et Loïc CADIET, la fraude “correspond à l’abus de droit lorsqu’elle est commise à l’occasion de droits subjectifs. Puisque ceux-ci ne peuvent prospérer que dans les limites tracées par le Droit objectif, tout détournement du droit subjectif de sa finalité est nécessairement constitutif d’une fraude à la loi.” (Philippe le TOURNEAU et Loïc CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 2008, n°6870, p. 6871. Cf. également, des mêmes auteurs, *Abus de droit*, Rép. Civ. Dalloz, 2008, n°32, p. 9).

procédés variés, les dispositions impératives, tous ceux-là n'ont en aucune façon le dessein de nuire à qui que ce soit, ce sont leurs propres intérêts qu'ils veulent assurer, mais par des procédés inadmissibles qui leur font prendre figure de rebelles à la loi : en lutte ouverte ou sournoise avec nos institutions, ils seraient malvenus à prétendre qu'ils restent dans l'esprit desdites institutions, ils ne s'en servent pas, ils en abusent, et une sanction interviendra sous une forme ou sous une autre."[1426].

361. En poussant le raisonnement un peu plus loin, il faut affirmer que la fraude n'est en fait qu'une variété particulière de détournement d'institution, car le but poursuivi par le sujet, en éludant des dispositions légales obligatoires, n'est pas conforme au but de l'institution, qui n'a pas été créée pour permettre des fraudes[1427].

José VIDAL[1428] faisait un constat similaire en comparant abus de droit – détournement de finalité du droit – et fraude : "Dans la conception la plus large ... on abuse d'un droit chaque fois que l'on use de ce droit contrairement à sa *finalité* ... L'admission d'une telle conception conduit nécessairement à englober la fraude dans l'abus des droits. La fraude est l'un des chefs d'abus possibles, et le droit exercé non en vue de la fin précise pour laquelle il a été donné à son titulaire, mais en vue d'éluder une règle obligatoire, doit être frappé d'inefficacité ... Ce n'est pas exactement la fraude qui est sanctionnée ... mais le moyen, l'abus, le détournement du droit de sa fonction sociale.". Il précisait encore : "Le plus souvent, le sujet passif désireux de se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire y parvient en usant dans ce dessein d'un *droit*. Mais ce faisant, n'abuse t'il pas de ce droit ? ". Monsieur VIDAL répondait à cette question par l'affirmative, en indiquant que "celui qui use d'un droit en vue d'éluder une règle obligatoire, en vue de réaliser une fraude, abuse de ce droit.".

La fraude à la loi consiste bien dans le détournement de la finalité d'une règle de droit, ou d'une loi, qui n'est donc pas utilisée conformément à son esprit, mais dans le but d'éluder une autre loi ou une autre règle obligatoire.

362. De ces différentes observations, il apparaît qu'un mouvement semble se dessiner de manière convergente, qui va dans le sens d'un agencement cohérent des différentes notions d'abus de droit, de détournement de pouvoir, de fraude à la loi et de détournement

---

[1426] Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 2ème éd., Dalloz, 1939, n° 274, p. 372/373.

[1427] JOSSERAND (toujours) considérait que le fraudeur cherche à "fausser l'esprit d'une institution, d'une règle de droit, pour placer sous sa sauvegarde des actes qui y répugnent invinciblement.". Cf. *supra*, 1ère partie, notion de détournement, p. 139 et s.
Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Dalloz, 1928, p. 218.

[1428] José VIDAL. *Essai d'une théorie générale de la fraude à la loi en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 354. V. également, p. 357 :

d'institution[1429]. Toutes ces notions sont liées entre elles par un objectif commun qui est de sanctionner les violations de l'esprit des mécanismes en cause.

A l'évidence, une telle communauté d'intérêts entre ces différentes notions ne peut rester sans conséquences sur leur régime juridique.

Pour autant, il ne faudrait pas hâtivement conclure que le détournement d'institution n'est qu'une illustration des théories de l'abus de droit, du détournement de pouvoir ou de la fraude[1430] …

[1429] Pour Madame FENOUILLET, "L'abus de droit constitue ainsi une espèce particulière du genre général qu'est le détournement d'institution. Il en est de même du détournement de pouvoir, qui consiste à exercer un pouvoir dans un intérêt autre que celui pour lequel il a été conféré, et constitue donc, lui aussi, un cas particulier de détournement d'institution." (Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 259. Cf. *supra*, développements consacrés à l'abus de droit, p. 312 et s.). Madame FENOUILLET n'est-elle pas tombée dans le « piège », dans lequel d'autres auteurs sont tombés avant elle (Louis JOSSERAND et Roger VIDAL, par exemple), consistant à vouloir accorder à la notion étudiée (en l'espèce, le détournement d'institution), davantage d'importance qu'il n'en mérite, en lui conférant le statut de « concept fédérateur », englobant pêle-mêle toutes ces différentes notions ? Cf. *infra*, p. 341 et s.

[1430] Cf. infra, 2ème partie, p. 360 et s.

Chapitre II : Les liens entre problématique commune et régime juridique

363. Puisque ces différentes notions se caractérisent par le détournement de la finalité d'un mécanisme juridique, des répercussions sont inévitables sur leur régime juridique, aussi bien sur les conditions et les effets de mise en jeu de ces différents instruments, que sur les questions de preuve, de sanction ainsi que sur leur fondement.

SECTION I : CONSEQUENCES SUR LES CONDITIONS ET LES EFFETS DE CES NOTIONS

SECTION II : CONSEQUENCES SUR LE FONDEMENT DE LA SANCTION ET LA PREUVE

SECTION I : CONSEQUENCES SUR LES CONDITIONS ET LES EFFETS DE CES NOTIONS

364. Un mécanisme juridique (une institution, un droit, un pouvoir, une loi ou une règle de droit) est utilisé par des sujets de droit, alors que les conditions d'application du mécanisme en cause sont réunies (la présupposition de la ou des règles en cause) (§1), mais ce dispositif n'est pas utilisé en conformité avec la finalité qui est la sienne : il y a détournement de sa finalité (§2).

La proximité qui unit les différentes notions de détournement d'institution, d'abus de droit, de détournement de pouvoir et de fraude entre elles, qui est réelle, ne va pas sans poser un délicat problème de qualification pour déterminer, au cas par cas, quel concept devra être retenu (§3).

§1- Respect de la présupposition des règles utilisées

365. Que ce soit le détournement d'institution, le détournement de pouvoir, l'abus de droit ou la fraude à la loi, tous ont en commun le fait qu'au départ, le comportement du sujet est a priori licite, les conditions légales étant remplies.

Le respect des conditions matérielles de l'institution (limites externes), du pouvoir, du droit subjectif ou de la loi est un autre lien qui unit entre elles toutes ces notions.

Jean-Louis BERGEL[1431] explicite de façon très claire le processus qui est en cause en l'espèce : "Il est des cas dans lesquels des personnes se conforment au droit, en donnant à leurs actions toutes les apparences de la régularité juridique, mais où, en réalité, elles utilisent leurs droits, certaines règles ou certaines institutions dans un but contraire à celui poursuivi par le droit positif.".

Le constat a pu en être fait précédemment à propos du détournement d'institution[1432], et l'observation est identique pour les autres « mécanismes juridiques ».

[1431] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°239, p. 274. Louis JOSSERAND en faisait déjà la remarque à propos des actes juridiques du droit privé : "nous supposons ici que l'acte, envisagé en soi, dans ses éléments constitutifs, est irréprochable, qu'il ne déroge nullement, par lui-même, aux lois d'ordre public : c'est un prêt ou c'est une naturalisation qui sont intervenus en conformité de toutes les prescriptions de la loi, telle qu'elle est interprétée par les tribunaux ; seulement, ce prêt à une finalité illicite ; cette naturalisation a été sollicitée en vue de tourner les règles restrictives en matière de mariage ou de divorce : la validité de tels actes doit être mise en question, mais ce n'est certainement pas ... dans la loi dont aucune disposition expresse n'a été transgressée, ni dans l'acte lui-même qui est intrinsèquement correct … il n'est possible d'incriminer qu'en s'évadant de son contenu comme de son contenant pour s'en référer à ses tenants et aboutissants, à sa genèse et à sa finalité.". Louis JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, n°106, p. 139.

[1432] Cf. *supra*, 1ère partie, régime juridique du détournement d'institution, p. 214 et s.

366. Ainsi, l'abus de droit est constitué lorsque, dans une situation donnée, les faits correspondent à la présupposition d'une règle de droit, laquelle règle confère un droit subjectif, cependant une telle situation n'est pas conforme au Droit car l'esprit de la règle est méconnu.

Il est remarquable d'ailleurs de constater sur ce point que, quel que soit le critère de l'abus retenu, tous les auteurs sont unanimes : le titulaire du droit remplit effectivement les conditions pour mettre en œuvre ce droit[1433].

JOSSERAND, qui distinguait à l'intérieur de chaque droit subjectif deux sortes de limites − des limites objectives du droit et des limites subjectives[1434] − avait mis en exergue le fait que l'agent qui détourne le droit de sa finalité sociale respecte pourtant les conditions de mise en œuvre de ce droit, l'usage du droit est correct, ce qui ne l'est pas, c'est l'intention qui anime l'agent : "l'acte accompli, licite en lui-même et si on l'envisage intrinsèquement, devient illicite par les mobiles qui l'ont déterminé, par la finalité à quoi il tend."[1435].

JOSSERAND[1436] précisait sa pensée en prenant pour exemple le droit de propriété : "le propriétaire a exercé une prérogative qui lui appartenait ; il n'en a pas dépassé les limites

---

[1433] Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., LGDJ, 1949, n°93, p. 164 : "Supposons que le titulaire d'un droit ait agi dans des conditions telles que son action rentre dans l'exercice normal et habituel de son droit. Il pourrait se couvrir de la règle *neminem laedit* ... quand bien même il aurait lésé quelqu'un. Mais si son acte a été inspiré par le désir de porter préjudice à autrui l'intention malfaisante change alors le caractère de l'acte.". V. également, n°96, p. 171 : "Pour trouver des hypothèses réelles d'abus du droit, il faut que l'acte accompli soit par lui-même irréprochable. Rentrant dans l'exercice normal et habituel du droit, il serait supporté sans recours ; s'il n'était vicié par l'esprit qui l'anime.". Ou n°102, p. 178 : "Il reste enfin des hypothèses où le titulaire du droit, sachant exactement ce qu'il lui est permis de faire sans sortir de son droit, voile de l'application correcte de la règle juridique la violation du devoir moral. Irréprochable en apparence, son acte est inspiré uniquement par la pensée de nuire à autrui.". Cf. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p. 335.

[1434] *De l'esprit des droits*, n°229, p. 311. LEMEE, *thèse précitée*, n°10, p. 72/73. Sur cette distinction, cf. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, *n*°679, p. 366. V. ALTABERT, *Comparaison entre les théories jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoir en droit public*, Thèse Dijon, 1951, p. 12. L'opposition entre limites objectives et limites subjectives des droits a été reprise, sous une autre appellation, par Messieurs GHESTIN et GOUBEAUX, dans le Traité de droit civil. Ces auteurs effectuent en effet une distinction entre les limites externes des droits et leurs limites internes. Ils expliquent que "la définition des prérogatives que la loi confère au titulaire d'un droit subjectif s'opère sur deux plans. Il y a d'abord ce que l'on pourrait appeler les limites *externes* du droit. Certains pouvoirs, décrits objectivement d'après leur nature ou leur objet sont accordés et d'autres refusés. Un propriétaire peut construire sur son terrain, il ne peut empiéter sur celui de son voisin ... Mais il existe aussi des limites au droit que l'on peut qualifier *d'internes*. Les prérogatives accordées à une personne par la loi à une personne ne le sont pas de façon absolue. Il y a une mesure à respecter dans leur exercice. Dire qu'un propriétaire a le droit de construire sur son propre terrain ne signifie pas nécessairement qu'il peut construire n'importe quoi n'importe comment. S'il édifie un ouvrage à seule fin de gêner son voisin il sort de son droit bien qu'il n'en dépasse pas les limites externes." (*réf. citées supra*, n°765, p. 751/752. Cf. Pascal ANCEL, *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle*, JCP 1998, n°6, éd. E; p.30 et s., spéc., p. 31).

[1435] *Ibid.*, n°20, p. 24.

[1436] *Ibidem*, n°26, p. 34/35. L'idée est reprise avec l'exemple de l'abus du droit d'agir en justice, v. n°45, p. 66 : "Pour découvrir le domaine de l'abus, il faut ... supposer :

1°Qu'une personne est titulaire du droit en cause et capable de l'exercer ;

2°Qu'elle en use au demeurant, en se cantonnant dans les limites objectives qui lui sont tracées, de façon plus ou moins précise par la loi ;

objectives ; c'est bien sur son fonds qu'il a bâti ou creusé. L'acte est donc bien légal, il est irréprochable si on l'envisage intrinsèquement, en le détachant de la volonté qui l'a réalisé, des mobiles qui l'ont déterminé. Mais le juge a le devoir de remonter jusqu'à ces mobiles ; s'ils sont répréhensibles, s'ils contredisent la finalité du droit ... la responsabilité du propriétaire pourra être engagée pour cause d'abus.".

Beaucoup d'auteurs vont faire la même observation, notamment en étudiant comparativement les théories de l'abus de droit et du détournement de pouvoir. Ainsi, par exemple, Etienne LAPARRE constatait que "Respectueux de la lettre de la loi, mais en contradiction avec le but que cette loi recherche, l'individu commet des actes sans droit. Le fonctionnaire prend des décisions entachées d'excès de pouvoir, d'incompétence, quand il fait servir ses prérogatives à des fins que la loi ne veut ni ne prévoit."[1437].

367. S'agissant du détournement de pouvoir, précisément, Emmanuel GAILLARD[1438] confirme cette analyse en affirmant que "Par définition, le contrôle du détournement de pouvoir suppose que l'acte ait été passé par son auteur dans les limites objectives de ses pouvoirs. Il n'est donc pas question d'invoquer son illicéité stricto sensu.". Lorsqu'il y a détournement de pouvoir l'agent était bien titulaire des pouvoirs et avait vocation à les utiliser.

368. Le respect de la présupposition des règles utilisées prend toute son importance en matière de fraude à la loi, car il constitue la troisième condition à remplir pour qu'il y ait fraude à la loi : c'est-à-dire l'existence d'un moyen efficace[1439].

En effet, la fraude n'est efficace que lorsqu'elle réussit : "il s'agit, en somme, de faire jouer les lois les unes contre les autres, et ceci non pas fictivement mais en déclenchant

3°Qu'elle l'aiguille dans une direction autre que celle qui lui est assignée par l'esprit même de l'institution, qu'elle l'utilise donc, en quelque sorte, à contre-sens.". Cf. également n°144, p. 199 ; n°194, p. 262 ; n°237, p. 322 *in fine* ; n°246, p. 335 : "Ici, on voit un individu qui, dépassant les limites objectives assignées à ses prérogatives, agit en dehors de la légalité, en marge de son droit et qui ne saurait donc, en aucun cas, espérer en la protection de la loi ; là on voit une personne qui, tout en demeurant en deçà des fonctions tracées par les pouvoirs publics, fait de ses facultés un usage blâmable en les détournant de leur destination, de leur finalité.".

[1437] Etienne LAPARRE, *La théorie de l'abus du droit et du détournement de pouvoir*, Thèse, Paris, 1913, p. 7. Victor ALTABERT faisait également la même observation : "Dans les deux cas, il s'agit d'un droit ou d'un pouvoir qui est exercé en apparence conformément à la loi dans les limites précisées par celles-ci, la déviation n'apparaissant que lorsqu'on recherche le but en vue duquel le droit a été exercé, le pouvoir utilisé, l'un et l'autre consistant à user d'un pouvoir légal en vue d'un but autre que celui admis par la loi.". (Victor ALTABERT, *Comparaison entre les théories jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoir en droit public*, Thèse, Dijon, 1951, p.56/57)

[1438] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°165, p. 104.

[1439] José VIDAL rappelle : "il n'y a fraude que lorsque le résultat interdit par une règle obligatoire a été effectivement atteint. Il faut donc que le moyen employé ait été efficace. Sur le plan juridique, un moyen n'est efficace que s'il permet d'atteindre un certain résultat sans encourir de sanction, du moins de sanction qui remette en question le résultat acquis". José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*. Dalloz, 1957, p. 149.

véritablement un mécanisme apte à produire le résultat escompté ; de sorte que si on laissait fonctionner normalement les règles de droit, la ruse serait couronnée de succès"[1440]. Cela signifie que les conditions d'utilisation du moyen juridique utilisé doivent être réunies, car c'est la condition de son efficacité.

José VIDAL[1441] rappelait que "l'existence d'un moyen détourné pour se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire est le troisième et peut-être le plus caractéristique des éléments constitutifs de la fraude".

Les mécanismes utilisés doivent "déclencher des conséquences juridiques neutralisant les effets de la règle obligatoire contre laquelle est dirigée la manœuvre. C'est là que se manifeste le détour caractéristique de la fraude : l'agent ne contrevient pas à la règle qui le gêne, il crée les conditions lui permettant d'obtenir, par une autre voie, le résultat qu'il recherche ou, du moins, un résultat équivalent"[1442].

Monsieur VIDAL[1443] expliquait qu'en réalité, "l'exigence de l'efficacité matérielle du moyen employé découle du principe selon lequel la fraude ne doit être sanctionnée que si elle a réussi. Le droit civil n'atteint pas en règle générale l'intention non réalisée ; il ne la sanctionne que dans la mesure où elle a été suivie d'exécution, et seulement si elle a abouti à un résultat illicite".

En outre, le critère d'efficacité[1444] du moyen employé pour frauder est le critère qui permet également de distinguer la fraude à la loi, stricto sensu, de la fraude au sens large : "une seule

---

[1440] Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale,* 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n°813, p. 801/802. Bernard AUDIT notait l'existence de ce même élément en droit international privé : "L'exercice par le sujet dans le ressort de la loi évincée des droits acquis par application d'une loi étrangère constitue l'étape ultime d'une fraude à la loi de droit international … Le fait que le sujet se prévale de droits acquis sous l'empire d'une loi étrangère dans le ressort de la loi évincée démontre que le conflit était un faux conflit et que la loi étrangère s'est appliquée de façon abusive." (Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°130, p. 103). Monsieur AUDIT soulignait à propos des questions d'état, que "La fraude à la loi est donc parfaite si le sujet parvient à jouir paisiblement de son état nouveau dans le ressort même de la loi dont il relevait avant son changement d'état. L'exemple des divorces frauduleux de Français à l'étranger avant le rétablissement du divorce en 1884 illustre cette situation. Un époux Français vivant en France demande et obtient en quelques semaines la nationalité d'un Etat étranger ; il divorce aussitôt pour contracter un nouveau mariage en application de son statut personnel nouveau *et revient s'installer en France* accompagné de son nouveau conjoint. En agissant ainsi, l'individu démontre que même si formellement il s'est rattaché à la population d'un Etat étranger, il n'a jamais cessé d'appartenir matériellement à la population française … pourtant il est parvenu à un résultat interdit aux autres : il y a bien fraude à la loi de sa part." (*Ibid.*, n°132, p. 104).

[1441] José VIDAL. *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*. Dalloz, 1957, p. 148.

[1442] Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale,* 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, p. 810. Cf. Roger PERROT. *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*. Sirey, 1963, n°104, p. 156 : "Celui qui veut tourner la loi pour atteindre un but jugé désirable doit faire en sorte que l'apparence soit complète et que la technique équivoque, utilisée par lui, pour parvenir à ses fins, trouve sa justification en elle-même.".

[1443] José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*. Dalloz, 1957, p. 154.

[1444] José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*. Dalloz, 1957, p. 162.

condition doit être requise qui permettra de distinguer la notion juridique de fraude de la fraude *lato sensu*, et plus généralement la violation de la règle juridique. Il faut que le moyen employé pour éluder la règle puisse produire ce résultat : qu'il soit efficace".

369. Détournement d'institution, détournement de pouvoir, abus de droit et fraude à la loi ont ainsi en commun que la (ou les) règle(s) utilisée(s) est (sont) bien respectée(s), s'agissant de leurs conditions matérielles, mais l'esprit du Droit est méconnu, puisque ces règles vont servir de moyen afin de commettre une violation de la Loi.
Par conséquent, l'autre point commun qui unit ces notions entre elles tient au fait que bien qu'elles respectent la présupposition de la règle, elles « détournent » l'esprit, le but du mécanisme utilisé.

§2- Non-respect de la finalité du mécanisme

370. Détournement d'institution, détournement de pouvoir, abus de droit et fraude ont en commun d'interdire à un sujet d'utiliser n'importe quel moyen, pour n'importe quelle fin, en raison du fait que les moyens sont affectés d'une finalité, ce qui ne permet pas de les utiliser pour autre chose, que ce pour quoi ils ont été créés.
Lorsque des personnes respectent la lettre de la loi mais en violent l'esprit, "C'est alors toujours l'esprit du droit qu'il faut prendre en considération, en raison des finalités naturelles sur lesquelles est fondé tout système juridique : le droit ne peut protéger sa propre violation ; les textes ne peuvent, par leur lettre, légitimer ni absoudre la méconnaissance de leur esprit, de leur raison d'être."[1445].
La notion de finalité est au cœur de l'institution, et son importance a été soulignée dans la première partie : la finalité en constitue le ciment, l'élément fédérateur, autour duquel viennent se regrouper les différentes règles de droit.

371. Mais elle revêt également une importance non négligeable, s'agissant des « prérogatives » que sont le droit subjectif et le pouvoir.
Dès 1905, JOSSERAND suggérait une telle analyse, lorsqu'il écrivait[1446] : "Lorsque le législateur nous confère une prérogative, ce n'est pas pour que nous en fassions un usage quelconque : il a en vue un objectif déterminé. Toute institution a sa destinée qui constitue sa raison d'être et contre laquelle elle ne saurait s'insurger. Chaque droit est appelé à suivre une

[1445] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°239, p. 274.
[1446] Louis JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1905, p. 5.

direction déterminée, et il ne saurait dépendre des particuliers de l'aiguiller à leur guise dans une direction différente ; il y aurait alors, non pas usage, mais abus de ce droit, et cet abus risquerait d'engager la responsabilité de son auteur.".

372. S'agissant des droits subjectifs, la question de leur finalité, qui a été sérieusement débattue pour trouver un critère de l'abus de droit[1447], est aujourd'hui réglée dans la mesure où la doctrine contemporaine en admet l'existence. Ainsi, Jean-Louis BERGEL[1448] précise que "Doctrine et jurisprudence ont montré que les droits ne sont conférés que pour des intérêts légitimes et non pour nuire à autrui et que leur exercice devient répréhensible s'ils sont détournés de leur fin. Il faut alors confronter le but poursuivi par leurs titulaires et la finalité des droits concernés. Certains droits ont pour objet l'intérêt de leur titulaire, d'autres sont destinés à la protection d'autres personnes, de l'enfant par exemple ; d'autres sont inspirés par l'intérêt général ; d'autres ont à la fois une fonction individuelle et une fonction sociale, comme le droit de propriété. Les tribunaux sanctionnent dès lors l'abus de droit, la fraude à la loi, le détournement de pouvoirs ...".

Le droit subjectif comporte donc deux éléments : une prérogative ou « pouvoir » (ce qui le distingue de l'institution) et une finalité (ce qui le rapproche de l'institution).

L'élément finaliste est important dans la mesure où il permet de distinguer le droit de la liberté : la liberté se caractérise précisément par l'absence de but, il ne peut donc y avoir contrôle de sa finalité[1449].

L'idée que les droits subjectifs sont conférés en vue d'une finalité déterminée se trouve, *a contrario*, confirmée par l'existence de droits « discrétionnaires »[1450]. En effet les droits discrétionnaires présentent la caractéristique de n'être pas susceptibles d'abus, parce que le

---

[1447] JOSSERAND a été l'un des farouches partisans d'une conception téléologique des droits (Cf. références citées). L'affirmation selon laquelle les droits ont une finalité a, par exemple, été soutenue par Jean BRETHE DE LA GRESSAYE et Marcel LABORDE-LACOSTE : "Mais le juge, qui doit apprécier un acte concret, est, au contraire, amené à se demander quelle est la valeur de l'usage qui a ainsi été fait du pouvoir de droit. Est-ce justifié ? Incontestablement, oui. Parce que ... c'est l'intérêt individuel ou collectif qui en est le fondement, de sorte que le pouvoir accordé à la volonté n'est licite que s'il est conforme à l'intérêt en vue duquel il a été reconnu, même si cet intérêt n'a pas été expressément précisé par la loi. *Les droits ont une finalité*. Le pouvoir reconnu à la volonté de faire quelque chose n'est légitime qu'en tant qu'elle satisfait un intérêt licite." Jean BRETHE DE LA GRESSAYE et Marcel LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947, n°454, p. 403.

[1448] *Ibid.*, n°29, p. 39.

[1449] Jean BRETHE DE LA GRESSAYE et Marcel LABORDE-LACOSTE suggèrent une telle analyse lorsqu'ils écrivent : "En fait, chacun pense qu'il peut user librement des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi ... [mais] le pouvoir accordé à la volonté n'est licite que s'il est conforme à l'intérêt en vue duquel il a été reconnu, même si cet intérêt n'a pas été expressément précisé par la loi. *Les droits ont une finalité*. Le pouvoir reconnu à la volonté de faire quelque chose n'est légitime qu'en tant qu'elle satisfait un intérêt licite." Jean BRETHE DE LA GRESSAYE et Marcel LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947, n°454, p. 403.

[1450] André ROUAST, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RTD civ. 1944, p. 1 et s. Voir la thèse de Doctorat de Madame Séverine WERTHE-TALON, *Les droits discrétionnaires*, Dijon, 2003.

sujet n'a pas à rendre compte du but qu'il poursuit, ou de la fin pour laquelle les droits sont exercés. Or, si le législateur ou le juge admettent que certains droits ne peuvent voir leur finalité contrôlée, cela signifie, qu'à l'inverse, les droits qui ne sont pas qualifiés de discrétionnaires sont susceptibles du contrôle du but dans lequel ils sont exercés. Et une fois précisé le fait que les droits discrétionnaires ont un domaine résiduel, les droits subjectifs finalisés apparaissent alors comme les plus représentatifs.

373. Si l'on s'intéresse à présent au concept de « pouvoir », il est un point sur lequel l'ensemble de la doctrine s'accorde : le pouvoir est toujours affecté d'une finalité[1451].
José VIDAL[1452], par exemple, fait de la finalité un élément essentiel de la définition des « droits-fonctions »[1453]. C'est la raison pour laquelle il considère qu'il y a détournement de pouvoir "chaque fois que le titulaire d'un droit-fonction en use au service d'une fin autre que celle de sa fonction.".
Pour Monsieur GAILLARD[1454], "Le pouvoir est une prérogative finalisée ... le pouvoir est orienté vers un but, il est tout entier ordonné à la satisfaction d'un intérêt qui ne se confond jamais totalement avec celui de son titulaire.".
Même Monsieur LOKIEC[1455] admet, à travers la notion de bien commun, l'idée que le pouvoir comporte un aspect finaliste : "Le lien qui fonde tout rapport social, à quelque niveau que ce soit, ne peut en effet se tisser en l'absence d'obligations de respecter le bien commun : coopérer, respecter les droits fondamentaux, l'intérêt d'autrui".

374. L'importance de la finalité se retrouve également, s'agissant de la fraude à la loi, à travers la nécessité d'une intention frauduleuse du sujet[1456].

[1451] Cf., à propos du pouvoir patronal en droit du travail : Marie-Cécile AMAUGER-LATTES, *La faute du salarié*, D. 2001, chron., p. 2698, spéc., p. 2700.
[1452] José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 343. Cf. également, p. 347 : "Chaque fois qu'un droit est confié à son titulaire, non dans son intérêt propre, mais en vue d'une certaine fin, la notion de détournement de pouvoir est en cause.".
[1453] Autre appellation du pouvoir. Cf. *infra*.
[1454] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°235, p. 150. Il en est de même pour José VIDAL, qui explique à propos des droits-fonctions que de tels droits ne peuvent "être utilisés par leur titulaire qu'en vue de la fin pour laquelle ils ont été institués. Mis au service d'une fin différente, ils perdent leur signification et leur légitimité" (*Essai d'une théorie général de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 343).
[1455] Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels.* LGDJ, 2004, n°11, p. 9.
[1456] La condition de l'intention frauduleuse a été contestée par certains auteurs se rattachant à une conception objective de la fraude. L'un des premiers auteurs français que l'on a rattaché à cette théorie est LIGEROPOULO. Cet auteur est parti du postulat qu'il existerait des hypothèses de fraude sans qu'on puisse relever d'élément intentionnel de la part du *fraudator*. Cette théorie a connu un assez vif succès à l'étranger. (LIGEROPOULO, *Le problème de la fraude à la loi*. Thèse, Aix, 1928). Voir également les références citées par José VIDAL. *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*. Dalloz, 1957, p. 111, note 2.

En effet, lorsqu'il y a fraude à la loi, le sujet utilise une loi ou une règle de droit, non pas dans le but pour lequel cette loi ou cette règle a été créée, mais dans un but bien précis : se soustraire à une règle obligatoire[1457].

C'est la raison pour laquelle l'intention frauduleuse, définie par José VIDAL[1458] comme "la volonté du sujet passif de se soustraire à une règle obligatoire", est si importante en matière de fraude. Elle est l'une des conditions d'existence de la fraude, au point que "l'existence d'un motif légitime à l'opération entreprise par le sujet exclut la fraude"[1459]. Ainsi : "il ne suffit pas ... de constater que le but visé par le législateur n'est pas atteint pour en conclure à une violation de la loi. Il faut, pour sanctionner la manœuvre, quelque chose de plus, qui ne peut être que l'intention frauduleuse"[1460].

Selon cette théorie, il y aurait fraude dès lors qu'on constaterait que la loi est tournée, contournée.

La conception objectiviste de la fraude trouve encore certains partisans de nos jours : CARBONNIER rappelait que "ce qui est certain, c'est qu'il a existé, de tout temps un comportement antijuridique, bien caractérisé, consistant à ruser avec la loi, au lieu de la violer ouvertement, et c'est ce comportement que la théorie de la fraude à la loi a voulu atteindre. Mais était-il besoin pour cela de parler de fraude (= intention de nuire), de mettre ... le centre de gravité de la théorie dans l'état de conscience des contractants ? On eût pu se placer entièrement du côté de la loi (ce que fait la doctrine allemande), qui met l'accent moins sur l'intention des contractants que sur cette constatation objective que la loi est tournée, contournée, *Umgehung des Gesetzes* ... Là où la loi n'est pas d'interprétation littérale, sa violation indirecte (la violation de son esprit) doit tout naturellement être assimilée à la violation de sa lettre. Le centre de gravité n'est plus alors dans la psychologie des contractants, mais dans celle de la loi". (Jean CARBONNIER, Droit civil. Les obligations. T. IV, 15ème éd., novembre 1991, n°73 et s.).

Pour apprécier, dans le cadre d'une telle conception, si il y a ou non fraude, il faut se livrer à "une comparaison entre le but de la loi et le résultat que prétend atteindre le sujet. L'intention de celui-ci peut être prise en considération ... mais elle n'est pas essentielle" (Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n°818, p. 807). Monsieur VIDAL a critiqué cette conception, en estimant que ces auteurs partaient d'un postulat qui est faux : à savoir que la fraude ne serait "qu'une variété de violation de la loi, une violation indirecte". Ce postulat a été démenti par l'étude du droit positif, les tribunaux exigeant systématiquement l'intention frauduleuse du sujet. (Voir réf. précitées).

[1457] V. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Traité de droit international privé, Tome 1, 8ème édition, LGDJ, 1993, n°372, p. 429 et s. : "la fraude à la loi du droit international privé n'est qu'un cas particulier du rôle du but dans les actes juridiques. Les théories de l'abus du droit ou de la cause illicite, celle du détournement de pouvoir en droit administratif en constituent des manifestations générales ... la valeur d'un acte est inséparable de son but ... Un but licite ne légitime pas un acte illicite ... mais un but illicite vicie l'acte intrinsèquement licite". José VIDAL précise encore que "le plus souvent, la volonté d'éluder la règle s'extériorise dans les motifs de la mise en œuvre des moyens employés pour aboutir au résultat illicite recherché. Elle est alors le motif unique, ou au moins déterminant, de l'emploi de ces moyens" (p. 127 et s.). V. également G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles* , p. 331 : "Pour que cette intention soit frauduleuse, il faut qu'elle soit coupable, la culpabilité consiste non à écarter la loi, mais à se dégager du devoir".

V. GHESTIN et GOUBEAUX, *opus cité*, n°750. Louis JOSSERAND affirmait déjà que "C'est en effet dans un élément d'ordre psychologique, dans une spécialisation et une adaptation de la mauvaise foi, qu'il faut chercher le critère de la fraude ; le mobile auquel a obéi l'agent est, en pareille matière, décisif : l'acte frauduleux est celui qui tend, dans la pensée de son auteur, à évincer la loi, à soustraire à son application un fait, un contrat ou une situation qui devraient absolument y être soumis" (Louis JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, n°176, p. 217).

[1458] José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*. Dalloz, 1957, p. 110.

[1459] Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale,* 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n°818, p. 808.

[1460] Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale,* 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n°819, p. 809. Bernard AUDIT explique que "Dans la plupart des cas de fraude, un conflit est délibérément créé par le sujet pour entraîner l'application d'une loi

375. En fait, la notion de finalité apparaît, dans toutes les hypothèses de mauvaise utilisation d'institutions, de prérogatives ou de règles juridiques comme le catalyseur du détournement, dans la mesure où elle permet de concrétiser l'absence de concordance entre le but poursuivi par l'agent et celui poursuivi par le législateur : "De prime abord, c'est la notion de détournement de pouvoir qui retient l'attention ... Il ne s'agit pourtant que d'une notion dérivée. Dans chaque cas, on a pu constater, en effet, que le principe du contrôle découlait de la nature de la prérogative en cause. C'est en réalité la finalité des pouvoirs des parents, ou des époux qui fonde le contrôle de leur usage."[1461].

376. Puisque les notions de détournement d'institution, de pouvoir, d'abus de droit et de fraude participent d'une même problématique, des constantes se dégagent en ce qui concerne la réunion des conditions de mise en jeu de ces différents mécanismes.

Or, une telle proximité entre les notions d'abus de droit, de fraude, de détournement de pouvoir et de détournement d'institution ne va pas sans poser de délicates difficultés, lorsqu'il s'agit de qualifier une situation de fait, pour déterminer à quelle catégorie juridique elle doit être rattachée.

§3- Les difficultés de qualification

377. Que ce soit en droit de la famille (mariages simulés)[1462], ou en droit du travail (désignation des délégués du personnel)[1463], la jurisprudence a montré que, dans certaines situations, les qualifications peuvent avoir vocation à se cumuler : simulation et détournement

nouvelle." (Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°115, p. 94). Il ajoute que "Le premier acte constitutif d'une fraude consiste en général de la part du sujet à créer un conflit de lois là où il ne devrait pas y en avoir.".
Mais Bernard AUDIT rappelle aussi qu'"A supposer que dans tous ces cas le conflit ait été volontairement créé *dans le but* de bénéficier d'une législation plus favorable, il est important de noter que la création du conflit ne constitue pas à elle seule une fraude à la loi. Il n'y a rien de répréhensible *en soi* à internationaliser une situation pour bénéficier d'une législation plus favorable … si l'internationalisation de la situation est effective, si par exemple le naturalisé s'installe dans sa nouvelle patrie, c'est à tort que l'on parlerait d'une fraude à la loi de sa part." (*Ibid.*, n°117, p. 95). Dans une décision du 19 décembre 2006, la Cour d'appel de Nîmes a rejeté la tierce opposition à un jugement d'adoption, qui émanait de l'adoptée, en retenant l'absence de preuve de la fraude ou du dol, notamment car « le fait non dissimulé d'avoir connu, avant l'adoption, les origines de l'enfant pris en charge dans le cadre de la délégation d'autorité parentale prononcée par le Tribunal … ne caractérise pas la fraude qui implique la volonté de transgresser la loi». (www.legifrance.gouv.fr, n° RG 647).

[1461] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°142, p. 91. V. également n°144, p. 95 : "En l'absence même de tout texte les y invitant expressément, les tribunaux ont toujours su sanctionner efficacement les agissements de l'individu utilisant les pouvoirs qui lui étaient confiés en méconnaissance de leur finalité.".

[1462] Cf. supra, 1ère partie, émergence jurisprudentielle, p. 42.

[1463] Cf. supra, 1ère partie, émergence jurisprudentielle, p. 45.

d'institution (mariage), détournement d'institution et fraude (droit de la famille, droit du travail), détournement de pouvoir et détournement d'institution (droit du travail).

Pour ne citer qu'un seul exemple, un arrêt, rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence[1464], le 5 septembre 2006, a indiqué que "la fraude est constituée lorsque l'adoption est détournée de son but qui est de créer un lien de filiation ".

De telles difficultés ne sont pas nouvelles. En effet, avant même l'avènement à la vie juridique du détournement d'institution, la doctrine avait perçu les interactions pouvant exister entre abus de droit, détournement de pouvoir, fraude à la loi et simulation.

378. La question se pose, lorsqu'il apparaît que différentes qualifications peuvent s'appliquer à des faits identiques, de savoir comment trouver un critère, permettant de choisir entre les différentes qualifications applicables. La question n'est pas neutre, puisque le choix de la qualification applicable aura des répercussions sur la sanction qui sera appliquée par le juge au comportement du sujet[1465].

Il se trouve que le droit pénal connaît une notion, qui permet d'apporter une solution, pour les exemples dans lesquels l'hésitation est permise entre les qualifications de détournement d'institution, d'abus de droit, de fraude à la loi, de détournement de pouvoir ou de procédure, de simulation.

Il s'agit du « concours idéal de qualification »[1466], défini comme la "Pluralité de textes d'incrimination semblant applicables à un fait unique."[1467].

Pour Philippe SALVAGE[1468], "La notion de concours évoque en effet celle de pluralité ; envisagée dans sa généralité, elle recouvre toutes les situations où un délinquant, par un agissement unique ou par des agissements multiples, viole plusieurs lois applicables ou contrevient de façon distincte à plusieurs reprises au même texte.".

Lorsqu'il est question de concours idéal de qualification, "plusieurs qualifications demeurent effectivement applicables ... Il s'agit d'une seule infraction, comportant un seul fait matériel et une seule faute, tombant « idéalement » sous le coup de plusieurs qualifications"[1469].

[1464] Aix, 6ème ch., sect. A, 5 septembre 2006, Droit de la famille, mars 2007, n°54, p. 26 et s., note Pierre MURAT.

[1465] Cf. *infra*, choix de la sanction en cas de concours idéal de qualification, p. 479 et s.

[1466] Cf. *infra*, choix de la sanction en cas de concours idéal de qualification, p. 479 et s.

[1467] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., Quadrige, PUF, 2007, p. 199.

[1468] Philippe SALVAGE, *Concours d'infractions. Concours idéal de qualification.* Jurisclasseur pénal, art. 132-1 à 132-7, fasc. 20, 2002, n°1, p. 2.

[1469] Philippe SALVAGE, *Concours d'infractions. Concours idéal de qualification.* Jurisclasseur pénal, art. 132-1 à 132-7, fasc. 20, 2002, n°14, p. 5.

379. En droit privé, les auteurs, à l'occasion d'une étude consacrée à telle ou telle notion, constatant des phénomènes assimilables à un concours de qualification, ont cru devoir trouver une explication de ce phénomène, en jouant sur l'existence d'une sorte de subordination d'une notion à une autre[1470].

Par exemple JOSSERAND, dans les travaux qu'il a consacré à l'abus de droit, a vu "dans l'abus des droits et dans le détournement de pouvoir, deux institutions-sœurs ... ou plus exactement et plus précisément, la deuxième théorie nous apparaît comme un rameau détaché de la première, comme son adaptation aux droits ressortissant de la fonction publique". Certains exemples cités par JOSSERAND sont, de ce point de vue, éloquents : c'est ainsi que "Chef de la famille, le mari pouvait et devait user de l'autorité matrimoniale dans l'intérêt de la famille, en vue de fins légitimes, sérieuses et avouables, sinon il détournait ses pouvoirs de leur destination, il commettait un abus de droit"[1471].

La jurisprudence a semblé donner raison aux théories de Louis JOSSERAND, dans la mesure où le détournement de pouvoir a souvent été appréhendé en droit privé par le biais de l'abus de droit[1472], voire même par la fraude à la loi, ce qui a eu pour effet de renforcer le sentiment d'interconnexion entre ces diverses théories. Il ne faudrait cependant pas en déduire trop rapidement une absence d'autonomie du détournement de pouvoir en droit privé, car des

---

[1470] Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*,2ème éd. Sirey, 1939, n°193,p. 260 et s., spéc. p. 262. V. plus récemment Loïc CADIET et Philippe le TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Civ. Dalloz, 2008, n°25, p. 8. Des auteurs confrontent "L'*abus du droit*, en droit civil, et le *détournement de pouvoir* en droit administratif, qui consistent, tout en restant dans les limites de l'étendue du droit, à en faire un mauvais usage, contraire à la fin légitime, qui en est le fondement." (Jean BRETHE DE LA GRESSAYE et Marcel LABORDE-LACOSTE, *Introduction à l'étude du droit*, Sirey, 1947, n°454, p. 403/404). Victor ALTABERT, *Comparaison entre les théories jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoir en droit public*, Thèse, Dijon, 1951, p.56/57. Guy COURTIEU, *Abus de droit. Notion.* Jurisclasseur civil, art. 1382, fasc. 131-10, vol. 11, 2005, n°16. Un auteur estime même que la théorie du détournement de pouvoir a servi d'inspiration au détournement d'institution. Pour Guy COURTIEU, "L'apport du droit administratif est évident. Le contentieux de l'excès de pouvoir et du détournement de pouvoir inspire le juge judiciaire dans le contrôle et la sanction de l'utilisation de certaines institutions (l'autorité parentale par exemple) ou de certains mécanismes juridiques (abus de majorité ou de minorité dans les sociétés commerciales par exemple)." (Guy COURTIEU, *Abus de droit et abus de pouvoirs*, Jurisclasseur civil, art. 1382, n°10).

[1471] Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*,2ème éd. Sirey, 1939, n°78,p. 116/117. Cf. également Philippe le TOURNEAU et Loïc CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 2008, n°6981, p. 6960. Cf. Guy COURTIEU, *Abus de droit et abus de pouvoir*, Jurisclasseur civil, article 1382 à 1384, n°9 : "Ce faisant, le juge, par le truchement de l'abus de droit, établit un contrôle ... sur l'utilisation des droits, qu'on les dise « subjectifs » ou « causés », ou qu'on les qualifie de droits ou de pouvoirs." ; n°10 : "Par ailleurs, la notion d'abus de droit sert à sanctionner les détournements de pouvoirs." ; n°29. La position de Madame FENOUILLET a également été présentée. L'auteur considère que l'abus de droit n'est, au fond, qu'une application du détournement d'institution. (Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 251). Cf. *supra*, p. 43.

[1472] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°76, p. 54. Guy COURTIEU, *Abus de droit et abus de pouvoirs*, Jurisclasseur civil, art. 1382, n°10. Comp. rattachant le détournement de pouvoir en droit privé à l'abus de droit : GHESTIN et GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., LGDJ, 1994, n°799, p. 783 et n°800 et s.

décisions visent expressément le détournement de pouvoir[1473], ou à l'inverse, l'absence de détournement de pouvoir, ce qui témoigne de l'intérêt de la notion.

380. Les relations entre abus de droit et fraude à la loi ont été étudiées par José VIDAL, lequel admet que fraude et abus de droit se recoupent, lorsque l'on retient comme critère de l'abus l'usage d'un droit contrairement à sa finalité : "L'admission d'une telle conception conduit nécessairement à englober la fraude dans l'abus des droits ... le droit exercé non en vue de la fin précise pour laquelle il a été donné à son titulaire, mais en vue d'éluder une règle obligatoire, doit être frappé d'inefficacité."[1474]

Encore récemment, Loïc CADIET et Philippe LE TOURNEAU[1475] ont estimé que "la théorie de l'abus de droit rejoint celle de la fraude. Plus exactement, la f*raude à la loi* est une notion générique, qui correspond à l'abus de droit lorsqu'elle est commise à l'occasion de droits subjectifs (bien que la fraude implique une combinaison habile pour parvenir à son objectif, ce qui n'est pas le cas dans l'abus). Puisqu'il ne peut y avoir de droits subjectifs que dans les limites tracées par le droit objectif, tout détournement du droit subjectif de sa finalité est nécessairement constitutif d'une fraude à la loi.".

Certains auteurs[1476] relèvent d'ailleurs que "La jurisprudence elle-même assimile parfois fraude et abus de droit. Ainsi, dans la célèbre affaire *de Beauffremont* (changement de nationalité en vue d'un divorce), le jugement du Tribunal civil de la Seine considère-t-il comme abusif le changement de nationalité. Un autre exemple est fourni par un arrêt de la Cour de Paris du 23 novembre 1972 qui énonce : « Considérant que la fraude à la loi, et partant, l'abus de droit apparaissent bien de ce fait que tous les avantages du système aient été pour l'employeur et tous les inconvénients pour le salarié ... ».

Il convient enfin de rappeler qu'en matière fiscale la fraude, entendue dans un sens large puisqu'englobant la simulation, est désignée par l'expression « abus de droit.".

Emmanuel GAILLARD[1477] synthétise assez bien l'attitude de la doctrine dans ce domaine. Il explique en effet qu'"Ainsi, l'abus des droits, la cause illicite, la fraude et le détournement de pouvoir apparaissent bien comme autant de techniques de contrôle judiciaire des mobiles ... Ce rapprochement permet également de comprendre que l'on ait souvent tenté d'intégrer ces

---

[1473] Cf. par exemple, Bordeaux, 4 décembre 1991, D. 1993, J, p. 129, note T. DUBACLE. (V. *infra*, Titre II).

[1474] José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 357. Cf. *infra*, p. 471.

[1475] Loïc CADIET et Philippe LE TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Civ. Dalloz, 2008, n°32, p. 9. Philippe Le TOURNEAU et Loïc CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 2008, n°6870, p. 6871. V. également R. DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, T. IV, Paris, 1924, n°687, p. 374.

[1476] Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., 1994, n°834, p. 823, note 113.

[1477] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°155, p. 100/101.

différentes notions dans un système explicatif plus large. S'il arrive que l'on se contente de relever leur similitude, d'observer qu'elles font double, voire triple emploi ; la démarche des auteurs consiste le plus souvent à privilégier l'une d'elles pour en faire le pivot de tout l'édifice. Mais les opinions divergent. Tantôt, c'est la fraude ou le détournement de pouvoir qui sont présentés comme une application de la théorie de la cause immorale ; tantôt c'est la fraude et la cause qui sont au contraire, purement et simplement annexées à la théorie de l'abus des droits ; tantôt enfin, c'est la théorie de la fraude qui serait englobée par celle « plus vaste, de détournement de pouvoir ».".

381. Mais, en choisissant la solution consistant à inféoder l'une des notions à l'autre (détournement de pouvoir à l'abus de droit, abus de droit à la fraude ...), la doctrine a quelque peu obscurci les termes du débat et un certain malaise en est résulté.
L'expression d'un tel malaise est très perceptible chez Guy COURTIEU[1478] lorsqu'il écrit : "Par ailleurs, la notion d'abus de droit sert à sanctionner les détournements de pouvoirs. L'apport du droit administratif est évident. Le contentieux de l'excès de pouvoir et du détournement de pouvoir inspire le juge judiciaire dans le contrôle et la sanction de l'utilisation de certaines institutions (l'autorité parentale, par exemple) ou de certains mécanismes juridiques (abus de majorité ou de minorité dans les sociétés commerciales, par exemple).". Si effectivement la jurisprudence se sert parfois d'une qualification – l'abus de droit par exemple - pour sanctionner ce qui relève du détournement de pouvoir ou de la fraude, cela ne signifie pas pour autant que ces différentes notions doivent être assimilées.

382. En effet, une autre manière d'aborder les choses pourrait être tentée. Il suffirait de relever, au cours de l'examen de telle ou telle notion, des situations pouvant induire l'existence d'un cumul de qualifications.
Un auteur, Emmanuel GAILLARD[1479], est favorable à l'idée de l'existence de concours idéal de qualification, d'un point de vue général[1480].
En admettant cette hypothèse, deux questions viennent alors à l'esprit : d'abord, comment résoudre ce concours de qualification et une fois celui-ci résolu, quel sera le critère retenu par la jurisprudence pour adopter telle ou telle qualification ?
Il est d'ailleurs frappant de constater que ce soit en droit pénal ou en droit civil, la même problématique est soulevée par le concours idéal de qualification : "Le problème posé est

[1478] *Abus de droit. Notion*, Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386. Responsabilité civile. Fasc. 131-1, 1997, N°10, p. 5.
[1479] *Le pouvoir en droit privé.* Economica, 1985, n°168, p. 107. V. également, n°169.
[1480] Cette question sera à nouveau évoquée plus loin, à propos de la sanction de ces différents mécanismes.

alors celui de savoir comment le Droit va résoudre ce type de difficulté, en d'autres termes quelle qualification faut-t-il retenir ?"[1481].

La qualification qui sera retenue aura une incidence sur la sanction du détournement qui a été réalisé.

En droit pénal, la solution est claire dans la mesure où il existe en la matière une jurisprudence constante, selon laquelle "le fait unique doit être réprimé « sous sa plus haute expression pénale ... Une seule qualification doit donc être retenue, celle sanctionnée par la peine la plus grave."[1482].

383. En droit civil, la jurisprudence, confrontée à la possibilité d'avoir recours à plusieurs qualifications pour saisir un phénomène identique, retient la qualification qui lui paraît être la plus apte, dans l'espèce considérée, à appréhender le comportement indélicat.

Ainsi, Emmanuel GAILLARD[1483], prenant appui sur l'exemple d'une émancipation d'un enfant mineur prononcée par son père, dans le but de faire échec à une décision judiciaire accordant la garde à la mère[1484], explique que "pris dans un intérêt étranger à celui de l'enfant, l'émancipation est nulle en vertu de la théorie du détournement de pouvoir ; moyen objectivement licite consciemment mis en œuvre à seule fin de se soustraire à l'exécution d'une décision de justice, l'émancipation est inopposable au bénéficiaire de la décision, en vertu de la théorie de la fraude ... La solution d'un tel concours idéal de qualification sera trouvée dans l'application de la sanction du détournement de pouvoir, plus radicale que celle de la fraude, la nullité absorbant ici l'inopposabilité.".

Un autre exemple, typique de concours de qualification pouvant exister entre abus de droit, détournement de pouvoir, fraude à la loi et détournement d'institution s'évince de la question de l'abus du droit de grève en droit du travail. Toutes les qualifications ont, semble-t-il, été proposées en ce domaine, pour rendre compte de mauvaises utilisations de la grève.

[1481] Philippe SALVAGE, *Concours d'infractions. Concours idéal de qualification.* Jurisclasseur pénal, art. 132-1 à 132-7, fasc. 20, 2002, n°15, p. 5. La réponse à la question posée fera bien évidemment l'objet de développements ultérieurs.

[1482] Philippe SALVAGE, *Concours d'infractions. Concours idéal de qualification.* Jurisclasseur pénal, art. 132-1 à 132-7, fasc. 20, 2002, n°19, p. 6.

[1483] *Le pouvoir en droit privé.* Economica, 1985, n°168, p. 107. V. également, n°169.

[1484] V. l'analyse de la même situation faite par José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit ».* Thèse, Toulouse, 1957, p. .347/348. L'auteur s'en tient à l'analyse « classique » puisqu'il écrit : "La fraude est donc ici englobée dans le détournement de pouvoir. Il n'est pas nécessaire de prouver que l'émancipation a été consentie par le père investi de la puissance paternelle dans un dessein frauduleux, il suffit simplement de démontrer qu'elle n'a pas été dictée par l'intérêt de l'enfant ; l'émancipation consentie dans tout autre dessein étant nulle.". Comp. Loïc CADIET et Philippe LE TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Civ. Dalloz, 2008, n° 181, p. 35: "Constitue une fraude la déclaration d'émancipation effectuée par le père d'un enfant en vue de faire échec au droit de visite de la mère (CA PARIS, 15 fév. 1957, JCP 1957, II, 9988 ; RTD civ. 1958, 53 ; Civ. 1ère 20 mai 1968, JCP 1968, II, 15686, 63 ; CA PARIS, 4 mai 1965, D. 1965, 653)".

Pour la plupart des auteurs, la grève a longtemps été vue comme un droit susceptible d'abus. Cette analyse s'appuie sur le fait que la grève est un droit constitutionnellement reconnu.

L'abus en matière de grève se manifeste sous deux formes : "Une grève peut donc devenir illicite, soit par son mode d'action, soit par son but."[1485].

Une grève accompagnée d'actes de violence peut entraîner des sanctions pénales. D'autre part, même si la grève effectuée afin d'obtenir la satisfaction de revendications professionnelles est licite, elle ne l'est plus si son but est politique, ou n'est pas lié à des intérêts professionnels. C'est dans cette seconde hypothèse que la doctrine a parlé d'abus du droit de grève[1486]. La question de l'abus du droit de grève repose sur le postulat que la grève ressortit de la catégorie des droits subjectifs[1487].

Pourtant, certains auteurs ont soutenu que la grève s'apparentait davantage à une liberté qu'à un droit subjectif[1488], aux motifs qu'"on ne peut abuser que d'un droit défini et délimité par la loi. On commet donc une erreur de terminologie manifeste, en qualifiant abus de droit l'atteinte à la liberté générale d'action qui appartient à tout homme.".

Une autre analyse, plus récente, a vu dans la grève l'exercice d'un pouvoir[1489], ce dernier étant susceptible d'être contrôlé à travers le mécanisme du détournement de pouvoir. Cette dernière analyse a le mérite de mettre l'accent sur la finalité, le but dans lequel la prérogative doit être exercée.

Mais il peut également être soutenu que la grève participe des institutions juridiques. Aussi la question pourrait être posée de savoir si la grève, qui ne poursuivrait pas pour finalité la satisfaction de revendications professionnelles, ne pourrait pas être taxée de détournement d'institution[1490] ?

Face à la diversité des qualifications proposées, il peut être intéressant d'analyser ce genre de situations, sous l'angle du concours idéal de qualification. La solution a en effet le mérite de garder à chacune des différentes notions en concours ses caractéristiques propres, sans

---

[1485] Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 9ème éd., T. 2, Paris, 1923, n°872, p. 290.

[1486] V. not. Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 9ème éd., T. 2, Paris, 1923, n°872, p. 290. Jacqueline LEMEE, *Essai sur l'abus de droit*, Thèse, Paris XII, 1977, n°678, p. 481 : "Ce droit ne peut être exercé que dans un but précis ... L'usage de la grève dans un autre but serait abusif.".

[1487] Jacqueline LEMEE, *Essai sur l'abus de droit*, Thèse, Paris XII, 1977, n°677, p. 480.

[1488] RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, d'après le Traité de Planiol, T. II, Paris, 1957, n°971, p. 366. MARTY et RAYNAUD, *Droit civil. Les Obligations*, 2ème éd., T. I, Les sources, Sirey, 1988, n°479, p. 544.

[1489] Jacqueline LEMEE, *Essai sur l'abus de droit*, Thèse, Paris XII, 1977, n°678, p. 480 : "La grève constitue un droit fonction. Cela résulte du droit positif, de la définition de la grève … La grève est la cessation concertée du travail en vue d'appuyer les revendications professionnelles ».". V. *Contra* Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°226, P. 144.

[1490] Sur cette question, cf. infra, p. 392 et s.

chercher à tout prix à trouver celle qui fédère toutes les autres. Il en résulte davantage de précision, quant aux notions étudiées et le risque de confusion entre elles est alors écarté[1491].
Confronté à une grève qui pourrait recevoir plusieurs qualifications, le juge doit alors rechercher quelle va être la qualification la mieux adaptée, pour sanctionner efficacement le comportement déviant[1492].

384. L'admission de l'existence d'un possible concours idéal de qualification entre détournement d'institution, abus de droit, détournement de pouvoir et fraude, met donc l'accent sur les liens très étroits qui unissent les différentes notions abordées entre elles.
Non seulement très proches dans leurs conditions de mise en œuvre, ces différentes notions le sont également quant au fondement de leur sanction et quant aux difficultés liées à la preuve.

[1491] Cependant, il ne faut pas, ce faisant, occulter le fait que certaines notions ont eu besoin pour émerger, de passer par le moule de concepts déjà éprouvés, avant de pouvoir accéder à une certaine autonomie juridique.
La science du droit connaît comme les autres sciences une évolution qui permet de découvrir de nouveaux concepts, inconnus jusqu'alors, ces concepts étant rarement créés *ex nihilo* et devant souvent passer par les concepts existants avant de prendre leur envol.
[1492] Cf. infra, p. 474.

SECTION II : CONSEQUENCES SUR LE FONDEMENT DE LA SANCTION ET LA PREUVE

385. La grande proximité qui unit les notions de détournement d'institution, de détournement de pouvoir, d'abus de droit et de fraude suggère qu'un fondement commun expliquerait le recours à de telles notions au sein de notre système juridique (§1).
Cette « parenté » très proche permet de comprendre aussi que des questions identiques se posent en matière de preuve (§2).

§1- Un fondement identique ?

386. L'idée de base est assurément à chaque fois la même, la « chose juridique », le droit, le pouvoir, la règle de droit, l'institution est perçue par l'utilisateur comme une arme dont il se sert pour atteindre le but qui est le sien, sans se préoccuper du but pour lequel cette arme a été instituée. Le mécanisme juridique n'est qu'un moyen au service d'une fin – fin égoïste et personnelle de l'utilisateur − qui ne tient pas compte de la fin pour laquelle le mécanisme a été créé.
C'est alors au juge, saisi des conditions de l'utilisation du mécanisme en question, de dire si l'utilisation a été conforme ou non, au but pour lequel le mécanisme a été institué et d'en sanctionner éventuellement la mauvaise utilisation.
Comme l'indique Gérard LYON-CAEN[1493] : "Trouver un moyen efficace et régulier fourni par le Droit, de ne pas respecter le Droit : n'est-ce pas ce qu'on va réclamer à un juriste ?". Il poursuit : "La fraude *n'est donc pas l'illégalité* ; elle est la légalité contre la loi, l'utilisation des failles de l'ordonnancement juridique, ou mieux : des incohérences existant entre Droit commun et législation particulière ; principes généraux et lois de circonstance ; technique et équité.". Combattre la fraude consiste pour l'auteur à "déceler si un processus d'apparence régulière ne sape pas les fondements mêmes de telle institution.".
Deux idées se retrouvent constamment en doctrine pour expliquer la sanction des violations de l'esprit du droit[1494].

387. D'abord, tous ces mécanismes constituent des instruments de police du Droit.
L'abus de droit, par exemple, est présenté comme "**un instrument de police des droits subjectifs** par rapport à la finalité que leur assigne le droit objectif."[1495]. Et "cette police des

[1493] *La fraude à la loi en matière de licenciement*, Droit social, avril 1978, p. 67 et s., spéc. p. 67.
[1494] Emmanuel GAILLARD, par exemple, relève un trait commun à la fraude et au détournement de pouvoir consistant, pour le juge, à "découvrir l'esprit de la législation et de sanctionner des violations de l'esprit et non de la lettre de la loi.". Emmanuel GAILLARD. *Le pouvoir en droit privé*, Economica 1985, n°167, p. 106.

droits subjectifs est assurée *au regard de l'ordre juridique*, par référence aux limites qui leurs sont assignées par le droit objectif."[1496].

Il en résulte que "La théorie de l'abus de droit acquiert alors une fonction plus *politique*, car il s'agit de définir la finalité du droit exercé, et de contrôler l'adéquation de l'exercice du droit à cette finalité. La référence à la fonction politique de l'abus de droit doit être employée avec prudence ... On entend seulement par là que l'ordre social, donc l'ordre juridique, repose sur l'équilibre des rapports sociaux, donc des rapports de droit. A cet égard, en contrôlant leur exercice, le juge n'assure pas uniquement la police des droits subjectifs ; dans le même temps, il contribue à la cohérence de l'ordre juridique, et au respect des finalités du système juridique"[1497].

Le détournement de pouvoir présente, d'après certains auteurs, la même caractéristique. En effet, Victor ALTABERT[1498] affirmait que "le détournement de pouvoir est une police interne des actes administratifs qui permet de faire respecter l'esprit des pouvoirs des administrateurs.".

D'autres auteurs vont en ce sens, s'agissant de la fraude, car "Comme celle de l'abus de droit, la théorie de la fraude est un mécanisme d'auto-défense du droit, qui lui permet de corriger les déviations auxquelles peut conduire la mise en œuvre des règles juridiques. Comme elle, elle répond à l'idée que le droit ne peut tolérer que les institutions juridiques soient détournées de leur finalité et que la lettre des institutions soit utilisée au détriment de leur esprit." [1499].

En fait, "La règle de droit mise en œuvre par le sujet n'a pas pour fonction d'éluder une autre règle obligatoire. La manipulation ainsi subie par la loi est abusive. La sanction de la fraude et de l'abus de droit procède du même esprit ; « il s'agit de deux procédés de la technique

[1495] Loïc CADIET et Philippe LE TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Civ. Dalloz, 2008, n°29, p. 9. GHESTIN et GOUBEAUX, n°760, p. 746. G. COURTIEU, *Abus du droit d'agir en justice*, Jurisclasseur civil, Art. 1382 à 1386, fasc. 131-30, 2005, n°3, p. 3. Les auteurs parlent aussi d'«instruments» ou de «mécanisme d'autodéfense» du droit (BERGEL, n°242). A. PIROVANO, *La fonction sociale des droits. Réflexions sur le destin des théories de Josserand*, D. 1972, chron., p. 67. Pour JOSSERAND (*De l'esprit des droits, cité supra*, n°57, p. 80, "il serait intolérable que les moyens mis à notre disposition pour nous permettre d'obtenir justice puisse être mis au service de la violence, de la rapine ou du dol et que le droit fût ainsi violé et vaincu par ses propres armes utilisées à fin d'effraction.".

[1496] Loïc CADIET et Philippe LE TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Civ. Dalloz, 2008, n°31, p. 9.

[1497] Loïc CADIET et Philippe LE TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Civ. Dalloz, 2008, n°31, p. 9. *Contra* Emmanuel GAILLARD. *Le pouvoir en droit privé*, Economica 1985, n°167, p. 106. La position de Monsieur GAILLARD est cohérente, dans la mesure où il limite l'abus de droit à la recherche de l'intention de nuire et à ses équivalents. V. Stéphanie MORACCHINI-ZEIDENBERG, *L'abus dans les relations de droit privé*, Thèse, Bordeaux IV, 2002, p. 137 et s.

[1498] Victor ALTABERT, *Comparaison entre les théories jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoir en droit public*, Thèse, Dijon, 1951, p. 93.

[1499] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°242, p. 277. Comp. la formule de José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude à la loi en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 212 : "Pas plus que la morale, le Droit ne peut tolérer que ses prescriptions soient éludées par la ruse. La répression de la fraude est rendue nécessaire par le *trouble social* qui résulterait d'une telle tolérance", ou encore de Bernard AUDIT in *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n° 512, p. 408 : "on ne peut tolérer que les individus décident eux-mêmes s'ils obéiront ou non à la loi.".

juridique entre lesquels il serait vain de chercher des différences profondes. Ce sont deux moyens de parvenir à une même fin."[1500].

Le détournement d'institution présente donc comme justification commune à l'abus de droit, au détournement de pouvoir et à la fraude, d'avoir pour objet de contrôler l'utilisation faite des institutions ou des prérogatives juridiques[1501].

388. Mais les auteurs se séparent lorsqu'il s'agit de proposer une explication justifiant le rôle de « police » dévolu à ces divers instruments[1502].

Actuellement, la doctrine semble s'orienter vers l'idée que "L'ordre juridique «assure au profit de chaque individu une sphère de libre action et d'initiative, parce qu'il s'attend à une collaboration active de celui-ci dans la poursuite du bien commun» ... Tel est, pensons-nous, le sens profond de la limitation «interne» des droits tirée de la conformité de leur exercice à leur fonction sociale. Le droit manquerait à sa mission s'il se bornait à enregistrer les rapports de force ou à consolider indéfiniment les positions acquises. Il doit, au contraire, orienter l'activité humaine en fonction d'une éthique inspirée par la recherche de la Justice. Les droits subjectifs comptent parmi les moyens tendant à atteindre le bien commun ; leur exercice cesse d'être justifié lorsqu'il a lieu à l'encontre de ce but." [1503].

[1500] Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n°833, p. 822/823. Comp. Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°241, p. 276 : "Toutes ces situations méconnaissent l'esprit du droit bien qu'elles soient conforme à sa lettre. L'esprit l'emportant sur la lettre, le droit les sanctionne selon des procédés divers dont le plus fréquent est la responsabilité civile de l'auteur de l'abus de droit.".

[1501] Cf. Emmanuel DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, Méthodes du droit, 2005, p. 158 : "En droit, ce sont donc essentiellement les théories de l'abus de droit et de l'abus de pouvoir qui sont évoquées afin de renforcer le contrôle des détenteurs de pouvoir.".

[1502] Pour certains, ce sera la morale : Jean CARBONNIER. Droit civil. Introduction. 22ème éd. mise à jour, PUF, 1994, n°16, p. 41 : "La morale collective est, pour une large part, une morale *coutumière*. C'est la coutume qu'il faut entendre sous les bonnes mœurs (a. 6, 1133), la coutume des honnêtes gens. Mais ce peut être aussi une morale des *principes*. Principes philosophiques ...principe de réciprocité (le principe synallagmatique, a. 1134), principe de proportionnalité (rien de trop, a. 1152 al. 2). Aujourd'hui cependant, non moins pressants sont les principes politiques, les valeurs qui se veulent universelles, des déclarations de droits". Cf. Loïc CADIET, Philippe le TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Dalloz de droit civil, 2008, n°6, p. 3, déjà cité : "il manifeste [ce courant contemporain de l'extension du contrôle judiciaire] l'intrusion plus grande qu'auparavant d'une pincée d'éthique ... et de l'avènement de ce qu'un auteur a nommé « le contrat moral ».". Pour d'autres, ce sera l'équité : Christophe ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000.

[1503] Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n°765,p. 752. Ils écrivent également que "les limites «internes» des droits subjectifs sont assez rarement exprimées formellement par la loi ... De sorte que c'est dans les principes généraux voire dans l'esprit du système juridique qu'il faut chercher de telles limites". V. également, n°788, p. 772 ; n°789, p. 772 et s. ; *Traité de la formation du contrat*, par J. GHESTIN, 3ème éd., LGDJ 1993, n°236, p. 211. Cf. également Michel VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, dans *Le rôle de la volonté dans le droit*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1957, p. 87 et s., spéc., p. 97. Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004.

389. Par ailleurs, il est apparu que le détournement d'institution avait également vocation à mettre en lumière l'inadaptation des règles ou de la loi à certaines situations de fait. Le juge, d'une certaine manière, en sanctionnant le détournement d'institution, invite le législateur à réagir et à intervenir, en pointant du doigt un grippage du système[1504]. Le législateur a alors soit la possibilité de valider la pratique qui s'est instaurée, en modifiant le but de l'institution qui a été détournée, ou en créant de toutes pièces une institution nouvelle[1505] ; soit au contraire en confirmant l'orthodoxie de la jurisprudence intervenue[1506].

Un phénomène identique a été mis en lumière par la doctrine, à propos de l'abus de droit, du détournement de pouvoir ou de la fraude à la loi. Emmanuel GAILLARD[1507] expliquait, par exemple, qu'"Il arrive fréquemment en effet que le contrôle de la pureté des intentions du titulaire du pouvoir ne fasse qu'annoncer le contrôle du dépassement des limites objectives qui seront ultérieurement assignées à ce droit ... L'idée est familière aux publicistes qui ont vu se multiplier les cas dans lesquels le développement des exigences de la légalité objective suffit aujourd'hui à justifier la nullité d'actes qui tombaient naguère sous le coup du contrôle du détournement de pouvoir. En droit privé, l'observation s'applique au contrôle judiciaire de la fraude qui précède souvent une modification du contenu de la règle tournée qui la rendra plus difficile à éluder.".

Madame LEMEE[1508] a fait observer que "les limites des droits peuvent se déplacer et se déplacent parfois beaucoup en dehors de l'intervention du législateur, et sans le secours de la théorie de l'abus. Affirmer le contraire serait méconnaître le rôle créateur de la jurisprudence en marge de la loi, en utilisant les institutions existantes, précisément pour répondre aux besoins de l'évolution. Notre droit positif présenterait maints exemples de semblables constructions.".

390. Au fond, il apparaît les observations faites à propos du fondement de la sanction du détournement d'institution se retrouvent, lorsqu'il est question de détournement de pouvoir, d'abus de droit et de fraude.

Et il n'y a rien de surprenant à cela. A partir du moment où l'on part du postulat que tous ces mécanismes reposent sur l'idée qu'ils sont détournés de leur finalité, le fondement de leur

---

[1504] Des réflexions ont également été menées sur le détournement de finalité des droits, dans le cadre d'études consacrées à l'abus de droit dans les contrats. Ainsi, J. GHESTIN, *L'abus dans les contrats*, Gaz. Pal. 1981, 2, doct., p. 379 et s., spéc. p. 380 : écrit-il que "Les « limites internes » des droits subjectifs sont assez rarement exprimées formellement par la loi lorsqu'elle énonce les prérogatives qu'elle accorde. De sorte que c'est dans les principes généraux, voire dans l'esprit du système juridique, qu'il faut chercher de telles limites. C'est tout naturellement le juge qui, sous le contrôle de la Cour de cassation, prend l'initiative d'un tel contrôle.".

[1505] Cf. l'institution du PACS par la loi n°99-944 du 15 novembre 1999.

[1506] Cf. la prohibition des maternités de substitution par le Code civil.

[1507] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p. 154.

[1508] *Essai sur l'abus de droit*. Thèse, Paris XII, 1977, n°133,p. 90.

sanction tient au respect de l'esprit du Droit (avec les réserves qui y ont été apportées dans le cadre des développements consacrés au détournement d'institution).

391. On y retrouve, de la même manière, l'effet justificatif attaché à l'intérêt légitime.
JOSSERAND n'avait-il pas précisément proposé de rechercher l'éventuel détournement du droit de sa fonction sociale, dans l'absence ou l'existence d'un intérêt légitime à agir du titulaire du droit ? Il écrivait que "Le critère finaliste tiré du but, de l'esprit des droits, présente, comme on le lui a reproché mais dans une moindre mesure, un caractère abstrait et fugitif qui pourrait soulever de sérieuses difficultés d'application s'il n'était heureusement concrétisé grâce à l'utilisation du *motif légitime* qui en constitue l'expression sensible et comme la figuration."[1509]. JOSSERAND précisait que "l'acte sera normal ou abusif selon qu'il s'expliquera ou non par un motif légitime qui constitue ainsi la véritable pierre angulaire de toute la théorie."[1510]. JOSSERAND affirmait, à juste titre, que ce critère était l'œuvre de la jurisprudence elle-même : "constamment, il est fait mention, dans des décisions intervenues à l'occasion de l'exercice régulier ou abusif de nos droits, du *motif légitime*, ou de *l'intérêt légitime*, ou de la *cause légitime*, ou *juste motif* ou du *mobile légitime*, toutes formules interchangeables ... correspondant ... au concept de la finalité des droits, et constituant comme le *leitmotiv* de l'œuvre toute entière."[1511].
La notion de motif légitime, a été critiquée en doctrine.
Madame LEMEE[1512] explique ainsi que "lorsque les tribunaux s'interrogent sur la légitimité de l'intérêt poursuivi par le titulaire d'un droit, ils recherchent bien autre chose que le but social ou économique poursuivi par le législateur en conférant le droit, ainsi que le voulait JOSSERAND et quelque chose de beaucoup plus terre à terre. Les tribunaux en réalité s'interrogent sur le point de savoir si, par l'acte incriminé, le titulaire du droit poursuivait bien son propre intérêt, son intérêt légitime au sens le plus vulgaire du terme, intérêt matériel appréciable en argent.".
Pris dans ce sens, ce n'est pas ainsi que la jurisprudence conçoit l'intérêt légitime, en matière de détournement d'institution. Pour ne prendre que l'exemple du mariage, dans l'affaire

---

[1509] Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits précité*, n°296, p. 400. V. déjà, R. JANNOT, *De la responsabilité civile pour abus de droit*, Thèse, Paris, 1906, p. 92/93. René DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, T. IV, Paris, 1924, n°684, p. 371/372.
[1510] *Ibid.*, n°296, p. 401.
[1511] *Ibidem*, n°297, p. 401.
[1512] J. LEMEE, *Essai sur la théorie de l'abus de droit*. Thèse, Paris XII, 1977, n°120, p. 81. Monsieur COURTIEU pour sa part, reproche à la notion de motif légitime « l'ambivalence du critère» : "s'il peut se rattacher à deux conceptions aussi opposées que l'intention de nuire et la conception finaliste, c'est vraisemblablement que sa valeur explicative est nulle." (*Abus de droit. Notion.* Jurisclasseur civil, Art. 1382 à 1386, fasc. 131-10, 2005, n°28, p. 10).

Appieto, l'intérêt légitime à détourner l'institution a été de légitimer un enfant naturel[1513], pas d'apprécier un intérêt en argent,

De ce point de vue, l'analyse est plus proche de celle que menait JOSSERAND, à une nuance près : JOSSERAND considérait que l'acte justifié par un motif légitime était « normal », alors que lorsqu'un détournement d'institution a été réalisé dans un but légitime, le détournement existe bien, mais la sanction en est paralysée du fait du but légitime qui est poursuivi.

392. En outre, d'autres auteurs ont également admis le contrôle du motif légitime, pour d'autres mécanismes que l'abus de droit ou le détournement d'institution.

S'agissant du détournement de pouvoir, Monsieur LOKIEC[1514], par exemple, considère que : "Le contrôle des motifs légitimes est sans doute l'un des plus précieux indicateurs de la présence d'une logique du pouvoir, dès lors qu'il traduit l'exigence de conformité au bien commun."[1515]. Monsieur LOKIEC[1516] considère par ailleurs que le contrôle des motifs de la décision se fait par référence à un standard en matière de détournement de pouvoir qui est "conçu comme une technique de renvoi.".

L'auteur explique en effet que "L'analyse des décisions de justice montre que le contenu de ces standards ne dépend pas d'une simple opération d'interprétation de la loi mais d'une opération de justification par laquelle le juge contrôle la légitimité du motif au regard du bien commun.".

En matière de fraude, Jacques GHESTIN[1517] rappelle que "l'existence d'un motif légitime à l'opération entreprise par le sujet exclut la fraude".

[1513] A une époque où toutes les filiations n'avaient pas la même valeur … Cf. *supra*, 1ère partie, p. 161 et s.

[1514] Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels.* LGDJ, 2004, n°414, p. 302.

[1515] Monsieur LOKIEC explicite un peu plus loin cette conception, en la confrontant à la notion de « motif légitime », dégagée par JOSSERAND comme critère ultime de l'abus de droit : "Rattaché au régime du pouvoir, le « motif légitime » acquiert un contenu plus riche que celui que lui confère Josserand sur le fondement de l'abus de droit. Pour l'auteur, "l'acte injustifié (...) ne revêt un caractère illicite que parce que la volonté dont il émane s'est trouvée en contradiction avec le vœux du législateur et l'esprit de l'institution. Si le standard est une technique de renvoi, son contenu doit être déterminé non par une interprétation de la loi mais par un renvoi au registre du bien commun. Il convient ainsi de rechercher les formes de bien commun reconnues comme légitimes par l'ordre juridique." (*Ibid.*, n°422, p. 309).

[1516] *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels,* LGDJ, 2004, n°411, p. 301.

[1517] Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n°751, p. 738. Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 148 : "les différentes attitudes de la jurisprudence convergent vers une même préoccupation, à savoir l'appréciation de la finalité de l'institution à promouvoir. Tel but est-il jugé socialement désirable, en dépit d'une prohibition légale ? Alors les tribunaux ferment complaisamment les yeux et valident avec bienveillance l'emploi de la technique équivoque.". L'auteur se demande "Comment justifier une telle jurisprudence qui permet si complaisamment aux intéressés de paralyser les règles légales les plus impératives ? A vrai dire, seule la légitimité du but poursuivi permet de répondre à cette question." (*opus cité*, p. 160). En droit du travail, le portage salarial a été légalisé, bien qu'il réalise une fraude à la loi sur l'interdiction de la fourniture de main d'œuvre à but lucratif, parce que "les acteurs sociaux

Le fait que l'on trouve, également présent non seulement en matière de détournement d'institution ou d'abus de droit, mais aussi dans le cadre du détournement de pouvoir ou de la fraude à la loi, l'effet justificatif accordé à l'intérêt légitime, s'explique par l'idée que le Droit doit s'adapter aux faits qui lui servent de support. Le Droit n'est pas seulement l'application mécanique de la loi. La cohérence du système juridique est illustrée par l'existence d'une problématique commune à tous ces instruments de « défense » du Droit.

393. Le fondement de la sanction du détournement d'institution, de l'abus de droit, du détournement de pouvoir et de la fraude à la loi est commun à toutes ces notions, ce qui n'est pas étonnant, puisque tous ces mécanismes reposent sur la même idée qu'ils ne doivent pas être détournés de leur finalité.

Pour les mêmes raisons, d'autres questions liées au régime juridique de ces différents concepts soulèvent des difficultés identiques, quel que soit l'instrument concerné, il s'agit essentiellement des problèmes liés à la preuve de l'existence du détournement, qui a été réalisé.

§2- L'identité des problèmes en matière de preuve

394. Il a été montré que la reconnaissance du détournement d'institution, en pratique, se jouait souvent sur le terrain de la preuve.

En fait, la difficulté principale concerne, en ce domaine, l'établissement de l'élément intentionnel du détournement d'institution[1518].

Mais la question n'est pas nouvelle, et a déjà été soulevée par la doctrine à propos de l'abus de droit et du détournement de pouvoir. Beaucoup d'auteurs considèrent qu'à partir du moment où l'intention est extériorisée, elle va se matérialiser par des actes, que le droit pourra alors avoir vocation à appréhender. Georges RENARD[1519] rappelait ainsi qu'il "n'est pas

ont considéré que cette forme d'activité répondait à « un besoin social dans la mesure où elle permet le retour à l'emploi de certaines catégories de demandeurs d'emploi, notamment des seniors » et qu'il convenait de l'organiser et de la sécuriser.". Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°368-1, p. 477 et s.

[1518] Cf. supra, 1ère partie, preuve du détournement d'institution, p. 228 et s.

[1519] Georges RENARD, *La philosophie de l'Institution*, Sirey, 1939, p. 266. La même idée est exprimée par André DESQUEYRAT : "De même, les motifs ou les mobiles n'intéressent le droit que s'ils acquièrent une certaine publicité, que s'ils deviennent sociaux. Tant qu'ils restent dans le « for des consciences » ils ne peuvent devenir juridiques." (André DESQUEYRAT, *La théorie de l'institution, le droit objectif et la technique positive. Essai historique et doctrinal*, Thèse, Paris, Sirey, 1933, p. 209/210). Enfin Julien BONNECASE soulignait que'"la règle de droit n'intervient que dans le domaine de la vie extérieure et à l'occasion des agissements également extérieurs qui la traduisent ; elle se refuse à pénétrer dans le for intérieur … du moins quand il ne s'extériorise pas, car dans l'hypothèse opposée il en va autrement" (Julien BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit. Notions élémentaires*, 3ème éd., Sirey, 1939, n°17, p. 37).

exact que le droit ne s'occupe pas des intentions ; mais il n'en connaît qu'à travers les signes extérieurs qui les trahissent ou les font présumer.".

L'avantage du détournement d'institution, par rapport aux notions voisines d'abus de droit et de détournement de pouvoir, est que le mobile ou le motif de l'utilisation de l'institution apparaît, semble t'il, assez facilement dans les faits de l'espèce. Le but recherché par l'utilisateur est en général ostensible, ce qui facilite d'autant sa confrontation avec le but poursuivi par l'institution.

Dans l'abus de droit ou le détournement de pouvoir, les mobiles ou les motifs de l'acte sont parfois plus difficiles à découvrir, car ils ne s'évincent pas toujours des circonstances qui entourent l'utilisation de la prérogative ou l'acte. Une explication possible de ce phénomène pourrait provenir du fait que l'institution présente, par nature, un caractère objectif, alors que droit subjectif et pouvoir sont, par nature également, des prérogatives subjectives[1520].

395. Si l'on prend l'exemple du détournement de pouvoir, la doctrine observe que "Il est très difficile pour un juge de déterminer dans quel but une décision a été prise, parce que la finalité de la décision est subjective. Le rapprochement du but et de l'intention atteste du caractère « subjectif » du contrôle du détournement de pouvoir, qui invite le juge à rechercher « l'esprit de l'agent », la « représentation psychologique du but à atteindre"[1521].

La conséquence de ce phénomène se situe au niveau de la preuve du détournement de pouvoir : "Se situant sur le terrain « très abstrait des mobiles, des intentions, des buts », le détournement de pouvoir est donc « particulièrement difficile à prouver », d'autant que la charge de la preuve pèse sur celui qui l'invoque. C'est ce qui explique que « le point central de la théorie générale du recours pour détournement de pouvoir [soit] finalement la question de la preuve.".[1522].

396. En matière d'abus de droit, il faut concéder que la question de la preuve de l'abus de droit ne passionne pas, loin s'en faut, la doctrine. L'explication repose en partie sur le fait que certains aspects de la preuve de l'abus de droit ne soulèvent pas de difficultés particulières : c'est le cas, par exemple, s'agissant de la charge de la preuve[1523].

[1520] Cf. infra, p. 363 et s.

[1521] Monsieur LOKIEC semble perdre de vue que la finalité du pouvoir peut être déterminée de manière objective, en recherchant quel but poursuivait le législateur lorsque le pouvoir en question a été octroyé. Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels.* LGDJ, 2004, n°392, p. 286.

[1522] Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels.* LGDJ, 2004, n°392, p. 286.

[1523] Cf. R. JANNOT, *De la responsabilité civile par suite de l'abus de droit,* Thèse, Paris, 1906, p. 120. V. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits, cité supra,* n°315 et s. Conformément à l'article 1315 alinéa 1 du Code

En ce qui concerne les faits à prouver, JOSSERAND précisait qu'une double preuve devait être apportée par le demandeur à l'action : "l'acte abusif n'engage la responsabilité de son auteur qu'à la double condition de constituer un détournement par rapport à la fonction, à la finalité de la prérogative en cause, puis d'avoir causé un dommage à autrui"[1524]. D'autres auteurs n'abordent ce problème que par rapport à l'étude du critère de l'abus qu'ils ont retenu, mais pas d'un point de vue général[1525].

Louis JOSSERAND voyait, en ce qui le concerne, une certaine facilité dans la preuve avec la notion de détournement de finalité car "le demandeur doit prouver, non pas précisément que son adversaire a obéi à un mobile déterminé, mais qu'en fait et dans l'espèce, le droit dont il s'est servi a été détourné de sa fonction sociale … preuve négative sans doute, mais preuve relativement facile et qui, en fait, a été fréquemment administrée."[1526].

397. S'agissant de la fraude à la loi, la problématique est identique. Pour José VIDAL[1527], "Il faut en effet prouver d'une part le *résultat frauduleux* : l'éviction d'une règle obligatoire ; d'autre part *l'intention frauduleuse* de l'auteur de l'acte litigieux … La preuve du résultat frauduleux ne soulève guère de difficulté ; elle relève du pur domaine de la constatation. Il suffit en effet de montrer que l'acte suspecté de fraude aboutit à un résultat interdit par une règle obligatoire. Ceci résulte simplement de la confrontation de la règle éludée et de l'acte litigieux.".

Monsieur VIDAL considérait par contre, tout comme en matière de détournement de pouvoir, que "La preuve de l'intention frauduleuse de l'auteur de la fraude … est beaucoup plus complexe. Il s'agit en effet d'une preuve d'intention qui le plus souvent ne peut se faire directement. Les indices occupent ainsi une place prépondérante parmi les moyens de preuve de la fraude."[1528].

civil, elle pèse sur celui qui invoque l'existence de l'abus de droit, "*actori incombit probatio*". Si l'abus de droit est invoqué à titre d'exception, c'est le plaideur soulevant cette exception qui devra en faire la preuve, conformément aux dispositions de l'article 1315 alinéa 2, du Code civil, "*reus in excipiendo fit actor*". En ce qui concerne les modes de preuve, l'abus de droit s'analyse en un fait juridique, la preuve pourra donc en être apportée par tous moyens.

[1524] Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 2ème éd., Sirey, 1939, n°315, p. 424.

[1525] *Ibid.* et n°320, p. 428.

[1526] Cf. *supra*, p. 317 et s. Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 2ème éd., Sirey, 1939, n°296, p. 400. V. déjà, R. JANNOT, *De la responsabilité civile pour abus de droit*, Thèse, Paris, 1906, p. 92/93. René DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, T. IV, Paris, 1924, n°684, p. 371/372.

[1527] José VIDAL. *Essai d'une théorie générale de la fraude à la loi en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 433.

[1528] José VIDAL. *Essai d'une théorie générale de la fraude à la loi en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 433.

Du point de vue de la preuve, le détournement d'institution ne manifeste pas donc d'originalité par rapport à l'abus de droit, au détournement de pouvoir ou à la fraude.
L'idée d'une absence de spécificité du détournement d'institution, par rapport aux autres instruments « d'auto défense du Droit », que ce soit en matière de fondement de la sanction ou de la preuve est indéniable.

398. Une fois la preuve du « détournement » rapportée, détournement d'institution, abus de droit, détournement de pouvoir et fraude à la loi ont en commun que le juge se doit livrer, à chaque fois, au même type de contrôle, consistant à confronter le but poursuivi par l'utilisateur de l'institution, du droit, du pouvoir ou de la loi, avec l'esprit de l'institution, du droit subjectif, du pouvoir ou de la loi.
Le détournement apparaît si le but poursuivi contrarie l'esprit du mécanisme en cause.
Emmanuel GAILLARD[1529] expliquait que le contrôle du détournement de pouvoir consiste "à confronter le mobile qui a animé l'auteur de l'acte au but poursuivi par la norme dont il tient ses pouvoirs ... C'est l'inadéquation des mobiles au but qui caractérise le détournement de pouvoir.".
En matière de fraude à la loi, la démarche du juge est une démarche objective, qui consiste à rechercher objectivement s'il y a une raison à l'acte. S'il n'y en a pas (« l'acte n'a pas d'autre but que »), la fraude apparaît.
Pour le juge, donc, quel que soit l'instrument qui lui est proposé pour sanctionner le détournement de la finalité d'un mécanisme juridique, la problématique est la même : il doit déterminer la finalité du mécanisme juridique concerné, puis confronter cette finalité avec les mobiles qui ont guidé l'action du sujet. L'absence de concordance entre les deux fait apparaître le détournement.

399. L'existence de profondes similitudes entre détournement d'institution, abus de droit, détournement de pouvoir et fraude est liée au fait que ces concepts participent tous de l'existence d'un détournement de la finalité d'un mécanisme juridique (institution juridique, droit subjectif, pouvoir, loi). Cette problématique commune rejaillit sur le régime juridique de ces différents instruments, qui, de fait présentent de nombreuses similitudes.

[1529] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°151, p. 98 ; n°164, p. 104 "le contrôle du détournement de pouvoir saisit tous les mobiles s'écartant de la finalité du pouvoir exercé.".

400. Tirer de l'existence de ces points de contact la conclusion que le détournement d'institution n'est, au fond, rien d'autre qu'un abus de droit ou qu'une fraude à la loi serait une erreur.

Car le détournement d'institution se démarque du détournement de pouvoir, de l'abus de droit et de la fraude et l'on peut affirmer son autonomie face aux autres outils de protection du système juridique, aussi bien en termes de notion, qu'en termes de régime.

TITRE II : LES SPECIFICITES DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION

401. En fait , en fonction de « l'outil» (droit subjectif, pouvoir, règle de droit, institution) qui est utilisé par le sujet de droit, pour commettre une violation de l'esprit du mécanisme utilisé, le juge retiendra l'appellation d'abus de droit, de détournement de pouvoir, de fraude à la loi ou de détournement d'institution. Plus qu'une différence de nature (il y a, dans chaque hypothèse, détournement de finalité d'un mécanisme), il faut davantage y voir une différence de degré.

Il est assez révélateur de constater, que l'agencement qui existe entre règle de droit, droit subjectif, pouvoir et institution juridique se retrouve lorsqu'il y a détournement de leur finalité.

Les spécificités du détournement d'institution, par rapport à ses « concurrents », se manifestent en fait aussi bien sur le plan de la notion (Sous-titre I), que sur le plan du régime juridique (Sous-titre II).

Sous-Titre I : L'autonomie du détournement d'institution sur le plan de la notion

Sous-Titre II : L'autonomie du détournement d'institution sur le plan du régime juridique

Sous titre I : L'autonomie du détournement d'institution sur le plan de la notion

402. En première partie, les éléments constitutifs du détournement d'institution ont été présentés : l'institution juridique d'abord, et la notion de détournement ensuite.

Ces deux éléments, qui ont permis de définir le détournement d'institution, doivent être à leur tour confrontés à d'autres notions, afin de s'assurer que le détournement d'institution ne peut être réduit à l'une d'entre elles.

Il a été indiqué que les institutions juridiques s'inscrivaient dans une logique d'organisation et de rationalisation du droit. Mais à côté des institutions juridiques, il existe d'autres « pièces », dans l'organigramme juridique, telles que les règles de droit (lesquelles se regroupent sous la bannière de l'institution), mais également les droits subjectifs et les pouvoirs. Etant donné les liens qui unissent les différents instruments «de police juridique » (le détournement d'institution n'est-il pas issu de réflexions doctrinales sur l'abus de droit ?), il s'avère indispensable de passer la notion d'institution au « banc d'essai comparatif », afin de confirmer son indépendance (Chapitre I).

Par ailleurs, la notion de détournement est souvent utilisée par la doctrine ou par la jurisprudence, comme synonyme d'abus, mais parfois aussi de déviation. Or il faut se demander si la déviation peut être assimilée au détournement, au même titre que l'abus ? Il n'est donc pas inutile de tenter de mieux cerner si la déviation d'une institution est identique à son détournement (Chapitre II).

Chapitre I : Spécificités des « mécanismes » juridiques : institution juridique et « prérogatives »

Chapitre II : La distinction du détournement de la déviation

Chapitre I : Spécificité des « mécanismes » juridiques : institution juridique et « prérogatives »

403. L'institution juridique, corps de règles liées entre elles par une finalité commune, est un élément d'organisation et de rationalisation du Droit. A ce titre, elle est proche de la loi, mais ne se situe pas sur le même plan que les droits subjectifs et les pouvoirs, qui sont des « prérogatives »[1530] et n'ont pas cette fonction.

Institutions et prérogatives diffèrent donc par leur nature, car les institutions et les lois sont des instruments d'organisation du droit objectif, alors que les prérogatives se situent dans la sphère subjective. Elles diffèrent aussi par l'objet sur lequel elles portent − ce qui est peut-être moins marqué en ce qui concerne la loi, mais l'est davantage pour les droits subjectifs et les pouvoirs − car l'institution juridique ne peut être réduite à une « prérogative ».

SECTION I : DES MECANISMES QUI NE SE SITUENT PAS SUR LE MEME PLAN

SECTION II : L'INSTITUTION, LES « PREROGATIVES » ET LA LOI

[1530] Sur cette notion, cf. *infra*, p. 384 et s.

SECTION I : DES MECANISMES SITUES SUR DES PLANS DIFFERENTS

404. La doctrine « traditionnelle » enseigne qu'institution, droit subjectif et pouvoir ne se situent pas sur le même plan. En effet, contrairement au droit subjectif et au pouvoir, qui peuvent être qualifiés de « prérogatives », l'institution et les règles de droit qui la composent sont des instruments de la technique juridique, des instruments d'organisation du droit, d'ordonnancement (§1).

Cette première différence essentielle entre ces différentes notions se double, lorsqu'on se situe à l'intérieur de la sphère du droit subjectif, d'une différentiation entre les notions d'abus de droit et de détournement de pouvoir, liée à la définition du droit subjectif (§2).

§1- L'institution juridique est un élément du droit objectif

405. Institution, règle de droit et loi appartiennent à la catégorie du Droit objectif, alors que droits et pouvoirs peuvent être rangés sous l'étiquette de « droits » subjectifs.

Ainsi que le rappelle Jean-Louis BERGEL[1531], "le droit objectif est généralement défini comme l'ensemble des règles de conduite qui régissent les rapports susceptibles de s'établir dans une société plus ou moins organisée.".

406. La distinction entre Droit objectif et droit subjectif a suscité l'intérêt de beaucoup d'auteurs[1532], y compris chez les publicistes[1533].

Dès le début du XXème siècle, Julien BONNECASE[1534] explicitait la distinction entre le « Droit et les droits » et précisait, ce faisant, ce qui séparait l'institution juridique du droit subjectif. BONNECASE expliquait en effet que "Le terme Droit, quand on l'oppose au terme droits, vise essentiellement l'ensemble des règles et des institutions juridiques qui assurent

---

[1531] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 4ème éd. Dalloz, 2003, n°30, p. 42. Loïc CADIET rappelle que tous les droits répondent à des conditions d'exercice définies par le droit objectif. *Abus de droit*, Rép. Civ. Dalloz, 2008, n°11, p. 4.

[1532] V. par exemple, A. E. GIFFARD, *Précis de Droit romain*, T. 1, 4ème éd., Dalloz, 1951, p. 7. Jean-Pierre GRIDEL, *Notions fondamentales du droit et droit français. Introduction. Méthodologie. Synthèses*, Dalloz, 1992, p. 18.

[1533] Maurice HAURIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, Cahiers de la nouvelle journée, IV, 1925, p. 2 et s., spéc. p. 3.

[1534] Julien BONNECASE, *Introduction à l'étude du Droit. Notions élémentaires.* 3ème éd., Sirey, 1939, p. 22. Du même auteur, *Introduction au Droit. Le problème du droit devant la philosophie, la science, la morale*, Sirey, 1926, n°67, p. 100. Jean DABIN, *Théorie générale du Droit*, 2ème éd., Dalloz, 1969, n°6, p. 6/7 : "c'est parce que le droit *objectif* a établi les institutions *objectives* de la propriété, de la puissance paternelle, de l'électorat ou de l'expropriation pour cause d'utilité publique … qu'il existe, au profit des individus ou des collectivités qui en réunissent les conditions légales, des droits (subjectifs) de propriété, de puissance paternelle, d'expropriation".

l'ordre social dans un milieu donné. Ces règles et ces institutions juridiques se traduisent pour les individus comme pour les groupes, par des prérogatives que l'on qualifie droits.".

Plus proche de nous, Emmanuel GAILLARD[1535] partageait la même vision des choses, car il précisait que "C'est à travers deux exemples, respectivement tirés du droit des régimes matrimoniaux et de celui de la propriété, que l'on s'efforcera de montrer que droits subjectifs et pouvoirs peuvent coexister au sein d'une même institution.".

La doctrine contemporaine ne dément pas une telle analyse. Philippe MALAURIE et Laurent AYNES[1536] affirment que la distinction entre droit objectif et droits subjectifs recouvre "une distinction capitale : celle qui oppose la règle générale et les prérogatives conférées aux sujets de droit. Par exemple, toute personne qui cause à autrui un dommage par sa faute doit le réparer (a. 1382) : c'est là la règle abstraite et générale, le droit objectif. Mais la prérogative de telle ou telle victime du dommage causé par la faute d'autrui est concrète et individuelle : elle est un droit subjectif.".

407. En partant de la distinction entre droit objectif et droit subjectif[1537], l'idée est que le droit objectif, via les institutions juridiques, reconnaît des prérogatives aux individus, des droits subjectifs[1538] et des pouvoirs.

[1535] *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°241, p. 155.

[1536] Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil. Introduction générale*, par P. MALAURIE et Patrick MORVAN, Defrénois, 2004, n°18, p. 13. Jérôme BONNARD, *Introduction au Droit*, 3ème éd. Ellipses, éd. Marketing SA, 2004, p. 8. STARCK, ROLAND et BOYER abondent dans le même sens : "Nos divers droit subjectifs n'existent qu'en vertu de normes qui en prévoient, expressément ou implicitement, l'existence. Il ne peut y avoir de droit subjectif dès lors que le droit objectif ne lui fournit pas une base, une justification." B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, T. 1, 5ème éd. , Litec, 1996, n°961, p. 176. Pour Jean CARBONNIER, par exemple, "Le droit subjectif apparaissant comme une certaine aire d'action circonscrite par le droit objectif, il semble qu'aucune objection ne puisse surgir tant que le titulaire demeure à l'intérieur de cette aire d'action, lors même que de son activité résulterait quelque dommage pour les tiers … C'est contre quoi se dresse la théorie de *l'abus des droits.* Si, sans dépasser les limites matérielles, un individu se sert de son droit pour nuire à autrui ; si, tout en respectant la lettre, il en viole l'esprit, on dira qu'il abuse, non pas qu'il use, de son droit, et cet abus ne peut être juridiquement protégé." Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, 25ème éd. refondue, PUF, 1997, n°183, p. 325. V. également, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème éd., LGDJ, 2001, p.107 et s.

[1537] L'institution est à rattacher au domaine du droit objectif, qu'il est classique d'opposer au droit subjectif. Le Droit objectif s'entend de l'"Ensemble des règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société. (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 333). En effet, en tant qu'ensemble de règles de droit, de *corps de règles*, l'institution peut rattachée au Droit objectif et être détournée de sa finalité : "le droit objectif, puisé dans la loi ou les règlements peut être détourné de son but pour des raisons intérieures, personnelles, raisons qui font un devoir au juge de s'inquiéter du but des actions de l'individu" (Victor ALTABERT, *Comparaison entre les théories jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoir en droit public*, Thèse, Dijon, 1951, p. 67).

[1538] Les droits subjectifs "sont les prérogatives – on dit aussi les intérêts – que le droit objectif consacre et sauvegarde au profit des *sujets de droit* ... Les sujets de droit sont essentiellement envisagés ici ... comme les supports de prérogatives reconnues et protégées par le système juridique." (François TERRE, *Introduction générale au Droit*, Précis Dalloz, 7ème éd., 2006, n°201, p. 161). Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°161, p. 311 : "Le droit objectif reconnaît aux individus des prérogatives, des aires d'action, des sphères d'activité, dont ils vont jouir sous la protection de l'Etat : ce sont les droits individuels, les droits subjectifs". V. également Jean PELISSIER,

Pour Gérard CORNU[1539], “L’ordre juridique n’est pas d’une seule pièce. Le droit objectif se divise en branches dont chacune se subdivise en rameaux. A la base, les règles de droit ne sont pas isolées : elles se réunissent pour former des ensembles dotés d’un degré croissant de généralité. Ainsi, les règles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux (art. 212 à 216 c. civ.) concourent à définir l’institution du mariage, laquelle est un élément du droit de la famille, lequel est une partie du droit civil, etc. Entre l’unité et le tout, il suffit de présenter les branches maîtresses du droit.”.

408. L’institution appartient donc au Droit objectif. La confirmation d’une telle proposition peut être trouvée dans la jurisprudence rendue à propos des affaires de maternités de substitution. En effet, dans l’une des affaires ayant donné lieu à intervention de la Cour de cassation[1540], la Haute juridiction avait été saisie par le Procureur général, dans le cadre d’un pourvoi dans l’intérêt de la loi. Selon Serge GUINCHARD[1541], il s’agit alors du “véritable *contentieux objectif* dans lequel l’action ne suppose pas une atteinte préalable à un droit subjectif, ni même l’atteinte à une liberté. Il s’agit de toutes les hypothèses où l’on demande au juge de vérifier s’il a été porté atteinte à une règle de droit objectif.”. Et Monsieur GUINCHARD cite à titre d’exemples : l’ « action d’office du ministère public dans les cas où l’ordre public est intéressé, pourvoi dans l’intérêt de la loi …action en nullité d’un mariage ».

Le pourvoi dans l’intérêt de la loi, réglementé par l’article 17 de la loi du 3 juillet 1967, permet au procureur général près la Cour de cassation “et lui seul”, rappelle Serge GUINCHARD[1542], de “former un pourvoi pour l’honneur des principes contre toute décision qui n’a pas été attaquée en temps utile par les parties, afin de faire cesser l’insécurité et le trouble social qui résultent parfois de la *violation de la loi* par un tribunal. Le texte, tenant compte de la Constitution de 1958 parle de « décision contraire aux *lois*, aux *règlements* ou aux *formes* de procéder ».”[1543].

Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°587, p. 720 : “Dans la palette des prérogatives qu’un système juridique comme le droit français conçoit, équipe et distribue, le pouvoir est une espèce distincte du droit subjectif.”. L’institution juridique s’en distingue en ce qu’elle n’est pas une prérogative, mais un ensemble de règles regroupées autour d’une finalité commune.

[1539] Gérard CORNU, *Droit civil. Introduction. Les Personnes. Les Biens*, 12ème éd., Domat, Droit, Montchrétien, 2005, n°26, p. 24.

[1540] Assemblée plénière, 31 mai 1991, précitée, v. 1ère partie, émergence jurisprudentielle du détournement d’institution.

[1541] Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 27ème éd. Refondue, 2003, n°101, p. 135.

[1542] Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 27ème éd. Refondue, 2003, n°1513, p. 1072.

[1543] Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 27ème éd. Refondue, 2003, n°1513, p. 1072.

409. Pour apprécier à quelle catégorie de mécanisme il est confronté, et déterminer s'il est en présence d'un détournement d'institution, d'un abus de droit ou d'un détournement de pouvoir, le juge peut alors prendre appui sur la distinction entre droit objectif ou droit subjectif, pour déterminer si le détournement réalisé a pour objet un instrument du droit objectif − une institution – ou une prérogative d'ordre subjective : droit subjectif ou un pouvoir.

Le critère tiendra au fait que ce sont les règles formant l'institution ou les prérogatives qui auront été détournées. Un autre critère peut aussi provenir de la finalité poursuivie par les utilisateurs du mécanisme en cause, car, bien que l'institution et les prérogatives soient toutes finalisées, la finalité poursuivie par chacune d'elle est différente et permet de dissocier ce qui relève de l'institutionnel, de ce qui est du domaine du « pouvoir ».

A l'origine, le juge a d'abord contrôlé la base de l'organigramme juridique décrit ci-dessus : contrôle de la conformité de la volonté avec le droit subjectif ou le pouvoir (ou contrôle de l'abus de droit et du détournement de pouvoir). Aujourd'hui le juge a élargi son contrôle à un stade plus élevé dans la hiérarchie des normes : il contrôle la conformité de la volonté avec l'esprit de l'institution.

410. En fait, bien que le détournement d'institution ait pris corps au sein de l'abus de droit, l'institution juridique doit être distinguée du droit subjectif.

Or, la notion de droit subjectif a été au cœur des réflexions sur la recherche du critère de l'abus de droit[1544]. En effet, la conception que certains auteurs ont eu du droit subjectif a conditionné leur vision de l'abus de droit (et du critère permettant de le mettre en lumière). Rappelons que deux thèses se sont affrontées à ce sujet.

Chacune des perceptions du droit subjectif a eu un impact sur la distinction entre droit subjectif et pouvoir, et par voie de conséquence, sur la distinction entre abus de droit et détournement de pouvoir. Car en droit privé, la notion de détournement de pouvoir "a souffert d'une double infirmité : n'étant reconnue par aucun texte légal, elle ne pouvait, en outre, se prévaloir d'aucune tradition historique.". La notion de détournement de pouvoir s'est, en réalité, essentiellement développée sous le masque d'autres notions telles que l'abus de droit ou plus spécialement la fraude[1545].

[1544] Cf. *infra*, p. 367 et s. Provisoirement, il peut être admis que le droit subjectif est une "prérogative attribuée à un individu dans son intérêt lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation.". (*Lexique de termes juridiques*, Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, 17ème éd., sous la direction de Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER, Dalloz, 2010, v. *Droit*, p. 271.).

[1545] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°159, p. 102.

Droit subjectif et pouvoir sont souvent qualifiés de « prérogatives » par la doctrine[1546]. Il est nécessaire d'examiner, ce qui se cache sous ce terme de « prérogative », pour être en mesure ensuite de distinguer l'institution de ces prérogatives. Il sera alors possible de voir comment se positionne le détournement d'institution dans cette problématique et dans l'organigramme juridique.

§2- Les droits subjectifs entre abus de droit et détournement de pouvoir

411. Après avoir présenté les théories prônées quant à la conception du droit subjectif et à leur impact sur la délimitation des domaines respectifs de l'abus de droit et du détournement de pouvoir (A), il conviendra de préciser les notions de droit subjectif et de pouvoir (B).

A- Position de la doctrine

412. Les controverses doctrinales très vives du début du XXème siècle, concernant la définition du droit subjectif, sont aujourd'hui apaisées (1) ... Sans que l'on puisse tout à fait dire que la question de la définition du droit subjectif ait été définitivement réglée (2).

1) La doctrine « classique »

413. Les difficultés concernant la notion de droit subjectif ont été cristallisées par l'émergence au début du XXème siècle, de thèses de doctorat consacrées à l'abus de droit, qui ont soutenu l'idée que les droits subjectifs étaient finalisés. Jusqu'alors l'idée dominante était que les droits subjectifs étaient laissés au libre arbitre de leur titulaire. Les controverses doctrinales sur la définition du droit subjectif ont également eu, par « ricochet », des répercussions sur la délimitation des domaines respectifs de l'abus de droit et du détournement de pouvoir.

La conception que les auteurs ont eu du droit subjectif (accordant une sphère de liberté plus ou moins grande à l'individu) a conditionné non seulement une vision large ou étroite de l'abus de droit, mais également, une vision large ou étroite des relations entre droit subjectif et pouvoir. Cela a évidemment eu un impact sur la distinction entre abus de droit et détournement de pouvoir.

[1546] Voir, par exemple, Mélina DOUCHY-OUDOT, Droit civil 1ère année. Introduction, personnes, famille, 5ème éd., Dalloz, Hypercours, 2009, n°273, p. 179.

414. Le choix du critère de l'abus de droit s'est donc opéré, en doctrine, en fonction de la représentation que l'auteur se faisait du droit subjectif[1547] : le droit subjectif était-il perçu comme une prérogative égoïste donnant une entière liberté à son titulaire, alors l'abus de droit ne pouvait être sanctionné que si le droit subjectif était exercé dans l'intention de nuire ; le droit subjectif était-il une prérogative finalisée, conçue comme la partie infime d'un tout auquel il était inexorablement lié, alors l'abus de droit se caractérisait par le détournement du droit de sa finalité.

Madame LEMEE[1548] a fort bien résumé cette position : "La jurisprudence est imprégnée du libéralisme ambiant et non du socialisme dont Josserand s'efforce de découvrir les signes avant-coureurs. Elle part de la conception d'IHERING, selon laquelle les droits sont des intérêts juridiquement protégés. Ils ne sont donc pas donnés à l'homme pour « le commun profit » selon l'expression des juristes du Moyen-âge, mais pour son plus grand profit personnel et égoïste. Dès lors ils sont exercés correctement lorsqu'ils le sont dans l'intérêt de leur titulaire … La seule limite étant tirée de l'interdiction que pose la morale courante de les utiliser dans le but de nuire volontairement à autrui.".

Il est pourtant possible de concilier liberté accordée à l'individu dans l'exercice de ses droits et respect de la finalité de ces derniers, la liberté trouvant sa limite dans le respect de la finalité du droit qui a été conféré[1549].

415. Pour les auteurs prônant la première thèse, le droit subjectif étant tout entier affecté à l'intérêt de son titulaire[1550], il se distingue des hypothèses dans lesquelles la prérogative est exercée dans un intérêt autre que celui de son titulaire, cette prérogative étant alors un pouvoir.[1551] Il s'ensuit que l'abus de droit et le détournement de pouvoir n'ont pas le même

---

[1547] Jacqueline LEMEE, *Essai sur l'abus de droit*, Thèse, Paris XII, 1977, n°596, p. 426.

[1548] Jacqueline LEMEE, *Essai sur l'abus de droit*, Thèse, Paris XII, 1977, n°120, p. 81.

[1549] Cf. [1549] Jacqueline LEMEE, *Essai sur l'abus de droit*, Thèse, Paris XII, 1977, n°596, p. 426, précitée. Voir également M. TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, Paris, 1901, p. 279.

[1550] MARTY et RAYNAUD, *Droit civil. Les Obligations*, 2ème éd., T. 1, Les Sources, Sirey, 1988, n°478, p. 542: "bien que n'étant pas confinés dans un individualisme égoïste et faisant place à certaines considérations sociales, tel le droit de propriété, les droits privés constituent avant tout des sphères d'autonomie qu'il est bien difficile d'enfermer a priori dans une finalité, une «ligne» précise dont la recherche systématique tendrait à les diminuer sinon à les détruire.".

[1551] Loïc CADIET présentait ainsi la problématique : "Tantôt le conflit vient de ce qu'un droit accordé pour la satisfaction de l'intérêt propre de son titulaire est détourné de sa fonction par l'exercice malveillant qui en est fait au détriment d'autrui ... Tantôt, au contraire, un pouvoir accordé dans l'intérêt d'autrui est détourné par celui auquel il a été conféré dans son intérêt égoïste ... On a proposé de parler d'abus de droit au sens strict, dans le premier cas, et d'abus de pouvoir dans le second.". Loïc CADIET, *Abus de droit*, Répertoire Dalloz de droit civil, 31 Août 1992, n°26/27, p. 7. V. Philippe LE TOURNEAU et Loïc CADIET. Droit de la responsabilité. Dalloz Action, 2008, n° 6865, p. 6862 : "Ainsi, l'abus de droit est partie prenante de la responsabilité civile, car user d'un droit contrairement à sa finalité, détourner une fonction ou un pouvoir, et agir sans mobile légitime, est commettre une faute ... D'où l'exigence, à côté de la faute, d'un préjudice particulier à autrui.". René SAVATIER expliquait que : "Le fonctionnaire qui détourne, pour défigurer ce but ou s'y opposer, les pouvoirs

domaine, puisque l'abus de droit n'appréhende que les hypothèses où le droit subjectif a été utilisé pour nuire à autrui, alors que le détournement de pouvoir concerne les cas dans lesquels la prérogative a été utilisée dans un but autre, que celui pour lequel elle aurait dû l'être.

C'est exactement l'opinion qu'a soutenue Emmanuel GAILLARD : il estimait que "Par nature, les prérogatives «égoïstes» peuvent être exercées librement. Leur titulaire n'est tenu de prendre en considération aucun autre intérêt que le sien propre. Ce n'est que par exception que l'usage du droit dans le seul intérêt de nuire à autrui est considéré comme abusif. Au contraire, les prérogatives «fonctionnelles» sont toutes entières orientées vers la satisfaction d'un intérêt autre que celui de son titulaire. Tout détournement de cette finalité mérite d'être sanctionné." [1552].

416. A l'opposé, Louis JOSSERAND et d'autres auteurs, ont réduit la notion de pouvoir à un élément du droit subjectif, en distinguant, selon une terminologie qui a compliqué un peu plus les choses, les droits-pouvoirs et les droits-fonctions[1553]. Pour JOSSERAND, la distinction entre droit subjectif et pouvoir n'était pas si fondamentale qu'il pouvait y paraître,

dont il est investi, accomplit un acte nul. Tout autre est le rôle des textes qui, en droit privé, codifient les conditions auxquelles un particulier sera conduit à causer un dommage à un autre. Leur but est d'établir entre les droits subjectifs des parties un *équilibre*, évidemment arbitraire, mais qui doit être accepté tel que les termes de la loi l'établissent. La liberté que les textes donnent à ceux dont ils définissent les droits ne saurait être, sans grand péril, restreinte sous prétexte d'en respecter le but social présumé." (René SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, T. I, 2ème éd., Paris, 1951, n°39, p. 54.).

[1552] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°32, p. 29. Cf. également Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p.225, 241 et 269 (droits-fonctions), ainsi que p. 217 et 291 (droits égoïstes).

[1553] Le droit-pouvoir correspond au droit subjectif, alors que le droit-fonction concerne le pouvoir. Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 2ème éd., Dalloz, 1939. Jean DABIN se fait l'écho de cette conception, car "à côté des droits à fin égoïste, institués pour le perfectionnement de leur titulaire ... il faut faire une place à une nouvelle catégorie de droits subjectifs : les droits *à fin altruiste*, institués non pour le service de leur titulaire ... mais pour le service d'autrui, bref les *droits-fonction*." (Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz 1952, p. 221 et s. Cf., la même année BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, T. IX bis, par René RODIERE, Paris, 1952, n°1437, p. 74, à propos des « pouvoirs domestiques »). Loïc CADIET et Philippe le TOURNEAU considèrent que "ce qui les distingue est davantage de degré que de nature. Dans les deux cas, une prérogative est accordée à une personne pour assurer la satisfaction d'un intérêt particulier ; mais ce dernier est tantôt l'intérêt propre du titulaire du droit (droit-pouvoir), tantôt l'intérêt d'autrui (droit fonction)" (Loïc CADIET, Philippe le TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Dalloz de droit civil, 2008, n°12, p. 4). Dans le même sens, Victor ALTABERT, *Comparaison entre les théories jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoir en droit public*, Thèse, Dijon, 1951, p. 83/84 : "La différence entre les deux théories n'est pas une différence de nature mais de degré ; on passe en réalité insensiblement de l'abus de droit au détournement de pouvoir à mesure que l'élément fonction devient plus précis dans la prérogative considérée, à mesure que l'esprit dans lequel celle-ci doit être exercée devient davantage désintéressé, fonctionnel.". Cf., dans le même sens, mais sans l'affirmer clairement, Guy COURTIEU, *Abus de droit. Notion.* Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386, fasc. 131-1, 2005, n°29, p. 10 : "Il pourra se faire en effet que le conflit découle du détournement de fonction d'un droit conféré à un individu dans un but égoïste. On se trouve en présence d'un abus de droit au sens strict ... Dans d'autres cas l'abus résulte du détournement dans un but égoïste d'une fonction conférée à l'individu, non pas dans son intérêt propre, mais dans l'intérêt d'autrui. On parle aussi d'abus de droit mais la terminologie d'abus de pouvoir semble mieux adaptée.".

car dans les deux cas “on voit parfois le titulaire d’une prérogative l’exercer dans une fausse direction et accomplir un acte qui constitue un contre-sens juridique ; d’où la sanction qui intervient alors, sous des aspects variables, mais pour la raison et dans le même but : il s’agit toujours d’assurer l’exercice et la réalisation des droits en conformité de leur finalité, de leur destination sociale[1554].

417. La terminologie et les idées de JOSSERAND ont été combattues précisément par Emmanuel GAILLARD[1555], qui, soutenant l’existence de la distinction[1556], lui préférait les termes de « droits subjectifs » et de « pouvoirs »[1557]. Emmanuel GAILLARD[1558] a fait de cette différenciation le point de départ de sa réflexion : le droit subjectif fait partie “par nature [des] prérogatives « égoïstes »”, alors que les pouvoirs constituent des prérogatives “ toutes entières orientées vers la satisfaction d’un intérêt autre que celui de son titulaire.”.

[1554] Louis JOSSERAND, *De l’esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l’abus des droits*, 2ème éd., Dalloz, 1939, n°194, p. 262. JOSSERAND et les auteurs favorables à la relativité des droits n’ont pas accordé d’importance à la distinction entre droit subjectif et pouvoir, dans la mesure où ces prérogatives ont en commun le fait d’être finalisées.

[1555] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985. V. déjà, Louis JOSSERAND, *De l’esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l’abus des droits*, 2ème éd., Dalloz, 1939, n°237, 305 et s. Cf. G. MORIN, *Quelques observations critiques sur le concept de l’abus du droit. Etudes en l’honneur d’E. LAMBERT*, T. II, LGDJ, 1938, p. 467 et s. Une partie de la doctrine a épousé les idées développées par Monsieur GAILLARD : cf. Daniel VEAUX, *L’abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français*, Travaux de l’Association Henri CAPITANT, L’abus de pouvoirs ou de fonctions, T. XXVIII, 1977, Economica, 1980, p. 77 et s., spéc., p. 77 : “en l’état actuel du droit positif français, on doit distinguer deux hypothèses : l’abus de droit *stricto sensu* lorsque l’abus se manifeste dans l’exercice de prérogatives personnelles (droit de propriété, droit d’ester en justice, etc.) ; l’abus de pouvoirs ou l’abus de fonctions lorsque l’abus se manifeste dans l’exercice de prérogatives attribuées par la loi ou par un contrat, dans l’intérêt d’autrui.”. Cf. Loïc CADIET, Philippe le TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Dalloz de droit civil, 2008, n°11 et 12, p. 4.

[1556] L’idée d’une distinction entre « droit-pouvoir » et « droit-fonction » apparaît aussi chez Jean BRETHE DE LA GRESSAYE et Marcel LABORDE-LACOSTE, lorsqu’ils expliquent que “l’organe de la collectivité ... ne peut prétendre en tirer un profit personnel, comme un simple particulier. Il ne fait que remplir une fonction, en se servant du pouvoir qui appartient à la collectivité dans l’intérêt de celle-ci. Son droit est un *droit-fonction*, par opposition au *droit-intérêt* exercé par une personne en vue de son propre avantage. Il en est de même de la famille ... les prérogatives du père de famille sont un droit-fonction et non un droit intérêt.” (*Introduction générale à l’étude du droit*, Sirey, 1947, n°357, p. 333).

[1557] L’auteur précise que “l’on oppose très communément les « droits-pouvoirs », attribués à leurs titulaires dans leur propre intérêt, aux « droits-fonctions », conférés dans l’intérêt d’autrui. Aussi, n’est-ce pas sans hésitation que l’on retiendra les appellations de droits subjectifs et de pouvoirs pour qualifier les deux grandes catégories de droits, ce dernier terme étant lui-même pris dans son sens large de prérogative.”. (Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé.* Economica, 1985, n°58, p. 45). Le Traité pratique de droit civil français de PLANIOL et RIPERT rappelait en son temps que “Les pouvoirs donnés aux agents de l’Etat ne leur ont été conférés que pour donner satisfaction à certains intérêts qui ne sont pas leurs intérêts personnels, et ne sont pas à leur discrétion. Ils ont une mission, et leurs pouvoirs ne peuvent être utilisés que pour la remplir. Le droit subjectif est reconnu à l’individu pour sa satisfaction personnelle, et l’utilisation est à sa discrétion sauf en cas d’abus.” (PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2ème éd., T. VI, *Obligations*, par P. ESMEIN, LGDJ, 1952, n°575, p. 802, note 2).

[1558] Pour Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica 1985, n°20, p. 21 : « le droit subjectif se définit comme la prérogative juridique reconnue à son bénéficiaire dans son intérêt propre, le pouvoir se caractérise, au contraire, par le fait qu’il est confié à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien ». V également, n°30, p. 29, n°60, p. 46.

Monsieur GAILLARD[1559] pensait que la conception finaliste des droits “confond le but et le contenu de la règle de droit, l’ordre des fins et l’ordre des moyens.”. Il expliquait qu’il ne suffisait pas “d’observer qu’en le reconnaissant aux individus le législateur a poursuivi un but déterminé pour en déduire que ce droit est «finalisé». Une telle évidence, applicable à toute règle de droit, ne nous renseigne en rien sur «l’esprit des droits» mais tout au plus sur l’esprit du droit.”.

418. Ainsi, selon que l’on se ralliait à l’une ou l’autre thèse, il y avait intérêt à distinguer − ou non − abus de droit et détournement de pouvoir (l’abus de droit étant réservé aux cas où le droit a été exercé pour nuire à autrui et le détournement de pouvoir aux hypothèses où la prérogative n’a pas été exercée dans l’intérêt de la personne « titulaire »).
Comme souvent en matière de controverse, il faut reconnaître que la réalité n’était pas aussi tranchée que les différentes thèses présentées voulaient bien le laisser penser, et la doctrine contemporaine a opté pour une position médiane sur la question.

2)- La position contemporaine

419. Il est en effet apparu possible de concilier liberté accordée à l’individu dans l’exercice de ses droits et respect de la finalité de ces derniers … la liberté trouvant sa limite dans le respect de la finalité du droit qui a été conféré[1560].
Des auteurs ont montré qu’en fait, l’évolution de la société avait conduit à admettre que les droits subjectifs étaient finalisés : “Il n’est pas davantage contestable qu’une socialisation ou un contrôle étatique croissants ont modifié, non la conception de tel ou tel interprète à l’égard du droit de propriété, mais la conception générale, à l’exception de quelques esprits rétrogrades. Est-il possible, par exemple, de nier que le droit du propriétaire de donner à bail l’appartement dont il dispose n’est pas seulement pour lui un moyen, légitime dans une société capitaliste, de se procurer des revenus, mais aussi un moyen qui permet aux non-propriétaires – auraient-ils des enfants – de se loger ? Le juge doit-il affecter d’ignorer ces

[1559] *Ibid.*, note 33, p. 30 et n°32, p. 29.
[1560] Cf. Jacqueline LEMEE, *Essai sur l’abus de droit*, Thèse, Paris XII, 1977, n°596, p. 426, précitée. Voir également M. TEISSEIRE, *Essai d’une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, Paris, 1901, p. 279. Jean DABIN, dans un ouvrage consacré au droit subjectif, notait déjà que “Sans doute, tous les droits quelconques ... ont une *fonction* à remplir en ce sens qu’ils n’existent pas pour eux-mêmes ... mais pour le service des hommes ... tous les droits quelconques ont une fonction *sociale*, en ce sens qu’ils sont appelés à jouer un rôle dans la société, et même que ce rôle, sous les limites prévues par le droit objectif, est socialement bienfaisant ... Mais de là à conclure que, parce qu’ils sont « donnés par la société » (c’est à dire, en réalité, *consacrés* par la puissance publique et non pas gratuitement, mais parce qu’ils méritent cette consécration), les droits devraient être exercés en fonction du bien de la société, à défaut de quoi l’abus naîtrait par « détournement du droit de son but social », il y a une distance à ne pas franchir, parce que la conclusion n’est fondée ni en logique, ni en fait, d’après la nature des choses.” *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 290.

finalités élémentaires ? Il est inutile de multiplier les exemples : il nous semble souhaitable et possible, sans danger d'arbitraire et sans danger pour l'équilibre social (bien au contraire), de permettre aux tribunaux de contrôler l'exercice des droits en les confrontant avec leur finalité."[1561].

420. D'autres relèvent que "La conception «finaliste» du droit subjectif peut parfaitement se concilier avec un élément «personnaliste» respectueux de la dignité humaine ... Il n'y a pas de contradiction à reconnaître l'existence de droits subjectifs et à en contrôler leur exercice. Si les déviations doivent être corrigées, il n'en reste pas moins justifié de miser sur le rôle créateur de l'activité humaine. L'ordre juridique «assure au profit de chaque individu une sphère de libre action et d'initiative, parce qu'il s'attend à une collaboration active de celui-ci dans la poursuite du bien commun» ... Tel est, pensons-nous, le sens profond de la limitation «interne» des droits tirée de la conformité de leur exercice à leur fonction sociale. Le droit manquerait à sa mission s'il se bornait à enregistrer les rapports de force ou à consolider indéfiniment les positions acquises. Il doit, au contraire, orienter l'activité humaine en fonction d'une éthique inspirée par la recherche de la Justice. Les droits subjectifs comptent parmi les moyens tendant à atteindre le bien commun ; leur exercice cesse d'être justifié lorsqu'il a lieu à l'encontre de ce but." [1562].

[1561] B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations. T. I. Responsabilité délictuelle*, 5ème éd., Litec, 1996, n°374, p. 181. Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n°765, p. 751/752. Ces auteurs expliquent que "la définition des prérogatives que la loi confère au titulaire d'un droit subjectif s'opère sur deux plans. Il y a d'abord ce que l'on pourrait appeler les limites *externes* du droit. Certains pouvoirs, décrits objectivement d'après leur nature ou leur objet sont accordés et d'autres refusés. Un propriétaire peut construire sur son terrain, il ne peut empiéter sur celui de son voisin ... Mais il existe aussi des limites au droit que l'on peut qualifier *d'internes*. Les prérogatives accordées à une personne par la loi à une personne ne le sont pas de façon absolue. Il y a une mesure à respecter dans leur exercice. Dire qu'un propriétaire a le droit de construire sur son propre terrain ne signifie pas nécessairement qu'il peut construire n'importe quoi n'importe comment. S'il édifie un ouvrage à seule fin de gêner son voisin il sort de son droit bien qu'il n'en dépasse pas les limites externes.". (Cf. Pascal ANCEL, *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle*, JCP 1998, n°6, éd. E; p.30 et s., spéc., p. 31). Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°29, p. 41 : "On admet que les droits subjectifs «ne sont pas reconnus à l'individu uniquement pour la satisfaction de sa liberté et de ses besoins égoïstes» et comportent «des correctifs et des devoirs correspondants»".

[1562] Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n°789, p. 772 et s. V. également, n°788, p. 772 ; J. GHESTIN, *Traité de la formation du contrat*, 3ème éd., LGDJ 1993, n°236, p. 211. Du même auteur, *L'abus dans les contrats*, Gaz. Pal. 1981, Doct., p. 379 et s., spéc. p. 380 : "rien n'interdit, semble-t'il, d'admettre que des domaines réservés soient reconnus aux individus et, en même temps, de contrôler si l'exercice de ces prérogatives va bien dans le sens du bien commun, de l'intérêt général.". F. TERRE – Ph. SIMLER – Y. LEQUETTE – *Droit civil. Les Obligations*, 10ème éd., Précis Dalloz, 2009, n°740, p. 549 : écrivent que "les droits subjectifs, secrétés par le groupe social et probablement indispensables à celui-ci, ne peuvent être envisagés isolément. Replacés dans le contexte global, ils s'y trouvent, dans leur lettre et dans leur esprit, limités par diverses considérations, en particulier par la règle suivant laquelle on est responsable des ses délits et de ses quasi-délits". A. SERIAUX fait également partie des auteurs favorables à l'idée de détournement de finalité des droits (*Droit des Obligations*, 2ème éd. Mise à jour, PUF, 1998, n°105, p. 372) : "Grâce au contrôle du caractère sérieux et légitime du comportement du titulaire du droit, la jurisprudence parviendra ainsi à construire une véritable déontologie de l'exercice d'un droit ou d'une liberté. Celui qui use de prérogatives reconnues par la loi

421. Actuellement, cette position, qui concilie les deux thèses visant à délimiter l'étendue des droits subjectifs, est conforme à ce qui peut être observé en jurisprudence. En effet, le constat est, qu'en réalité, la jurisprudence détermine, pour chaque droit subjectif mis en cause, quel sera le critère le plus approprié de l'abus[1563]. Pour le droit de propriété, ce sera l'intention de nuire, pour l'abus du droit d'agir en justice, la simple légèreté blâmable suffit[1564] ...

L'intensité du critère retenu dépend de la protection qu'il est nécessaire d'apporter au droit en cause : plus la finalité du droit est marquée, plus la protection à apporter est importante, et plus l'abus sera facilement réprimé[1565].

Le rapprochement avec l'analyse de JOSSERAND[1566], déjà évoquée, n'en est que plus frappant, et apparaît bien comme la seule théorie qui permette de rendre compte de cette «variété» des critères.

Dans une telle perspective, les liens entre droit subjectif et pouvoir sont évidemment très proches. Il convient donc de rapprocher ces deux notions, car si une distinction doit être faite entre abus de droit et détournement de pouvoir, ce ne pourra être qu'au niveau des notions de droit subjectif et de pouvoir[1567].

doit savoir en respecter la finalité profonde, la raison d'être ; il ne peut agir que dans la mesure dictée par cette finalité. Il y a là, en germe, beaucoup plus d'un simple correctif d'équité.".

[1563] Cf. déjà, R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, T. IV, Paris, 1924, n°681, p. 368/369.

[1564] Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 27ème éd. Refondue, 2003, n°71, p. 113/114. Monsieur GUINCHARD conteste la qualité de droit subjectif à l'action en justice, en estimant qu'il ne s'agit que d'un pouvoir légal, d'une faculté. Cf. opus cité, n°69, p. 111/112.

[1565] Pascal ANCEL, *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle*, JCP 1998, éd. E, n°6, p. 31. L'auteur semble souscrire à cette idée : "Derrière l'utilisation du vocable « abus » ou « abusif » il y a toujours, au fond, la même problématique : on est en présence d'un comportement qui, normalement, de prime abord, devrait être considéré comme licite, qui bénéficie d'une sorte de « préjugé de licéité », parce qu'il s'inscrit dans le cadre d'une prérogative reconnue au sujet, mais qui, exceptionnellement, à raison des circonstances objectives ou de l'intention subjective de son auteur, devient illicite. Il est clair que ce préjugé de licéité est plus ou moins fort, et donc que l'exception d'illicéité sera plus ou moins largement admise selon la nature, la force, le caractère plus ou moins précis de la prérogative qui justifie normalement le comportement et c'est là que pourrait intervenir la distinction évoquée des droits et des autres prérogatives.".

[1566] *Cf. supra*, 317 et s. L. CADIET, *Abus de droit*, Répertoire Dalloz de droit civil, *précité*, n°25, p.8. MALAURIE et AYNES, Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil. Introduction générale*, par P. MALAURIE et Patrick MORVAN, Defrénois, 2004, n°45, p. 38 et note 179, p. 39, citée *supra*, note 1395 : l'abus en droit du travail est le "«détournement de fonction d'un droit», notamment du droit de grève.". Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n°789, p. 774 : "Même si l'on n'épouse pas sur tous ces points les thèses de Josserand, la conception «finaliste» ou «téléologique» des droits nous paraît, en définitive, être la plus satisfaisante. Orienter l'activité humaine dans un sens conforme au bien commun est un objectif qui n'a rien d'inquiétant. C'est le rôle du droit en général.". [Certes, il a été objecté à cette analyse (MARTY et RAYNAUD, *Droit civil. Les Obligations*, 2ème éd., T. 1, *Les Sources*, Sirey, 1988, n°478, p. 542 (à propos de l'admission de la technique du détournement de pouvoir comme principe de solution de l'abus de droit) que les droits subjectifs n'avaient pas forcément tous de finalité particulière : "bien que n'étant pas confinés dans un individualisme égoïste et faisant place à certaines considérations sociales, tel le droit de propriété, les droits privés constituent avant tout des sphères d'autonomie qu'il est bien difficile d'enfermer a priori dans une finalité, une «ligne» précise dont la recherche systématique tendrait à les diminuer sinon à les détruire.".].

[1567] B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations. T. I. Responsabilité délictuelle*, 5ème éd., Litec, 1996, n°375, p. 181. Ces auteurs notent que "L'abus est bel et bien l'exercice d'un droit dans un but autre que celui qui fonde sa légitimité. Cette déviation est facile à observer lorsqu'il s'agit de droits à finalité altruiste ou ayant pour but l'intérêt général ; elle est plus difficile à déceler lorsqu'il s'agit de droits à finalité égoïste, qui représentent

422. Il faut encore garder présent à l'esprit que "Le détournement peut aussi bien porter sur un droit accordé pour la satisfaction personnelle de son titulaire (comme le droit de propriété) ou sur un pouvoir accordé dans l'intérêt d'autrui (par exemple par la majorité dans une assemblée générale de société)." [1568].

Si l'on rapproche les notions de droit subjectif et de pouvoir, il apparaît que le terme de « prérogative » revient de manière constante dans les travaux consacrés directement ou indirectement à ces notions. Par exemple, Emmanuel GAILLARD écrit[1569] : "Le droit positif connaît deux catégories de prérogatives juridiques par essence distinctes : les droits subjectifs abandonnés au libre arbitre de leur titulaire, le sujet de droit ... les pouvoirs conférés à leur titulaire, l'agent juridique, dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien.".

La notion de « prérogative » doit être précisée, afin de permettre de vérifier si elle est, ou non, en lien avec celle d'institution.

B- Les liens entre « prérogative », droit subjectif et pouvoir

423. Affirmer que droit subjectif et pouvoir sont des prérogatives suppose que la notion de prérogative soit définie.

Traditionnellement, la prérogative est vue comme un intérêt[1570], ou une « aire d'action »[1571], une « sphère d'activité »[1572].

tout de même la majorité. Mais l'analyse proposée par Josserand explique que cette déviation – donc l'abus – se manifeste, non seulement si le droit est exercé dans l'intention de nuire, mais encore si son exercice ne répond pas à un intérêt légitime, c'est à dire conforme à sa finalité sociale.".

[1568] Philippe le TOURNEAU et Loïc CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 2008, n°6864, p. 6862. Cf. Guy COURTIEU, *Abus de droit et abus de pouvoir*, Jurisclasseur civil, article 1382 à 1384, 1997, n°9 : "Ce faisant, le juge, par le truchement de l'abus de droit, établit un contrôle ... sur l'utilisation des droits, qu'on les dise « subjectifs » ou « causés », ou qu'on les qualifie de droits ou de pouvoirs." ; n°10 : "Par ailleurs, la notion d'abus de droit sert à sanctionner les détournements de pouvoirs." ; v. également n°29. Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°29, p. 41 : "Doctrine et jurisprudence ont montré que les droits ne sont conférés que pour des intérêts légitimes et non pour nuire à autrui et que leur exercice devient répréhensible s'ils sont détournés de leur fin. Il faut alors confronter le but poursuivi par leurs titulaires et la finalité des droits concernés. Certains droits ont pour objet l'intérêt de leur titulaire ; d'autres sont destinés à la protection d'autres personnes, de l'enfant par exemple ; d'autres sont inspirés par l'intérêt général ; d'autres ont à la fois une fonction individuelle et une fonction sociale, comme le droit de propriété. Les tribunaux sanctionnent dès lors l'abus de droit, la fraude à la loi, le détournement de pouvoirs".

[1569] *Le pouvoir en droit privé.* Economica, 1985, p. 232. Le terme de prérogative revient très souvent tout au long de l'ouvrage d'Emmanuel GAILLARD pour désigner et le droit subjectif et le pouvoir. (*ouvrage précité,* v. n°252, p. 156).

[1570] François TERRE, *Introduction générale au Droit*, Précis Dalloz, 7ème éd., 2006, n°201, p. 161.

[1571] Monsieur GAILLARD précise que la prérogative est caractérisée par la décision : "Le titulaire du pouvoir est en effet investi du droit de faire prévaloir sa décision, de trancher, par l'exercice de sa volonté, une situation juridique et d'imposer à autrui la décision prise … L'affirmation vaudrait pour toutes les prérogatives juridiques. On a en effet souvent insisté … sur cet aspect du droit subjectif qui donne à son titulaire la liberté d'agir à sa guise, de décider ce qui est de son propre intérêt". Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé,* Economica, 1985, n°216, p. 138.

[1572] Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple,* vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°161, p. 311.

Gérard CORNU[1573] indique que le mot « prérogative » possède plusieurs significations en droit privé : la première vise la "Compétence ou droit reconnu ou attribué à une personne ou à un organe en raison de sa fonction et impliquant pour lui une certaine supériorité, puissance ou immunité." ; la seconde en fait un "Attribut d'un droit ; chacun des pouvoirs exclusifs spécifiés, des moyens d'action, etc., qui appartiennent au titulaire d'un droit et dont l'ensemble correspond au contenu de ce droit. Ex. : disposition, usage et jouissance sont les prérogatives attachées au droit de propriété." ; enfin il désigne "en un sens neutre, terme générique englobant tout droit subjectif, tout pouvoir de droit[1574], toute faculté d'agir fondée en droit, à l'exclusion d'une maîtrise de pur fait.".

L'usage fait de ce terme par la doctrine correspond en fait au sens neutre[1575], permettant de regrouper dans une même catégorie, droit subjectif et pouvoir.

Avec la prérogative, le droit (objectif) détermine aux sujets de droits des sphères de liberté, dans lesquelles leur volonté peut s'exercer, que cette volonté soit agissante ou non. Cette volonté n'est cependant pas entièrement libre, car elle doit s'exercer dans un certain but[1576].

424. La notion de prérogative, bien que commune au droit subjectif et au pouvoir[1577], ne permet pas d'expliquer en quoi les deux notions se distinguent. Aussi faut-il tenter de cerner davantage les notions de droit subjectif et de pouvoir.

Or, il est un élément qui apparaît commun à ces deux notions, c'est l'élément de « pouvoir »[1578] (1). Même si le « pouvoir » apparaît au cœur des notions de droit subjectif et de pouvoir, les deux notions doivent être distinguées (2).

1) La notion de « pouvoir » est au cœur du droit subjectif et du pouvoir

425. La question de la définition du droit subjectif a agité de violentes controverses juridiques au XIXème et XXème siècle[1579].

[1573] *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 709.

[1574] V. André DESQUEYRAT, *L'institution, le droit objectif et la technique positive. Essai historique et doctrinal*, Thèse, Paris, Sirey, 1933, p. 272/273.

[1575] Cf. *infra*.

[1576] Emmanuel DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, Méthodes du droit, 2005, p. 8 : "Les droits subjectifs peuvent en effet être définis comme des parcelles de la liberté, au sens que ce mot a au singulier comme valeur fondamentale. Ils sont alors des puissances particulières de la volonté soutenues par le droit.".

[1577] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°216, p. 138.

[1578] Ainsi que le fait remarquer fort justement Monsieur GAILLARD, "Sur le plan théorique, la définition du droit comme pouvoir ne fait que reculer la difficulté en l'aggravant. La substitution du terme de pouvoir à celui de droit ou de volonté n'explique rien si le pouvoir n'est pas défini à son tour." Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p. 8.

[1579] V. les références citées par Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, p. 126 et s. Jean-Louis

De nos jours, la majorité des auteurs s'accordent pour dire que le droit subjectif est une "prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui."[1580].

Malgré les controverses, la doctrine[1581] estime qu'il "se dégage de ces questions plusieurs éléments caractéristiques des droits subjectifs : ce sont des *prérogatives* attribuées à *des individus ou des groupes d'individus, reconnues et protégées par le droit objectif,* et qui leur confèrent certains *pouvoirs* leur permettant de *préserver leurs intérêts dans un domaine réservé,* en *imposant à autrui* le respect de leur droit.".

Le pouvoir, en tant que « prérogative », est donc ce qui permet au titulaire d'un droit subjectif de décider, d'imposer le respect à autrui.

426. Certains auteurs ont repéré quatre éléments caractéristiques au sein du droit subjectif. Pour Messieurs STARCK, ROLAND et BOYER[1582], le droit subjectif est une "prérogative conditionnée, causée, égoïste, disponible.

Conditionnée : la naissance du droit subjectif requiert la réunion de conditions variables en fonction des types de situation. En cela, le droit subjectif se différencie de la liberté qui ouvre un accès inconditionné aux situations juridiques inscrites dans son rayon d'action."[1583]

BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 4ème éd. Dalloz, 2003, n°28, p. 38 et s.; Loïc CADIET, Philippe le TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Dalloz de droit civil, 2008, n°11, p. 4.

[1580] Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques.* Dalloz, 1963, p. 38. . Jean BRETHE DE LA GRESSAYE et Marcel LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947, n°353, p. 329. Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, p. 256 et s. ; Gérard CORNU, *précité*, p. 320. Jérôme BONNARD, *Introduction au Droit*, 3ème éd. Ellipses, éd. Marketing SA, 2004, p. 8 : "Au siècle dernier, le juriste allemand Ihéring … évoquait « un intérêt légitime juridiquement protégé ». Plus souvent, aujourd'hui, il est fait état d'une prérogative juridique individuelle … prérogative, parce que ce terme est synonyme de pouvoir de l'individu.". François TERRE, *Introduction générale au Droit*, Précis Dalloz, 7ème éd., 2006, n°201, p. 161. Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°161, p. 311. Mélina DOUCHY-OUDOT, Droit civil 1ère année. Introduction, personnes, famille, 5ème éd., Dalloz, Hypercours, 2009, n°273, p. 179.

[1581] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 4ème éd. Dalloz, 2003, n°28, p. 39. Cf. Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, p. 126 et s., spéc. n°203, p. 155 : "le droit subjectif est une *restriction légitime à la liberté d'autrui*, établie par la norme objective en faveur du sujet qui bénéficie ainsi d'un domaine réservé pour exercer ses **pouvoirs**".

[1582] B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au Droit*, 5ème éd., Litec, 2000, n°982, p. 364.

[1583] La délimitation du domaine de l'abus de droit a conduit la doctrine à s'interroger à propos de l'épineuse distinction entre les droits et les libertés. (Cf. Jacqueline LEMEE. *Essai sur la théorie de l'abus de droit.* Thèse, PARIS XII, 1977, n°279 et s. Loïc CADIET et Philippe le TOURNEAU, *Rép. Dalloz de droit civil, Abus de droit*, 2008, n°9 et 10. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz 1963, n°20, p. 146 et s.).
La question n'est toujours pas résolue aujourd'hui, car il existe une difficulté pour séparer le droit susceptible d'abus, de la liberté. (La définition de la liberté est elle aussi une des grandes questions du droit civil. Sur ces discussions, v. GHESTIN et GOUBEAUX, n°769, p. 754. M.T CALAIS-AULOY, *De la limite des libertés à l'inutilité de la notion d'abus de droit. La notion de liberté privilégiée*, Petites Affiches du 13 décembre 1991, L. CADIET, *opus cité supra*, n°9. La distinction droit et liberté mériterait à elle seule des développements qui dépassent largement le cadre de cette étude). La distinction paraît nécessaire à certains auteurs, afin de pouvoir

Causée : le droit subjectif est doté d'une finalité que révèle son objet, alors que liberté et faculté, situées au seuil de l'activité juridique, demeurent abstraites.

identifier ce qui ressort de l'abus de droit, de ce qui n'est que l'application des règles de la responsabilité civile. (V. MAZEAUD et TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, T. I, 6ème éd., Montchrétien, 1965, n°549, p. 641. LEMEE, *thèse précitée*, n°288, p. 199, n°630, p. 449 ; n°700, p. 499. FLOUR et AUBERT, *Les Obligations. Le fait juridique*, 13ème éd. Par Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, Sirey, 2009, n°121, p. 138. François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les Obligations*, 10ème éd., Précis Dalloz, 2009, n°738, p. 746).

La difficulté concerne non pas le principe de la distinction entre droit et liberté, mais le critère de la distinction. La doctrine semble en effet s'accorder pour dire qu'il n'y a pas de différence de nature entre droit et liberté "le droit n'étant qu'une partie de la liberté, mais réglementée, organisée par les soins du législateur." (L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris 1905, p. 70 et s. GHESTIN et GOUBEAUX, n°769, p. 755. A. PIROVANO, *La fonction sociale des droits. Réflexions sur le destin des théories de JOSSERAND*, D. 1972, chron., p. 67. J. LEMEE, *thèse précitée*, n°284, p. 191. M.T CALAIS-AULOY, *De la limite des libertés à l'inutilité de la notion d'abus de droit. La notion de liberté privilégiée*, Petites Affiches, 13 décembre 1991, n°3, p. 12. Ernest PORCHEROT, *De l'abus de droit*, Thèse, Dijon, 1901, p. 22/23). Ainsi MAZEAUD et TUNC expliquent que "Parmi les droits *lato sensu*, dont un individu est titulaire, on distingue, d'une part, les droits *stricto sensu* ou droits définis, ou droits déterminés, et d'autre part la liberté." (*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, T.I, 6ème éd., Montchrétien, 1965, n°549, p. 641).

Le critère de distinction se situerait au niveau du degré de précision de la prérogative en cause: "la théorie de l'abus de droit ne devrait jouer qu'à partir du moment où la prérogative a un contenu et une fonction suffisamment précis pour qu'on puisse penser qu'a priori l'activité est licite." (MAZEAUD et TUNC, GHESTIN et GOUBEAUX, n°769, p. 755. Loïc CADIET et Philippe le TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Dalloz de droit civil, n°9, p. 4. AUBRY et RAU, *Droit civil français*, T. 6, 6ème éd., par Paul ESMEIN, Librairies Techniques Juris-Classeurs, 1951, §444 bis, p. 457/458. RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil, d'après le Traité de PLANIOL*, T. II, 1957, n°971, p. 366). M.T CALAIS-AULOY, *De la limite des libertés à l'inutilité de la notion d'abus de droit. La notion de liberté privilégiée*, Petites Affiches, 13 décembre 1991.

Par exemple, pour STARCK, ROLAND et BOYER, la liberté se distingue du droit subjectif de deux manières : "la liberté traduit une prérogative inconditionnée et dénuée de finalité." (B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au Droit*, 5ème éd., Litec, 2000, n°959, p. 358).

La distinction est explicitée en prenant pour base le droit subjectif : "Le droit a un objet déterminé qui lui impose une direction et lui donne ses contours avec précision : l'intéressé a pris la décision d'entrer dans telle ou telle voie, celle d'acquérir dans la vente, celle de gratifier dans la donation, celle d'exploiter son œuvre dans le contrat d'édition. Rien de tel avec la liberté. La liberté est neutre ; elle n'est pas attachée à une décision … En d'autres termes, la liberté est une prérogative qui n'est ni définie ni causée, car elle comporte une variété de solutions illimitées." (B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au Droit*, 5ème éd., Litec, 2000, n°961, p. 359).

Contrairement aux droits, aux pouvoirs (exercés pour autrui) et aux institutions juridiques, les libertés sont moins bien définies et ne sont pas finalisées. Elles se caractérisent par l'absence de finalité particulière.

La confusion qui existe en la matière résulte sans doute du fait, que les abus de liberté sont sanctionnés par le recours au mécanisme de la responsabilité civile, fondé sur l'article 1382 du Code civil. (Comp. sur l'impossibilité de poursuivre les abus de la liberté d'expression sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, cf. Civ. 1ère, 27 septembre 2005, D. 2006, J., p. 485 et s., note Théo HASSLER).

De plus, le critère de l'absence de précision et de finalité de la liberté fait l'objet de vives critiques, car certains lui reprochent d'être difficile à mettre en œuvre en pratique : "il ne permet pas de définir précisément la frontière qui sépare le droit de la liberté et, partant, l'abus de droit de la responsabilité civile." (JAMIN, *Typologie des théories juridiques de l'abus, article précité*, p. 10. Loïc CADIET, Philippe le TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Dalloz de droit civil, 2008, n°10, p. 4. J. LEMEE, *thèse précitée*, n°511, p. 365. Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p. 151 et s.). Mais les auteurs favorables à cette distinction rappellent que de grands théoriciens de l'abus de droit tels JOSSERAND ne faisaient que peu de cas de cette opposition et relèvent qu'en pratique la jurisprudence ne s'embarrasse pas de la question, car les arrêts "tendent à confondre théorie de l'abus et droit commun de la responsabilité civile" (Cf. J. LEMEE, n°285, p. 131. BONNECASE, *Supplément au Traité de BAUDRY-LACANTINERIE*, p. 468. JAMIN, *Typologie des théories juridiques de l'abus précité*, p. 10. LE TOURNEAU et CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 2008, n°6868, p. 6871. V. cependant Com. 5 juillet 1994, Bull. civ., IV, n°258 ; JCP 1994, II, 22323 ; RTD civ 1995, 119 ; JCP 1995, I, 3828, p. 107. A. SERIAUX, *Droit des Obligations*, 2ème éd. Mise à jour, 1998, p. 440).

Malgré de telles incertitudes, il faut bien concéder que l'abus de droit a vu au cours des années son domaine d'action s'étendre : restriction du domaine des droits dits «discrétionnaires» et extension dans l'application de l'abus aux droits et aux libertés. (Cf. CADIET, *Rép. Civil, abus de droit*, n°14, p. 5. Daniel MAINGUY, *L'abus de droit dans les contrats*, JCP éd. E 1998, n°6, p. 1. Guy COURTIEU, *Abus de droit. Notion.*, Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386, fasc. 131-10, 2005, n°10, p. 4).

Egoïste : le droit subjectif est un avantage recherché pour soi-même, tandis que fonctions et pouvoirs doivent être exercés dans l'intérêt d'autrui.

Disponible : le droit subjectif constitue une valeur patrimoniale qui, par principe, est à l'entière disposition de son titulaire, aliénable, transmissible et surtout susceptible de renonciation, car on est toujours libre d'user d'un avantage ou de le refuser".

427. Le droit subjectif est « pouvoir d'exiger d'autrui »[1584].

La difficulté est aussi malheureusement venue, de ce que le terme de « pouvoir » fait également figure de notion « à géométrie variable », dont le droit français est très riche[1585]. Ainsi, pris dans un sens général, il peut signifier "Maîtrise de fait, force, puissance"[1586], mais également "Prérogative juridique (pouvoir de droit, fondé en droit).".

Pour Paul ROUBIER, le pouvoir (juridique) est "une prérogative qui permet à une personne, soit de gouverner d'autres personnes dans l'intérêt d'un groupement commun (pouvoir sur la personne), soit de gérer les affaires d'une autre personne au nom et pour le compte de celle-ci (pouvoir sur les biens)"[1587].

[1584] Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n°198, p. 149.

[1585] Le mot « pouvoir » a également plusieurs significations en droit privé.

Il peut tout d'abord être entendu comme "Pouvoir de fait, maîtrise effective. Ex. pouvoir d'usage de contrôle et de direction définissant la garde (de comportement) d'une chose inanimée.".

Le pouvoir peut aussi désigner une "Aptitude d'origine légale, judiciaire ou conventionnelle à exercer les droits d'autrui (personne physique ou morale) et à agir pour le compte de cette personne dans les limites de l'investiture reçue (pouvoir d'administrer, de disposer, etc.) qui correspond en général, pour celui qui l'exerce, non seulement à un droit d'agir qui fonde son intervention (et rend l'acte par lui accompli obligatoire pour le représenté) mais à une mission (emportant soit obligation d'agir, soit au moins devoir de diligence, avec faculté d'appréciation) ; prérogative, fonction.".

Dans un sens proche également, il peut s'entendre d'une "prérogative finalisée que son titulaire a reçu mission d'exercer dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien et dont l'exercice est soumis à un contrôle juridictionnel (lorsque le pouvoir est détourné de sa fin).".

Enfin il "désigne aussi dans un sens neutre soit les attributs d'un droit subjectif (V. *prérogative*, sens 2), soit l'aptitude à exercer ses propres droits (ordinairement nommée capacité d'exercice) dans le cas où le titulaire des droits est membre d'une société (ou assujetti à un régime matrimonial) dont les règles de fonctionnement lui attribuent ou lui laissent, sur ses biens personnels, certaines prérogatives." (Gérard CORNU, Vocabulaire juridique, *Ibid.*, p. 668/669). S'agissant du deuxième sens du mot « pouvoir », la doctrine distingue pouvoir et fonction : "les pouvoirs découlent d'un phénomène de représentation par lequel une personne peut passer des actes *juridiques* au nom d'une autre, alors que les fonctions découlent d'un phénomène de préposition par lequel une personne est chargée d'accomplir des actes *matériels* pour le compte et sous l'autorité d'une autre." Daniel VEAUX, *L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français.* Travaux Assoc. Henri Capitant, 1977, *L'abus de pouvoirs ou de fonctions.* T. XXVIII, Economica, 1980, p.77.

[1586] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p. 7. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°587, p. 720 : "Il importe de distinguer deux sens au moins du terme « pouvoir » : le *pouvoir comme rapport social*, relation asymétrique tenant à la capacité d'influencer le comportement d'autrui (« pouvoir de fait »), et le pouvoir-prérogative juridique, dont le droit investit une personne physique ou morale (« pouvoir de droit »).". Emmanuel DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, Méthodes du droit, 2005, p. 63 et p. 76.

[1587] Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques.* Dalloz, 1963, p. 190. Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p. 9.

Si la notion de « pouvoir » se trouve ainsi au cœur du droit subjectif et du pouvoir, comment est-il possible, voire même utile de distinguer les deux concepts ?

2) La distinction du droit subjectif et du pouvoir

428. Certains auteurs ne manquent pas de remarquer que le droit "est lui-même un phénomène de pouvoir"[1588].

Les travaux d'Emmanuel GAILLARD, évoqués précédemment, ont eu le mérite de mettre en lumière l'existence de la notion de pouvoir en droit privé.

Aujourd'hui, la majorité des auteurs, suivant le fil déroulé par Monsieur GAILLARD, considèrent que "Comme le droit subjectif, le pouvoir est une prérogative. Mais, à la différence du droit subjectif, le pouvoir permet à celui qui le détient « d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien » au moyen d'actes juridiques ayant notamment pour effet d'engager autrui." [1589].

429. Dans l'esprit des auteurs, ce qui distingue droit subjectif et pouvoir en réalité, c'est le but poursuivi par le « pouvoir » : le pouvoir a-t-il pour but l'intérêt exclusif de son titulaire ? La prérogative est un droit subjectif. Le pouvoir a-t-il en vue la satisfaction de l'intérêt d'autrui ? L'on se trouve en présence d'un pouvoir.

Par conséquent, du but poursuivi par la « prérogative », découle la différentiation entre droit subjectif et pouvoir, pour laquelle il apparaît qu'elle résulte en fait, davantage des conséquences de ces notions, que de leur nature juridique[1590], la doctrine s'accordant pour dire qu'elle est identique.

[1588] Emmanuel DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, Méthodes du droit, 2005, n°3, p. 3 et p. 83.

[1589] François TERRE, *Introduction générale au Droit*, Précis Dalloz, 7ème éd., 2006, n°205, p. 163. Jean CARBONNIER rappelle par exemple que "Toutes les prérogatives individuelles n'ont pas la consistance technique du droit subjectif. Du droit subjectif au sens strict, il convient de distinguer ... le pouvoir, dans son sens de droit privé (qui permet à un individu d'agir sur la personne ou sur le patrimoine d'autrui).". Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°162, p. 313. Loïc CADIET, Philippe le TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Dalloz de droit civil, 2008, n°11 et 12, p. 4.

[1590] Un auteur estime que la distinction entre droit subjectif et pouvoir se ferait au niveau de leurs conséquences : le pouvoir modifierait l'ordonnancement juridique, ce qui ne serait pas le cas du droit subjectif.
Monsieur DOCKES explique qu'"Etre titulaire d'un droit subjectif est détenir un élément de puissance accordé par le droit, c'est détenir un moyen de produire des effets futurs. Mais ces effets futurs sont strictement limités par le droit. Le droit subjectif ne peut produire que deux types d'effets avec le soutien du système juridique : le paiement d'une part et l'opposabilité d'autre part. Cependant, aucun de ces effets n'est une modification de l'ordonnancement juridique. Les devoirs de respecter les droits d'autrui ou d'effectuer le paiement d'une dette sont la signification de l'existence d'un droit subjectif. Ce ne sont pas des effets résultant de l'exercice de ce droit ... le droit subjectif est un élément de puissance. Il permet une influence juridiquement protégée à son titulaire, en vue du paiement ou du respect de l'opposabilité. Mais cette influence juridiquement protégée ne modifie en rien l'ordonnancement juridique et, par conséquent, elle n'est pas un pouvoir au sens juridique du

La distinction entre droit subjectif (ou droits-pouvoirs) et pouvoir (ou droits-fonctions) permet alors de faire la part entre ce qui relève de l'abus de droit, et ce qui relève du détournement de pouvoir[1591].

430. Néanmoins, certains auteurs ont essayé de dépasser la définition de la notion de « pouvoir », par ses conséquences, en cherchant à définir la notion de pouvoir elle-même, qui est au cœur des notions de droit subjectif et de pouvoir.

Ils sont partis du postulat que le pouvoir n'était pas seulement une « prérogative finalisée que son titulaire a reçu mission d'exercer dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien »[1592].

Monsieur LOKIEC[1593], par exemple, estime que la théorie du pouvoir "développée par M. le professeur Gaillard, ne rend pas compte de tous les aspects du pouvoir et de son régime.".

terme." Emmanuel DOCKES, *Le pouvoir*, Cours de Droit privé, DEA droit de la personne et protection de l'humanité, Université de Bourgogne, 2002/2003, 2ème partie, p. 6/7.
La définition du droit subjectif que propose Monsieur DOCKES peut encourir le même reproche, que l'auteur par ailleurs, adresse à Emmanuel GAILLARD et qui consiste à confondre la notion de droit subjectif avec ses effets. En effet, lorsque Monsieur DOCKES affirme qu'« être titulaire d'un droit subjectif est détenir un élément de puissance accordé par le droit », la proposition est assez proche de la définition dite « classique » de la notion. Mais en ajoutant que le droit subjectif est « un moyen de produire des effets futurs ... strictement limités par le droit ... le paiement d'une part et l'opposabilité d'autre part », Monsieur DOCKES bascule de la notion à son régime juridique et plus particulièrement à ses effets.
La conclusion proposée par l'auteur aux développements consacrés au droit subjectif paraît davantage en conformité avec les conceptions contemporaines du droit subjectif : "En conclusion, le droit subjectif est un élément de puissance. Il permet une influence juridiquement protégée de son titulaire, en vue du paiement ou du respect de l'opposabilité. Mais cette influence ne modifie en rien l'ordonnancement juridique et, par conséquent, elle n'est pas un pouvoir au sens juridique du terme." Emmanuel DOCKES, *Le pouvoir*, Cours de Droit privé, DEA droit de la personne et protection de l'humanité, Université de Bourgogne, 2002/2003, 2ème partie, p. 7.

[1591] José VIDAL, dans les travaux qu'il consacre à la fraude à la loi, explique que « les droits subjectifs sont des *pouvoirs* accordés aux sujets de droit » dans leur intérêt propre. Sans doute certains droits ont-ils été donnés à leur titulaire, non dans leur intérêt propre, mais dans l'intérêt d'autrui, mais ces droits-fonctions ne constituent pas la règle comme l'assure Josserand : ils sont l'exception. Le principe demeure celui des *droits-pouvoirs*. Le droit subjectif est à la disposition de son titulaire : celui-ci en use dans son intérêt. Cette opposition des *droits-pouvoirs* et des *droits-fonctions* permet seule de séparer l'abus du droit du détournement de pouvoir." *Ibid.*, p. 342 et s ; p. 358 et s, spéc. p. 359.

[1592] V. définition de Gérard CORNU, citée *supra*, 2). Les auteurs s'appuient sur les travaux d'Emmanuel GAILLARD, précités. L'auteur définit le pouvoir comme « aptitude à agir valablement dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien, qui ne préjuge pas de l'existence d'un lien de représentation ». Opus cité, n°75, p. 53. V. également Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°587, p. 720, qui définissent le pouvoir comme "une habilitation à accomplir des actes juridiques unilatéraux, prendre des décisions, adresser des ordres, accomplir des actes matériels qui, en droit, s'imposent à d'autres personnes dont ils peuvent affecter, réduire ou compromettre les droits et les intérêts.". Les auteurs précisent en note que "Cette définition diffère quelque peu (abandon de la référence à l'intérêt servi) de celle proposée par E. Gaillard".

[1593] Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n°433, p. 319. Cf. Emmanuel DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, Méthodes du droit, 2005, p. 65 : dans le même esprit, le pouvoir peut être défini comme une "*influence prépondérante sur autrui*".
L'auteur estime que le pouvoir juridique est "une faculté de modifier l'ordonnancement juridique sans que le consentement du destinataire de cette modification ne soit requis." (Emmanuel DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, Méthodes du droit, 2005, p. 93. Emmanuel DOCKES, *Le pouvoir*, Cours de Droit privé, DEA droit de la personne et protection de l'humanité, Université de Bourgogne, 2002/2003, 2ème partie, p. 2). De fait, la définition proposée prend le contre-pied de la définition du pouvoir juridique d'Emmanuel GAILLARD car la définition de Monsieur GAILLARD "opère cependant une confusion entre le régime du pouvoir (contrôle

L'auteur, analysant le pouvoir, dans le cadre des rapports contractuels[1594], propose alors de le définir comme la "faculté d'imposer sa volonté à autrui". Cette définition pourrait-elle faire l'objet d'une extension afin de désigner le terme de pouvoir dans un sens général ?[1595]

Pour Monsieur LOKIEC[1596], le pouvoir ne peut, contrairement à ce qu'affirme Monsieur GAILLARD, être défini "uniquement comme « l'aptitude à passer des actes juridiques unilatéraux » ... car il ne se manifeste pas seulement par des actes juridiques mais également par des actes matériels.". L'auteur préconise de substituer au terme d'« acte juridique unilatéral » le terme de « décision » car "le concept d'acte juridique unilatéral ne rend pas compte des nombreuses décisions qui traversent les rapports de droit privé, lesquelles ont vocation à être soumises au régime du pouvoir alors même que leur auteur ne s'est pas vu conférer de pouvoir normateur.".[1597]

Le pouvoir juridique qui consiste, selon l'auteur, dans "La faculté d'imposer sa volonté à autrui est alors conférée par le droit et constitue de ce fait une prérogative juridique, déléguée par l'Etat.". L'auteur y oppose le « pouvoir factuel », provenant "d'une situation de fait comme une puissance économique, une violence physique ou un savoir.".[1598]

de finalité) et sa notion, et plus généralement entre le descriptif et le normatif. Dire que le pouvoir *doit* être accordé au moins partiellement dans l'intérêt d'autrui est une affirmation possible, à vocation normative. Dire comme Emmanuel Gaillard que le pouvoir *est*, par définition, accordé partiellement dans l'intérêt d'autrui est bien différent et relève de la confusion." (Emmanuel DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, Méthodes du droit, 2005, p. 94 et *Le pouvoir*, Cours de Droit privé, DEA droit de la personne et protection de l'humanité, Université de Bourgogne, 2002/2003, 2ème partie, p. 2, note 106). Monsieur DOCKES explique plus loin : "Affirmer que l'autorité parentale doit être exercée dans l'intérêt de l'enfant … n'est qu'une limitation du pouvoir et non une justification du pouvoir.". (Emmanuel DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, Méthodes du droit, 2005, p. 163).

Au fond, ce que Monsieur DOCKES reproche à Monsieur GAILLARD, c'est d'avoir une vision trop réductrice du pouvoir, qui, en réalité, est une notion beaucoup plus large et ne se réduit pas aux seuls hypothèses où l'agent agit dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien. Monsieur DOCKES reproche encore à Monsieur GAILLARD de confondre "la qualification de pouvoir et la justification du pouvoir.". Emmanuel DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, Méthodes du droit, 2005, p. 94.

[1594] Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n°16, p. 12. Comp. B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au Droit*, 5ème éd., Litec, 2000, n°978, p. 363 : "Ce qui est caractéristique du pouvoir, c'est l'*intrusion sur le terrain juridique d'autrui*.".

[1595] Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n°16, p. 12/13 : "On accède avec cette définition à l'essence du pouvoir, ce qui explique qu'elle rende non seulement compte du pouvoir en droit mais également en sociologie ou en économie.". Cf. Emmanuel DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, Méthodes du droit, 2005, p. 65 : "Le pouvoir … *est influence prépondérante sur autrui*".

[1596] Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n°449, p. 327.

[1597] Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n°449, p. 328. Mais ce faisant, Monsieur LOKIEC semble oublier que, pour Emmanuel GAILLARD, "le titulaire du pouvoir est bien le « décideur »" et le pouvoir un "droit de faire prévaloir sa décision" (Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°216, p. 138, précité).

[1598] Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n°18, p. 14. Cf. Emmanuel DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, Méthodes du droit, 2005, p. 83 et s. L'auteur indique que "la nécessité et la prudence commandent de ne régir que certains pouvoirs, ceux qui sont suffisamment forts et durables pour qu'un contre-pouvoir juridique puisse être utilement mis en place. Seuls ces types de pouvoirs intéressent le droit. Il est ainsi un degré d'intensité, de durabilité, en deçà duquel le pouvoir n'est pas un fait juridique.".

Monsieur LOKIEC[1599] propose de retenir comme critère du pouvoir l'existence d'un rapport de fait : il part du postulat que "Le droit régirait un pouvoir qui existerait indépendamment de lui, en tant que fait ... L'existence du pouvoir, et par là-même l'application du régime juridique du pouvoir, dépendrait non pas de l'édiction d'une norme attributive de pouvoir mais d'indices de pouvoir, révélateurs de l'existence d'un rapport factuel de pouvoir.".
Il en découle que "L'existence d'un rapport de pouvoir ne s'établit pas de la même façon que celle d'une prérogative juridique de pouvoir. Ce n'est pas en effet dans une norme attributive de pouvoir qu'il convient de rechercher l'existence d'un rapport de pouvoir mais dans l'appréciation d'une situation de fait."[1600]. Une telle recherche, prévient Monsieur LOKIEC[1601], "consiste ... à déterminer au cas par cas l'existence d'un rapport de pouvoir par l'utilisation de la technique du faisceau d'indices.".

431. L'existence d'une contestation de la définition du pouvoir par ses conséquences se traduit en doctrine par le fait que le but poursuivi par la prérogative (intérêt du titulaire ou intérêt d'autrui) disparaît des définitions récentes de la notion de pouvoir[1602].
Si l'analyse du pouvoir (au sens de prérogative), menée par la doctrine moderne, ne peut qu'être approuvée, la distinction du pouvoir d'avec le droit subjectif n'est pas pour autant réglée.
Car droit subjectif et pouvoir ne se confondent pas[1603]. Parce que le pouvoir est en fait d'un degré de précision moindre que le droit subjectif. Le pouvoir émergent n'est, par définition,

---

[1599] Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004n°454 et s., p. 332 et s. ; spéc. n° 454, p. 332. Parmi les multiples critères proposées, se dégage un critère qualifié de « transversal » : la direction : "On est surtout tenté, à partir des exemples précités, d'isoler un indice ou un critère transversal : la direction. Il intéresse tant la subordination que la direction de fait, le « contrôle » ou encore le principe général de responsabilité du fait d'autrui. Or, étant donné la généralité du concept de direction, on est tenté de considérer qu'il s'agit du pouvoir au sens général du terme. Diriger autrui, c'est être en mesure de lui imposer sa volonté. On rejoint ainsi avec la direction d'autrui l'essence du pouvoir" *Ibid.*, n°482, p. 351
[1600] Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n°467, p. 339/340.
[1601] Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n°469, p. 341.
[1602] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°587, p. 720 : Le pouvoir est défini comme "une habilitation à accomplir des actes juridiques unilatéraux, prendre des décisions, adresser des ordres, accomplir des actes matériels qui, en droit, s'imposent à d'autres personnes dont ils peuvent affecter, réduire ou compromettre les droits et les intérêts.".
[1603] Cf. Emmanuel DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, Méthodes du droit, 2005, p. 95 : "Il faut distinguer nettement les droits subjectifs qui autorisent leur titulaire à produire des actes juridiques, à modifier l'ordonnancement juridique des autres droits subjectifs … Les premiers … incluent essentiellement les pouvoirs et les facultés de contracter … Ils se différencient d'autres droits subjectifs, comme le droit de créance ou de propriété, lesquels sont de loin les plus nombreux et n'emportent aucune faculté de modification de l'ordonnancement juridique.".

pas encadré juridiquement[1604], et dans un premier temps, la seule manière de le discipliner est l'instauration du contrôle de son détournement.

Ce contrôle du détournement de pouvoir amène petit à petit la fixation de « normes » qui viennent encadrer le pouvoir, que ces normes soient d'origine jurisprudentielle ou législative[1605]. A partir du moment où le pouvoir gagne en précision et en délimitation, il se transforme en droit subjectif[1606].

La distinction entre droit subjectif et pouvoir n'est donc pas une question de nature, mais d'encadrement juridique de la prérogative[1607].

432. La confrontation de la notion d'institution juridique avec les notions de loi, de droit subjectif et de pouvoir est maintenant nécessaire, afin de distinguer le détournement d'institution, de la fraude à la loi, de l'abus de droit et du détournement de pouvoir.

[1604] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°587, p. 721 parlent de « juridification ».

[1605] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°591, p. 725 : "le pouvoir–prérogative juridique est borné par des règles procédurales et substantielles. Les premières soumettent l'exercice du pouvoir, dans ses différents volets, à des exigences de procédure : s'entretenir avec le salarié intéressé, consulter les représentants du personnel … Les règles substantielles touchent au fond même des décisions et actes. Mais elles n'opèrent pas d'une manière et avec une intensité constante ".

[1606] Cf. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°631, p. 796 et références citées, à propos du pouvoir disciplinaire de l'employeur vis-à-vis du salarié, qui est aujourd'hui perçu comme un « droit » disciplinaire.

[1607] Comp. sur ce point, la distinction entre droit subjectif et liberté, qui est elle aussi davantage une différence de degré que de nature.

SECTION II : L'INSTITUTION, LES « PREROGATIVES » ET LA LOI

433. Les « prérogatives »[1608], doivent être distinguées de l'institution, car cette dernière n'est pas une prérogative, mais un corps de règles ayant une finalité commune (§1).
L'institution juridique, qui a été rattachée précédemment au Droit objectif, se différencie aussi d'un autre élément du droit objectif, la Loi (§2).
Mais en fait, la définition de la loi a, en réalité, causé beaucoup moins de difficultés que celles du droit subjectif et du pouvoir.

§1- L'institution juridique et les « prérogatives »

434. L'institution juridique est, a-t-il été précisé, un ensemble de règles de droit unies par une finalité commune.
La distinction entre « institution juridique » et « prérogatives » est en apparence simple, car un corps de règles juridiques n'est pas une prérogative (A). Mais il ne faut pas oublier que, de la même manière que l'institution, les prérogatives sont finalisées, ce qui tend à rapprocher ces deux notions. Néanmoins, même sur le plan de la finalité, l'institution ne poursuit pas forcément les mêmes fins que les prérogatives (B).

A- Les notions ne sont pas les mêmes

435. Comme le note fort justement Madame FENOUILLET, le détournement d'institution permet de "sanctionner des situations juridiques auxquelles la qualification « abus de droit » ou « détournement de pouvoir » ne conviendrait pas, aucun droit ou pouvoir n'étant mis en œuvre."[1609]
Les relations entre « pouvoir » et « institution » ont été évoquées par Pascal LOKIEC, dans une thèse consacrée aux notions de « Contrat et pouvoir »[1610]. L'auteur retient comme

---

[1608] Cf. B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au Droit*, 5ème éd., Litec, 2000, n°971, p. 361. Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p. 9. L'auteur montre qu'en fait, la doctrine a eu tendance à « tourner en rond », en définissant le droit subjectif par le « pouvoir », et que la tendance « moderne » s'orienterait vers l'utilisation du terme de « prérogative », pour désigner, selon l'auteur, "tous les droits conférés à l'homme par le droit objectif.".

[1609] Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 259. Cf. Jean HAUSER, note sous Civ. 1ère 7 mars 1989, D. 1989, J., p. 477 et s : "L'abus de droit nous eût renvoyé au droit subjectif, le droit d'adopter un enfant si le titulaire de l'autorité parentale y consent. Le détournement nous renvoie à un contrôle plus institutionnel".

[1610] Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels.* LGDJ, 2004, n°556, p. 405.

conception de l'institution, celle qui a été développée par Maurice HAURIOU[1611], et part du postulat que "Pouvoir et institution ne se confondent pas.". Il a considéré qu'il n'y avait rien d'anormal en cela, dans la mesure où il existe un "contraste entre l'institution, conçue comme une idée, et le pouvoir, qui constituerait un fait". Mais l'institution, si elle correspond à une idée, est aussi un ensemble de règles de droit …

436. D'un point de vue théorique, la distinction entre institution et pouvoir (au sens large) semble facile, puisque le « pouvoir » n'est pas un ensemble de règles de droit poursuivant une finalité précise, mais une « prérogative juridique finalisée », voire une « faculté d'imposer sa volonté à autrui »[1612]. L'institution juridique, en tant qu'ensemble de règles de droit, regroupe un certain nombre de prérogatives, conférées par les règles de droit − que ces prérogatives soient des droits subjectifs ou des pouvoirs − mais elle ne se confond pas avec ces prérogatives.

L'institution ne peut se réduire à une prérogative, il n'y a pas de maîtrise sur l'institution comme il y en a sur le droit ou sur le pouvoir.

En principe, l'institution est un instrument du droit objectif, qui permet l'agrégation de règles de droit entre elles, la volonté des sujets n'y joue qu'un rôle limité, les utilisateurs peuvent s'en servir (pour créer une institution ou pour en sortir), mais à la condition d'en respecter la finalité.

L'institution impose un cadre que l'utilisateur ne peut que suivre, il ne peut modifier les règles composant l'institution, ou en exclure certaines. Il ne dispose pas de « maîtrise » sur l'institution.

Au contraire, les prérogatives juridiques confèrent à leur titulaire une aire d'action, au sein de laquelle ils sont libres d'agir ou non, que ce soit dans leur intérêt propre ou dans l'intérêt d'autrui (droit subjectif ou pouvoir). Au sein de cette sphère, la liberté est totale.

437. Si la distinction entre les notions d'institution, de droit subjectif et de pouvoir semble aisée d'un point de vue abstrait, il faut reconnaître qu'en pratique, il n'en est pas toujours de même et la doctrine, ainsi que la jurisprudence, montrent que l'analyse peut s'avérer quelquefois sibylline.

[1611] Cf. chap. notion institution.

[1612] Cf. *supra*, p. 371 et s. En effet, le droit subjectif étant « un droit accordé pour la satisfaction personnelle de son titulaire » ou « égoïste » selon l'expression de RIPERT et le pouvoir une prérogative « accordée dans l'intérêt d'autrui », l'institution ne peut être rattachée ni à l'un, ni à l'autre.". Dans une telle perspective, l'institution, conçue comme un corps de règles de droit, s'oppose également au pouvoir perçu comme un fait, même si la conception de l'institution retenue par Monsieur LOKIEC n'est pas celle de l'institution juridique.

Quelques exemples illustreront les difficultés rencontrées, lesquelles, le plus souvent, naissent lorsqu'il s'agit de déterminer, si l'on a affaire à un détournement d'institution, un détournement de pouvoir ou un abus de droit.

438. Le licenciement peut illustrer la superposition des différentes notions de pouvoir, de droit subjectif et d'institution juridique.
L'employeur dispose du pouvoir de licencier ses salariés, c'est à dire de mettre fin unilatéralement à leurs contrats de travail[1613]. Ce mécanisme constitue incontestablement une prérogative juridique finalisée, exercée dans un intérêt partiellement distinct du titulaire, ou encore une faculté d'imposer sa volonté à autrui, et à ce titre il mérite de recevoir l'appellation de pouvoir[1614]. Lorsqu'il est exercé par l'employeur, il passe par la mise en œuvre d'un droit subjectif (prérogative affectée à la satisfaction de l'intérêt de son titulaire), qui est le droit de mettre fin unilatéralement au contrat de travail, en respectant les conditions prévues par la loi[1615].

439. Mais le licenciement se présente également comme une institution juridique, en tant que corps de règles ayant pour effet d'organiser la rupture du contrat de travail à durée indéterminée (règles de fond, de forme, règles régissant les conséquences du licenciement), et

---

[1613] V. Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°107, p. 202. Le licenciement est, rappelons-le "un acte juridique par lequel l'employeur met fin unilatéralement au contrat de travail conclu pour une durée indéterminée.". Gérard COUTURIER poursuit en ajoutant que "c'est donc l'acte par lequel l'employeur exerce son droit de résiliation unilatérale.".

[1614] Elle participe du pouvoir disciplinaire de l'employeur. V. Paul BOUAZIZ, *Du pouvoir souverain vers un droit disciplinaire*, Droit ouvrier, décembre 1982, p. 449 et s.

[1615] Aussi la théorie de l'abus de droit a-t'elle eu une vocation « naturelle » à venir appréhender les licenciements intervenus en méconnaissance de la finalité du droit de résiliation unilatérale de l'employeur. La jurisprudence a utilisé la théorie de l'abus de droit jusqu'à la loi du 13 juillet 1973 − loi qui a institué un contrôle des motifs du licenciement − ce qui a considérablement réduit le champ d'action de la théorie de l'abus. (V. Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°120, p. 222/223 et n°133, p. 242/243).
Actuellement, la doctrine enseigne que c'est à travers la notion de cause exacte que les utilisations du licenciement effectuées en méconnaissance de sa finalité sont appréhendées.
Pour Messieurs PELISSIER, SUPIOT et JEAMMAUD, "l'inexactitude de la cause peut jouer un rôle original ; le salarié ne conteste pas que les faits allégués pour motiver le licenciement soient établis ; il conteste que ces faits soient le véritable motif du licenciement. Par exemple, une employée d'hôtel est licenciée pour avoir pris des pots de confiture et des plaquettes de beurre laissés par des clients sur les plateaux des petits déjeuners. Examinant l'ensemble des faits antérieurs au licenciement, les juges estiment que le petit larcin de la salariée n'est pas la véritable cause de celui-ci ; la cause « exacte », la cause « réelle » de licenciement est le témoignage effectué par la salariée au cours de la procédure de divorce de son employeur ; la cause alléguée par l'employeur n'étant qu'un prétexte dissimulant la cause véritable, le licenciement est déclaré irrégulier (Soc. 28 oct. 1981, Dr. Ouvrier 1982, p. 195 ; dans le même sens, Soc. 23 fév. 1977, D. 1977, I. R., 161 (le motif allégué, mauvais résultats, dissimulait le motif réel qui consistait à avoir exigé l'augmentation de rémunération, promise antérieurement). Les juges doivent donc, dans chaque litige, rechercher si la cause alléguée ne dissimule pas la véritable cause – inavouable – du licenciement : activité syndicale, action en justice pour faire respecter ses droits, participation à une grève, inaptitude résultant d'un accident du travail, motifs dérivant de la vie privée qui ne peuvent justifier un licenciement.". Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°471, p. 586.

pour finalité de libérer, pour certains motifs (pour faute ou pour cause économique), l'employeur de sa relation contractuelle avec le salarié. Cette institution ne doit pas être utilisée en méconnaissance de sa finalité (licenciement pour faute ou licenciement économique)[1616].

440. Le droit subjectif de licencier, à disposition de l'employeur, n'est que la traduction en termes juridiques du pouvoir de mettre fin aux relations contractuelles[1617]. Le droit subjectif est en quelque sorte le bras armé du pouvoir sur le plan juridique : le droit subjectif permet au pouvoir de s'exercer concrètement[1618].

Pour déterminer si le droit subjectif ou le pouvoir sont en cause, il faut alors se référer aux critères de distinction proposés par la doctrine, en fonction de la finalité de la prérogative (intérêt du titulaire ou intérêt d'autrui).

En matière de licenciement, la difficulté est que le pouvoir s'extériorise par l'intermédiaire du droit subjectif (le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail), et cet exemple montre qu'il est donc parfois délicat de faire la part entre pouvoir et droit subjectif[1619].

[1616] Dans une telle perspective, il ne fait aucun doute que le licenciement effectué en raison de l'appartenance à un syndicat du salarié, à raison de ses opinions politiques ou pour fait de grève doit s'analyser en un détournement de l'institution juridique du licenciement, le licenciement étant détourné de son but, qui est normalement de sanctionner une faute du salarié, en lien avec son activité professionnelle. C'est pour cette raison que le licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse. V. Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°135, p. 246, qui estime que, que dans ces hypothèses, le motif de licenciement étant illicite, c'est la notion de cause illicite qui permet de fournir une explication satisfaisante, car elle se distingue de l'absence de cause réelle et sérieuse. "Lorsque le législateur a posé l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, il a confié au juge la mission de rechercher si le licenciement était suffisamment justifié par le motif allégué. La cause illicite est tout autre chose : il s'agit de faire prévaloir des principes supérieurs sur la volonté particulière de l'employeur. La nullité est alors la sanction qui s'impose.".Le droit des contrats, via l'article 1131 du Code civil, servirait donc de fondement à la nullité. L'auteur va même plus loin, puisqu'il poursuit son raisonnement en expliquant que "la référence à la notion de cause n'est pas indispensable : « dans les cas les plus typiques – licenciements pour fait de grève, répression antisyndicale, licenciement dicté par la haine raciale, etc. – l'atteinte à des principes d'ordre public est évidente et la nullité doit s'en trouver directement justifiée. »". Monsieur COUTURIER, par cette dernière affirmation, semble suggérer que l'explication de la nullité pourrait être trouvée ailleurs. Le détournement d'institution paraît précisément pouvoir fournir l'explication à cette nullité. Le législateur a finalement coupé court aux discussions en instaurant la nullité des licenciements intervenus pour des motifs illicites (article L 122-45 du Code du travail).

[1617] Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n°536, p. 390 : "On peut regretter à titre liminaire que l'employeur soit trop souvent enclin à utiliser son pouvoir de licencier plutôt qu'à prendre une décision qui ne mette pas un terme au rapport de travail.".

[1618] Cf. Soc. 25 mars 2009, n° de pourvoi 07-45281, www.légifrance.gouv.fr. La décision censure les juges du fond, qui auraient dû rechercher s'il y avait eu abus de droit par l'employeur, dans la mise en œuvre d'une clause de mobilité, cet abus ayant pour conséquence l'absence de faute de la salariée à l'origine de son licenciement. Pour la Cour suprême, l'abus de droit aurait pu résulter « du fait que le poste auquel la salariée était affectée située à environ 150 kilomètres de son domicile n'était pas desservi par les transports en commun, qu'elle ne disposait pas d'un moyen de transport personnel et que l'employeur ne lui avait pas assuré les moyens de se rendre sur son nouveau lieu de travail. En l'espèce, l'abus de droit (dans la mise en œuvre de la clause de mobilité) risquait d'entraîner l'abus du droit de licencier la salariée.

[1619] En effet, Gérard COUTURIER, lorsqu'il aborde la question du contrôle des motifs du licenciement, évoque tout d'abord l'utilisation de la théorie de l'abus de droit, par la jurisprudence, pour appréhender les abus du droit

441. La jurisprudence offre aussi des exemples de montages élaborés, combinant abus de droit et détournement de pouvoir, ce qui complique encore davantage l'analyse. Dans une affaire jugée par la Cour de cassation le 9 octobre 1986[1620], un salarié, employé comme commercial pour une société fabriquant des extincteurs avait été licencié, en 1980, pour «insuffisance professionnelle caractérisée ». L'employeur reprochait au salarié de n'avoir pas respecté le quota de vérification qui lui était imposé, et ce depuis 1971. Le quota de vérification imposé au salarié était passé de 1000 en 1977 à 2500 en 1980 et le salarié, qui n'atteignait pas les quotas fixés auparavant, n'avait pu respecter ces engagements. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir, d'une part, estimé que même si le salarié avait déjà eu des observations relatives à son insuffisance de rendement, "l'inobservation des quotas invoqués par la société en 1980 cachait en réalité un détournement de pouvoir" et d'autre part, qu'en "relevant que la société Sicli avait unilatéralement majoré dans d'importantes proportions les quotas imposés au salarié, la Cour d'appel a pu retenir que cette société avait ainsi commis un abus du droit".

Dans cette affaire, l'abus de droit (fixation abusive par l'employeur de quotas exigeant pour le salarié « des efforts disproportionnés avec un travail normal ») a été le moyen pour l'employeur de commettre un détournement de pouvoir[1621], puisque la hausse des quotas pratiquée dans des conditions matérielles quasi-impossibles à respecter pour le salarié mettait celui-ci en « faute » vis à vis des objectifs à atteindre et permettait ainsi à l'employeur de prendre des sanctions. L'abus de droit réalisé par l'employeur a permis de réaliser, dans un premier temps, la « provocation à la faute » du salarié pour ensuite servir de justificatif à la sanction prononcée : le licenciement.

442. Si, par contre, l'ensemble des règles du licenciement sont en cause, ce ne sera plus de pouvoir ou de droit subjectif dont il faudra parler, mais d'institution[1622].

de résiliation unilatérale de l'employeur. (Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail*. 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°120, p. 222/223). Puis il explique que l'évolution législative a entraîné la mise en place d'un contrôle des motifs du licenciement, à travers la notion de cause réelle et sérieuse. Puis, dans des développements consacrés à l'insuffisance professionnelle du salarié, l'auteur indique, à propos du contrôle exercé par le juge, du caractère réel et sérieux du licenciement effectué, qu'"au minimum, le juge aurait certainement à relever un éventuel détournement de pouvoir : en invoquant l'insuffisance professionnelle dans certaines circonstances ou à certaines fins, l'employeur peut se rendre coupable de détournement de pouvoir." (Ouvrage précité, n°132, p. 2240/241.).

[1620] Soc. 9 octobre 1986, Bull. civ., V, n°486, p. 366/367.

[1621] Cf. Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n°518 et s., p. 377 et s., qui analyse la fixation d'une clause d'objectifs par l'employeur comme l'exercice d'un pouvoir.

[1622] Le licenciement pour se débarrasser par tous les moyens de salariés jugés « gênants » ne constitue t'il pas un détournement d'institution. Cf. Soc. 19 novembre 2008, n° de pourvoi 07-44183, www.legfrance.gouv.fr, inédit : « Mais attendu … que la véritable cause du licenciement n'était pas celle énoncée dans la lettre de licenciement et résidait dans la seule volonté de l'employeur, attestée par des courriers, un communiqué du directeur

Ainsi, un licenciement pour fait de grève ne détourne t'il pas l'institution du licenciement de sa finalité ?[1623]

La matière du licenciement est donc très riche en enseignements, en ce qui concerne les domaines d'action respectifs des notions d'institution juridique, de droit subjectif et de pouvoir.

443. Mais l'exemple du licenciement et de la superposition de plusieurs catégories juridiques est loin d'être isolé. La plupart des institutions juridiques contiennent des règles qui établissent ou délimitent des droits subjectifs ou des pouvoirs[1624].

Les difficultés qui viennent d'être évoquées concernent la distinction entre droit subjectif et pouvoir. Mais il en est de même, lorsqu'il s'agit de déterminer si une institution ou une prérogative sont impliquées, dans le cadre de la reconnaissance d'un détournement : il est nécessaire de vérifier si c'est l'ensemble des règles formant l'institution qui ont été mal utilisées, ou s'il s'agit du « pouvoir » qui était à la disposition de l'utilisateur.

444. La jurisprudence rendue en droit du travail à propos des désignations des délégués syndicaux illustre cette idée.

Analysant les décisions rendues par la Cour de cassation, dans ce domaine[1625], un auteur y a vu la consécration d'un détournements de pouvoir[1626] : "En raison de la finalité qui lui est assignée par la loi, ce droit ne peut être valablement exercé dans un but autre que celui prévu par le législateur, sans tomber sous le coup de son détournement. Tel est bien le critère retenu, au moins en première approximation, pour distinguer les pouvoirs et les droits subjectifs.".

commercial et les constatations du médiateur, de se séparer par tous moyens des salariés ayant revendiqué l'application de la convention collective ; qu'ils en ont exactement déduit que le licenciement était nul ».

[1623] Cf. Soc. 8 juillet 2009, n° de pourvoi 08-40139, www.legifrance.gouv.fr, la Cour de cassation rappelle « qu'en l'absence de faute lourde, le caractère illicite du motif du licenciement tiré de la participation à une grève emporte à lui seul la nullité de ce licenciement, la cour d'appel, qui avait constaté qu'aucune faute lourde n'était reprochée aux deux salariés, a violé le texte susvisé ».

[1624] Il faut avouer qu'en ce domaine, les choses sont loin d'être simples et, la jurisprudence elle-même se perd parfois dans les méandres des distinctions. Témoin cette décision rendue par la Cour d'appel de Bordeaux, le 4 décembre 1991, dans une affaire de refus des représentants légaux d'une jeune femme mineure à consentir à une interruption volontaire de grossesse. La Cour se place d'abord sur le terrain de l'abus de droit pour affirmer qu'"en application de cette théorie, toute personne a le droit de faire usage de ses propres droits, si elle ne les utilise pas dans le seul but de nuire à autrui car c'est alors détourner un droit de la finalité qui lui a été donnée par le législateur.". Et en l'espèce, la Cour considère qu'en refusant de consentir à l'IVG de leur fille mineure, les parents "ont commis un détournement de pouvoir constitutif d'un abus de droit." (D. 1993, J, p. 123).

[1625] Cf. supra, 1ère partie, émergence jurisprudentielle, p. 52 et s. On observera qu'en l'espèce, le détournement de pouvoir a servi d'élément constitutif de l'abus de droit.

[1626] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica 1985, n°117, p. 77/78 : « En l'occurrence, la jurisprudence condamne de façon unanime et constante la désignation d'un représentant dans le seul but de le faire bénéficier de la protection attachée à cette fonction. A titre de justification, les tribunaux invoquent parfois la théorie de l'abus de droit, plus souvent la notion de détournement ou de fraude ».

Mais en fait, la jurisprudence a analysé de façon différente la situation, en estimant qu'il y avait détournement de l'institution, en ce sens que les règles concernant la désignation des délégués syndicaux n'étaient pas utilisées conformément à leur finalité.
Qu'en est-il exactement ?

445. Les premières décisions datent des 18 juin et 17 décembre 1975[1627]. Dans la première, la Cour de cassation avait approuvé les juges du fond d'avoir estimé que "si la désignation était en principe juridiquement valable, il était établi qu'elle avait été faite à la hâte, non en vue de défendre les intérêts des travailleurs, mais uniquement pour assurer la protection de M. et qu'ayant été détournée de son but, elle devait être annulée.".
Dans la seconde, il est apparu que "la preuve n'était pas apportée que **la désignation ait eu pour objet de détourner à des fins particulières une institution d'intérêt collectif"**[1628].
Ici, la désignation effectuée par le syndicat, n'avait pas pour objet de poursuivre la finalité de la délégation syndicale, qui a pour but de permettre à un salarié d'exercer une véritable activité syndicale de défense des intérêts des salariés. L'institution créée n'était qu'une « coquille vide », car elle n'avait pour finalité que de mettre à l'abri un salarié contre une menace de licenciement. Certaines règles (celles concernant la désignation) ont été sorties hors de leur contexte, pour servir d'autres fins. Par cette désignation, c'est l'ensemble de l'institution qui a été atteinte, dans sa globalité[1629], et pas seulement l'une ou l'autre des prérogatives qu'elle organise, ce qui permet d'affirmer qu'il y a eu détournement d'une institution et non pas détournement d'un pouvoir[1630].
Le détournement de finalité atteint la finalité de l'institution toute entière, pas seulement la finalité de la prérogative incriminée.

[1627] Soc. 18 juin 1975, Bull. soc. 1975, n°338, p. 294 ; Soc. 17 décembre 1975, Bull. 1975, V, n°615, p. 517.
[1628] C'est nous qui soulignons.
[1629] Pour Pascal LOKIEC, le pouvoir se distingue du statut (qui peut dans cette perspective être rapproché de l'institution), en ce que "le droit du pouvoir constitue un dispositif juridique et non un corps de règles." *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n°410, p. 301. L'idée était déjà évoquée en son temps par DELOS, qui insistait sur la systématisation qui affecte l'institution : "Institutionnels donc, la Loi, le Contrat, la Fondation, parce qu'ils ont la même coupe, la même structure interne, qui nous montre les éléments divers gravitant autour d'un même objet. Le « système » qu'ils forment de la sorte prend un caractère d'extériorité, de stabilité, d'objectivité, qui les élève à la hauteur d'une institution et les distingue d'activités subjectives individuelles" J. T. DELOS, *La théorie de l'institution. La solution réaliste du Problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif*, Arch. Phil. du Droit 1931, p. 97 et s., spéc., p. 137. En matière d'adoption, les décisions rendues notamment à propos du phénomène des mères porteuses n'ont pas mis en avant de détournement du droit à l'adoption, car ce n'était pas la prérogative en elle-même qui était en cause, mais bien l'ensemble de l'institution de l'adoption qui risquait d'être utilisée en méconnaissance de sa finalité, par l'opération effectuée. Les décisions ne manquent d'ailleurs pas de relever que l'adoption faisait partie d'un processus d'ensemble, ce ne pouvait donc pas seulement être une prérogative, qui était concernée.
[1630] Sauf à admettre que le pouvoir de désignation d'un salarié comme délégué syndical, détourné de sa finalité et constitutif d'un détournement de pouvoir, a par voie de conséquence entraîné un détournement de l'institution de la délégation syndicale dans son ensemble.

446. La jurisprudence propose encore des espèces qui éclairent la distinction entre institution et « prérogatives ». Dans une affaire jugée par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 14 mai 1991[1631], déjà évoquée, un auteur voulait interdire à son éditeur de publier une de ses œuvres (une bande dessinée), en invoquant son droit moral de repentir et de retrait (Code de la propriété intellectuelle, art. L 121-4)[1632]. La Cour de cassation approuve les juges du fond de l'avoir débouté de sa demande, parce qu'il avait exercé ce droit uniquement pour protester contre l'insuffisance de sa rémunération, ce qui "caractérisait un détournement des dispositions de ce texte et un exercice abusif du droit qu'il institue.".
Cette décision est intéressante, car la Cour suggère un critère de distinction entre le détournement d'une institution et l'abus d'un droit subjectif : elle propose de distinguer entre ce qui constitue le détournement des dispositions d'un texte, et l'exercice abusif du droit institué par le texte. Il y a abus de droit car le droit de retrait (prérogative) a été mal exercé dans cette affaire, mais aussi un détournement des règles relatives au droit de retrait et de repentir (ensemble de règles).
La Cour laisse entendre qu'il y a également un détournement d'institution[1633], mais ce détournement d'institution est doublé d'un abus du droit de retrait[1634].

447. Dans une autre affaire, relative à l'exercice du droit d'alerte par le comité d'entreprise[1635], la difficulté était de faire la part entre « institution juridique » et « droit subjectif ». Le juge des référés avait estimé que l'exercice du droit d'alerte relevait exclusivement de la compétence du comité central d'entreprise (et non de celle du comité d'établissement) et que « le recours au droit d'alerte dans le cadre invoqué, même motivé par une légitime préoccupation de certains salariés, quant à la forme de leur emploi, correspondait de manière flagrante à un détournement de cette institution ». La Cour d'appel, tout en confirmant la décision des juges du fond, avait rejeté ce dernier motif en estimant qu'il était « surabondant »[1636]. En fait, la Cour d'appel a analysé le droit d'alerte comme un droit

[1631] JCP 1991, II, 21760. Cf. supra, 2ème partie, le détournement et l'abus de l'institution, p. 294.
[1632] Ce texte dispose que « Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. Il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer. Lorsque, postérieurement à l'exercice de son droit de repentir ou de retrait, l'auteur décide de faire publier son œuvre, il est tenu d'offrir par priorité ses droits d'exploitation au cessionnaire qu'il avait originairement choisi et aux conditions originairement déterminées. ».
[1633] « un détournement des dispositions de ce texte ».
[1634] « et un exercice abusif du droit qu'il institue ».
[1635] Cour d'appel de Versailles, 2 octobre 2003, n°RG 2002-4791, www.legifrance.gouv.fr. Sur ce « droit », cf. 1ère partie, éléments constitutifs de l'institution juridique. (p. 111).
[1636] La solution se comprend mieux à partir du moment où la Cour précise que les conditions d'exercice du droit d'alerte n'étaient pas réunies, car, dans ce cas, le détournement d'institution ne peut prospérer, puisqu'il suppose au contraire que les conditions d'application de l'institution étaient réunies …

subjectif, en retenant que « le droit d'alerte est une attribution purement économique qui relève du comité correspondant à la structure sociale où s'exerce ce pouvoir économique ». La Cour a considéré le droit d'alerte uniquement sous l'angle d'une prérogative (« attribution purement économique ») et occulté la qualification d'institution juridique qui avait pourtant été retenue, à juste titre, par le juge des référés. En fait, dans cette affaire, la Cour a préféré se situer sur le terrain du non respect des conditions d'exercice du droit d'alerte[1637], qui lui a permis d'apporter la solution au problème posé.

Ainsi, l'institution juridique n'étant pas une prérogative, le détournement d'institution doit être distingué de l'abus de droit, d'une part, et du détournement de pouvoir d'autre part, pour la simple raison que ces éléments n'ont pas la même nature.

448. Institution et prérogatives, que ce soit le droit subjectif ou le pouvoir, bien que par nature distinctes, ont, pour point commun d'être finalisées. Proposer, en partant de la « finalité », un critère de distinction entre ces différents mécanismes juridiques peut paraître être une entreprise bien hasardeuse.

Néanmoins, c'est presque une évidence que de dire que la finalité d'un droit subjectif n'est pas complètement celle d'une institution, car le droit subjectif à une finalité marquée par l'intérêt de son bénéficiaire, cet intérêt n'apparaissant pas au niveau de l'institution[1638]. Il en est de même s'agissant du pouvoir, dont la finalité est toute entière tournée vers un but particulier, car le pouvoir n'est jamais indéterminé, il a toujours en vue une fin déterminée (par exemple l'intérêt de la personne protégée, dans le cadre de la tutelle).

B- Les finalités ne sont pas les mêmes

449. Si institution et prérogatives ont en commun d'être finalisées, il n'en demeure pas moins que la nature (ou l'étendue) de la finalité diffère selon que le mécanisme en cause est une institution, un droit subjectif ou un pouvoir.

Parce qu'elle est un ensemble de règles unies par une finalité commune, l'institution a vocation à viser une fin plus générale et plus large, que les prérogatives qu'elle contient.

[1637] « seuls des faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique au niveau général de l'entreprise sont susceptibles de fonder l'exercice du droit d'alerte, seul le comité d'entreprise ou le comité central d'entreprise lorsqu'il existe plusieurs établissements … ont qualité pour enclencher le droit d'alerte à l'exclusion du comité d'établissement ».

[1638] Les institutions présentent tout de même certains avantages pour les sujets de droit, mais elles ne sont pas essentiellement tournées vers l'intérêt desdits sujets.

Le droit subjectif a plus spécifiquement pour objet l'intérêt « égoïste » de son titulaire et le pouvoir a toujours une finalité spéciale en droit privé (par exemple, les attributs de l'autorité parentale[1639] ont pour finalité l'intérêt de l'enfant).

En fait, il se peut que la distinction soit compliquée par le fait qu'une prérogative aie en vue la même finalité que celle de l'institution qui en est le support. Dans un tel cas, c'est l'élément matériel (pouvoir ou ensemble de règles) qui permettra de faire la part des choses.

450. Les diverses utilisations de la grève en droit du travail peuvent fournir un exemple éclairant sur l'importance de la finalité dans la distinction entre institution et droit subjectif notamment.

En tant que "cessation collective et concertée du travail, à l'appui de revendications"[1640], la grève peut sans grand risque être qualifiée d'institution juridique. En effet la grève, prérogative constitutionnellement reconnue[1641], a vu son régime juridique progressivement dégagé par la jurisprudence, qui en a précisé les conditions de licéité[1642], ainsi que les conséquences[1643]. Cette institution a pour finalité de « modifier ou d'améliorer les conditions de travail »[1644]. En général, la grève a pour finalité de défendre des intérêts professionnels.

Mais, dans la mesure où "tout salarié a un droit personnel à la grève"[1645], la grève peut aussi recevoir l'appellation de droit subjectif (souvent traduit par l'expression « le droit de grève »).

[1639] Cf. *supra*, 1ère partie, p. 176.

[1640] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°1150, p. 1403. Soc. 16 mai 1989, Bull., V, n°360, p. 217 : « la grève n'est caractérisée légalement que par un arrêt de travail concerté en vue d'appuyer des revendications professionnelles ». Cf. Philippe WAQUET, *La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève*, chronique, RJS 3/95, p. 139 et s.

[1641] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°1153, p. 1404. Philippe WAQUET, *La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève*, chronique, RJS 3/95, p. 139 et s.

[1642] Ces conditions sont : un arrêt de travail, un mouvement collectif et concerté, l'existence de revendications professionnelles. Monsieur WAQUET précise que "Puisque la grève est un droit constitutionnellement reconnu et garanti, elle ne peut jamais être illicite. Ce qui est éventuellement illicite, ou même illégal, c'est autre chose ; c'est une action qui, n'entrant pas dans la définition du droit de grève, n'est précisément pas une grève." (Philippe WAQUET, *La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève*, chronique, RJS 3/95, p. 139 et s., spéc. p. 139).

[1643] Sur ces questions v. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°1160 et s., p. 1410 et s. V. spéc. n°1161, p. 1412 : "Pour le secteur privé, le législateur s'est abstenu d'intervenir ... aucun corps de dispositions légales ne « réglemente » − c'est à dire ne restreint en soumettant à des conditions de fond et à des procédures – l'exercice du droit de grève. Les règles qui gouvernent son exercice sont dégagées par la jurisprudence.". Le Code du travail ne contient qu'un seul texte général consacré à la grève, l'article L 521-1.

[1644] Soc. 23 mars 1953, D. 1954, 89 ; JCP 1953, II, 7709, note Henry DELPECH ; Grands arrêts, n°12. V. Philippe WAQUET, *La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève*, chronique, RJS 3/95, p. 139 et s., spéc. p. 141 : "dans l'entreprise privée, l'absence de toute législation commande une jurisprudence qui n'exclut de la grève que des mouvements tout à fait étrangers à la nature (absence d'arrêt de travail) **ou à l'objet (appuyer des revendications professionnelles)** de celle-ci.". (C'est nous qui soulignons).

[1645] Soc. 10 octobre 1990, CSB 1990, A., 53.

Ce droit subjectif présente la particularité d'être, en l'espèce, un droit de « nuire » à l'employeur, afin de faire pression sur lui[1646].

451. Le droit de grève, même s'il est dans une certaine mesure un droit de nuire, n'en demeure pas moins un droit susceptible d'abus[1647], et la jurisprudence s'attache à vérifier si l'arrêt de travail "relève d'un usage normal ou au contraire anormal du droit de grève"[1648]. Ce sont souvent les circonstances dans lesquelles l'arrêt de travail a été réalisé qui permettront de dire si la grève est abusive ou non.[1649]

Constituent des grèves abusives, "Des baisses de rendement auxquelles viennent s'ajouter de brefs arrêts à des heures différentes chaque jour, des débrayages inopinés, exécutés souvent en relais (grève tournante) par diverses équipes, parfois des incidents, soit avec les non-grévistes, soit avec l'encadrement, peuvent constituer, s'ils ont été voulus et concertés pour désorganiser le fonctionnement des services et de la production, des actions « exorbitantes du droit de grève ».".[1650] Et la jurisprudence[1651] estime qu'il y a abus, à partir du moment où "les arrêts de travail ... manifestent la volonté, non de désorganiser la *production* (c'est la conséquence de toute grève) mais l'entreprise elle-même : « ce n'est qu'au cas où la grève entraîne ou risque d'entraîner la désorganisation de l'entreprise qu'elle dégénère en abus »"[1652]. La finalité du droit de grève est donc de désorganiser la production, et non l'entreprise. Ce « droit de nuire » deviendra abusif, à partir du moment où l'objectif poursuivi (et mis en œuvre) sera de désorganiser l'entreprise[1653], et non plus simplement la production[1654].

[1646] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°1110, p. 1123. Philippe WAQUET, *La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève*, chronique, RJS 3/95, p. 139 et s., spéc. p. 143. Loïc CADIET et Philippe le TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Civ. Dalloz, 2008, n°15 et s. Emmanuel DOCKES, *Droit du travail*, 3ème éd., 2008, Dalloz, Hypercours, n°577, p. 433.

[1647] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°1187, p. 1436, note 7, §2 : ."La grève a pour *effet* de nuire. Le gréviste ne doit pas avoir pour *intention* de nuire.".

[1648] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°1177, p. 1427 et n°1186, p. 1434.

[1649] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°1187, p. 1436.

[1650] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°1187, p. 1436.

[1651] Cf. les arrêts cités par Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°1187, p. 1436.

[1652] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°1187, p. 1436. Philippe WAQUET, *La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève*, chronique, RJS 3/95, p. 139 et s., spéc. p. 144. Monsieur WAQUET conclut en estimant que, dans ce domaine, la qualification des faits sera essentielle pour déterminer si le mouvement devra être rattaché à "la grève, l'abus du droit de grève et le mouvement illicite.".

[1653] Le critère de la désorganisation de l'entreprise, élément de l'abus du droit de grève, est constant en jurisprudence. Cf. Soc. 13 mai 2009, inédit, n° de pourvoi 08-41.337, www.legifrance.gouv.fr. "en matière de grève, l'abus est caractérisé par la désorganisation de l'entreprise, celle-ci s'entendant comme une mise en péril de son existence".

452. Par ailleurs, à partir du moment où la finalité de la grève n'est plus de désorganiser la production, mais est, par exemple, politique[1655], la question peut être posée de savoir si ce n'est pas davantage la finalité de l'institution qui n'est pas poursuivie, que celle du droit subjectif.

Messieurs PELISSIER, SUPIOT et JEAMMAUD[1656] expliquent que "De manière constante, la Cour de cassation rappelle que la grève tend à modifier ou à améliorer les conditions de travail. Si elle est une protestation contre la politique du Gouvernement, il y a exercice irrégulier du droit de grève.". Le fondement juridique à donner à cette irrégularité soulève de délicates questions aussi bien en doctrine, qu'en jurisprudence puisque "Certains auteurs fondent l'illicéité de la grève politique sur la technique de disqualification : ne reposant pas sur des revendications professionnelles, elle ne répondrait pas à la notion juridique de grève. Faute de jurisprudence consacrant cette thèse, mieux vaut maintenir l'analyse sur le terrain de l'abus de droit, qui a l'avantage de ne pas injurier l'évidence : une grève politique est une grève.".[1657]

[1654] Pour une illustration de désorganisation de la production, cf. Soc. 9 mars 2004, inédit, n° de pourvoi 02-30294, www.legifrance.gouv.fr : « Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations qu'aucune entrave à la liberté du travail du personnel non gréviste et des membres de la direction n'avait été commise et que seules l'entrée et la sortie de marchandises avaient été entravées, en sorte que la paralysie de l'activité qui en découlait, exempte de désorganisation de l'entreprise, n'avait pas fait dégénérer le mouvement en abus, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».
Au fond, la question peut se poser de savoir si cette jurisprudence est bien encore une jurisprudence de l'abus de droit. Certains auteurs évoquent à son propos l'idée d'un contrôle de proportionnalité : le juge chercherait "à déterminer si la grève ne cause pas à d'autres droits ou libertés une atteinte disproportionnée à son enjeu.". Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°1187, p. 1436 et P. WAQUET, *La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève*, RJS 3/95, chron. P. 139, spéc. p. 143 : "Ce principe inspire aussi la célèbre théorie du bilan dont fait application le juge administratif pour apprécier la légalité d'une décision administrative : par exemple, pour l'expropriation, l'atteinte à la propriété privée, le coût financier, les inconvénients qu'elle entraîne ne sont-ils pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle comporte ? Pour mesurer si une grève ne tourne pas à l'abus, n'est-ce pas un bilan analogue qu'il convient de faire ?".

[1655] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°1162, p. 1414. Soc. 23 mars 1953, JCP 1953, II, 7709, note Henry DELPECH. Un employé de la SNCF avait fait l'objet d'une sanction disciplinaire, à la suite d'une grève, qui n'avait pas eu un caractère professionnel, mais reposait sur des motifs politiques. La Cour de cassation approuve les juges du fond qui ont validé la sanction prise par l'employeur, aux motifs que "de l'analyse qu'ils ont faite de la résolution susvisée, les juges ont pu déduire que la cause de la grève était « essentiellement politique »". Monsieur DELPECH précise en commentaire que "l'action ouvrière dépasse sa sphère propre et légitime d'application, dûment garantie par les tribunaux, lorsqu'elle s'écarte de la défense des intérêts professionnels. Or, c'est de la part de l'ouvrier une faute personnelle, un abus du droit de grève, que de cesser le travail pour se livrer à la critique d'actes gouvernementaux". V. Emmanuel DOCKES, *La finalité des grèves en question*, Droit social sept/oct. 2006, p. 1 et s.

[1656] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°1188, p. 1437.

[1657] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°1188, p. 1437, note 3 ; cf. également n°1162, p. 1414. V. Emmanuel DOCKES, *Droit du travail*, 3ème éd., 2008, Dalloz, Hypercours, n°612, p. 443, qui estime qu'aujourd'hui les grèves politiques sont licites « pour peu que ces choix politiques aient des répercussions professionnelles ». Du même auteur, *La finalité des grèves en question*, Droit social sept/oct. 2006, p. 1 et s.

Mais l'irrégularité de la grève politique pourrait être prononcée en vertu d'un autre mécanisme que celui de l'abus de droit … en ayant recours à la notion de détournement d'institution. Car si la grève est faite dans un but autre que d'obtenir la satisfaction de revendications professionnelles, elle est détournée de son objet. Autrement dit la grève peut être conforme à la finalité du droit subjectif qui lui sert de support, tout en étant contraire à la finalité de l'institution juridique qui l'organise.

453. Incontestablement, la grève politique ne correspond pas à la finalité de la grève[1658], qui a pour objet de modifier ou d'améliorer les conditions de travail. Et c'est bien l'institution toute entière qui est ainsi détournée de sa finalité, pas seulement le droit qui en découle, puisque la finalité, qui est l'élément fédérateur des règles qui composent l'institution, n'est pas respectée.

Il est remarquable de constater, dans ce domaine, que la jurisprudence a fait du respect de la finalité de l'institution de la grève une des conditions de reconnaissance de l'institution, avec application des règles qui en découlent.

D'un point de vue général, c'est souvent l'inverse qui se produit dans la mesure où la finalité n'est pas intégrée, a priori, parmi les éléments permettant à l'institution de prendre vie. C'est donc souvent, a posteriori, que le juge viendra constater que la finalité qui anime l'institution n'a pas été poursuivie, empêchant alors l'institution de « poursuivre sa route ».

454. La question de la distinction entre abus du droit de grève et détournement de l'institution de la grève se joue non seulement sur le fond (mise en œuvre d'un « pouvoir » pour le droit subjectif ; mise en œuvre d'un corps de règles pour l'institution), mais également

---

[1658] Soc. 23 mars 1953, JCP 1953, II, 7709, note Henry DELPECH. Monsieur DELPECH constate à propos de la grève politique : "Il s'ensuit, techniquement, d'une part que la détermination des tribunaux s'élabore – au-delà le caractère collectif et concerté – par référence aux intérêts en jeu et aux finalités de l'action ouvrière". V. Crim. 23 octobre 1969, Bull. crim., n°267 : « "il n'est pas établi que ce mouvement de grève ait eu pour objectif de faire aboutir une ou plusieurs revendications propres a l'entreprise, ni qu'il ait été lancé conformément aux dispositions du chapitre XII de la convention collective", du travail de la métallurgie du Loiret;
"que les tracts distribués le 31 janvier 1967 au personnel de l'usine établissent au contraire que la grève avait un caractère de protestation contre l'orientation politique et économique du gouvernement et ne tendait pas à la satisfaction de revendications rejetées par l'employeur"; qu'ainsi doit être confirmé le jugement qui a déclaré illicite la grève du 1er février ». Comp. Soc. 12 octobre 1960, Bull., V, n°852. La Cour de cassation indique que « les juges du fond pouvaient tenir compte de tous les éléments de fait, et notamment des buts poursuivis par les auteurs du mouvement ». La Cour de cassation contrôle si le but poursuivi par les grévistes est conforme à la finalité de l'institution : Soc. 29 mai 1979, Bull., V, n°464 : « mais attendu que les juges du fond ont constaté que la grève avait pour objet le refus du blocage des salaires, la défense de l'emploi et la réduction du temps de travail, revendications étroitement liées aux préoccupations quotidiennes des salariés au sein de leur entreprise ; que la cour d'appel appréciant la portée et la valeur probante des éléments qui lui étaient soumis, a estimé que la grève avait ainsi pour but d'appuyer des revendications professionnelles ; qu'il s'ensuit qu'elle a légalement justifié sa décision ».

sur le plan de leurs finalités respectives (désorganisation de la production pour le droit subjectif et satisfaction de revendications professionnelles pour l'institution).
L'exemple montre qu'il est possible de distinguer les finalités de l'institution des prérogatives qu'elle organise, ce qui permet ensuite de déterminer si le détournement commis est un détournement d'institution, un abus de droit ou un détournement de pouvoir.

455. Ainsi, même si les notions d'institution, de pouvoir et de droit subjectif ont pour caractéristique commune d'être finalisées, elles se distinguent non seulement parce qu'elles ont une nature différente, mais également parce qu'elles ont une finalité spécifique : la finalité d'un droit subjectif ou d'un pouvoir est plus étroite que celle d'une institution.
Les prérogatives que sont le droit subjectif et le pouvoir appartiennent au domaine du droit subjectif. Si l'on se situe à présent sur le plan du Droit objectif, auquel l'institution juridique est rattachée, il faut examiner quelles sont les relations entre l'institution juridique et un autre élément du Droit objectif : la Loi.

§2– L'institution et la loi

456. Comme le rappelle à juste titre Georges RIPERT[1659], "Le texte adopté par le parlement est publié sous le nom de loi ; encore faut-il qu'il donne une règle juridique … Le commandement du Pouvoir ne constitue une règle juridique que si, par son caractère général, permanent et obligatoire, il impose pour l'avenir à tous les sujets de droit l'exécution d'un acte utile ou l'abstention d'un acte nuisible.". Après avoir défini la loi (A), il sera possible d'examiner quelles sont ses relations avec l'institution juridique (B).

A- La définition de la loi

457. La loi est généralement définie d'un point de vue formel et d'un point de vue matériel : "La loi, au sens formel, est toute disposition émanant de l'organe étatique investi du pouvoir législatif par la Constitution et élaborée selon les formes prévues par celle-ci … Mais la loi peut être également définie d'un point de vue matériel. Elle est alors toute règle de droit écrite, formulée par un organe étatique compétent, dans l'exercice du pouvoir législatif ou

[1659] Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2ème éd., LGDJ, 1955, n°122, p. 307/308.

exécutif. En tant que règle de droit, la loi, au sens matériel, est générale, permanente et abstraite"[1660].

Le mot loi peut aussi être pris dans un sens très large, au point de viser "toutes les règles émises par une autorité qualifiée … à la limite : ensemble du droit positif d'un pays"[1661]. A ce titre, il englobe bien évidemment les institutions juridiques.

458. Les règles de droit sont donc contenues dans la loi. En effet, il est unanimement admis en doctrine, que loi et règle de droit sont deux notions synonymes[1662]. Or, la « règle de droit » est l'élément de base de l'institution juridique.

A partir de cette définition, il est possible d'expliquer comment s'articulent entre elles loi et institution.

B– La distinction entre institution juridique et loi

459. Les lois contiennent un certain nombre de règles de droit, relativement à un objet déterminé. Par exemple, la loi sur le divorce du 26 mai 2004 contient plusieurs articles organisant le divorce et ses conséquences. Ce sont donc des ensembles de règles de droit, liées entre elles par un objet commun (en l'espèce, le divorce). Or, il se trouve que le divorce est lui-même une institution juridique, en tant que corps de règles ayant pour finalité de permettre la dissolution du mariage, du vivant des époux.

Il semble donc bien difficile de distinguer institution et loi, car les deux notions apparaissent très proches dans leur définition.

460. Un premier élément de distinction peut provenir du fait que les lois ont souvent un domaine plus large que les institutions, car les lois peuvent établir, ou réglementer, une voire plusieurs institutions.

Par conséquent, les lois réglementent les institutions, elles les « instituent », les modifient, ou même les font disparaître. Elles en sont l'origine et la fin.

La loi ne peut donc de ce fait être assimilée à l'institution juridique.

[1660] Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n°244, p. 205/206. José VIDAL, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe "*fraus omnia corrumpit*", Dalloz, 1957, p.61 : la fraude "peut être dirigée notamment contre la *loi*, entendue au sens matériel.".

[1661] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., PUF, Quadrige, 2007, p. 560, 5°).

[1662] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°36, p. 47. Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 130 : "la loi est la mise en forme de la règle de Droit à une époque donnée.".

Pourtant, on constate, en pratique, que la jurisprudence ne distingue pas toujours la loi de l'institution, comme par exemple dans la décision de la Cour d'appel de Riom du 9 juillet 1981[1663]. Cette décision indiquait que "s'il n'est pas contestable que E... et Melle M... remplissent les conditions exigées par les articles 344, 348 et suivants, ainsi que 363 du Code civil, il ne saurait être toutefois perdu de vue que la loi sur l'adoption a pour but de créer une filiation et qu'elle ne doit pas être *détournée de son esprit*[1664]."

Le mot « loi » a, en l'espèce, été utilisé dans le sens large précédemment évoqué, qui englobe alors la notion d'institution. Pris dans ce sens, les « lois » peuvent donc être détournées de leur esprit, au même titre que les institutions.

461. Mais lorsqu'elle est perçue en tant que règle de droit, la loi se distingue plus facilement de l'institution, en ce que la règle de droit est isolée, alors que l'institution est un ensemble, un agrégat de règles de droit[1665].

Après avoir rappelé que "La règle de droit est une règle de conduite qui s'impose aux hommes vivant en société, et dont le respect est assuré par l'autorité publique."[1666], Paul ROUBIER précisait que "Pour établir le régime juridique d'une seule relation de la vie en société, il est bien rare qu'une règle de droit isolée puisse suffire, et en général un faisceau de règles est nécessaire, qui comporte des positions de principe, des limitations ou restrictions, l'indication des conditions dans lesquelles naît ou s'éteint telle situation juridique"[1667].

[1663] JCP 1982, II, 19798, note ALMAIRAC. Cf. *supra*, 1ère partie, émergence jurisprudentielle, 60 et s.

[1664] C'est nous qui soulignons. La Cour relève également que le prononcé de l'adoption aurait pour conséquence que l'adoptant, qui est le père de l'enfant de sa maîtresse, deviendrait le grand-père de son propre fils, "ce qui serait pour le moins particulièrement choquant. Dans ces conditions, l'adoption sollicitée, étant de toute évidence contraire au but poursuivi par le législateur, ne saurait être prononcée.".

[1665] Julien BONNECASE, *Introduction à l'étude du Droit. Notions élémentaires*, 3ème éd., Sirey, 1939, n°69, p. 82 : "L'institution juridique présente les mêmes caractères spécifiques que la règle de droit puisqu'elle forme un ensemble organique dont les pièces sont les règles de droit.".

[1666] Paul ROUBIER, *Théorie générale du Droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2ème éd. Revue et augmentée, Sirey, 1951, p. 5.

[1667] Paul ROUBIER, *Théorie générale du Droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2ème éd. Revue et augmentée, Sirey, 1951, p. 15. Julien BONNECASE a étudié les relations entre règle de droit et institution juridique dans plusieurs ouvrages. Dans le supplément au Traité de droit civil de BAUDRY-LACANTINERIE, il décortique la genèse de la règle de droit pour expliquer comment elle est appréhendée par l'institution juridique : "La règle de droit est, vis-à-vis de l'institution juridique, un simple élément de la technique juridique, se ramenant à un commandement ou à une directive calqués sur une relation de fait déterminée. Dès qu'une relation de fait est prise en considération par le Droit, une règle de droit est née, qui aura désormais pour objet toutes les relations de fait, analogues à celle qui a été l'occasion de sa naissance. Mais les règles de droit n'éclosent pas au hasard des faits … pas plus qu'elles ne vivent, en quelque sorte, en ordre dispersé. Les règles de Droit s'absorbent dans les institutions juridiques et celles-ci ne sont pas que des cadres ; elles sont encore moins des cadres artificiels, des amas de règles de droit plus ou moins bien juxtaposées entre elles."(Julien BONNECASE, *Supplément au Traité Théorique et pratique de Droit civil de G. BAUDRY-LACANTINERIE*, T. 1, Sirey, 1924, n°381, p. 590/591. Julien BONNECASE, *Introduction au Droit. Le problème du droit devant la philosophie, la science et la morale*, Sirey, 1926, n°8, p. 28. Julien BONNECASE, *Introduction à l'étude du Droit. Notions élémentaires*, 3ème éd., Sirey, 1939, n°62, p. 80.)

Jean DABIN[1668] expliquait aussi que “Ce qui distingue l’institution juridique, par rapport à la règle de droit (tout court), c’est la note *systématique*, d’une systématisation qui n’est pas seulement d’ordre logique, mais d’abord et essentiellement d’ordre organique : par exemple, les institutions juridiques du mariage, de la tutelle, de la propriété, du contrat, du testament, des sociétés commerciales, de la publicité des mutations, de la responsabilité des dommages … de la représentation, de l’inviolabilité du domicile, de l’instance, des voies de recours … sont la totalité coordonnée et hiérarchisée des règles de droit relatives à ces différentes matières.”.

L’idée est bien ancrée dans la doctrine contemporaine, qui considère que “les règles de droit ne sont que des éléments particuliers de l’ensemble que constituent les institutions et que celles-ci rassemblent, en dépit de leur diversité, autour d’un souffle commun.”. La doctrine précise encore que : “la règle de droit se distingue, par sa spécialité et son caractère isolé et partiel, de l’institution qui est toujours, plus qu’une simple règle de droit, un complexe systématique de règles organisé autour d’un but et d’un esprit commun.”[1669].

La règle de droit est donc un composant de l’institution, elle s’en distingue cependant par son caractère isolé ou partiel.

462. Il faut également noter que la règle de droit intervient en tant qu’élément du premier critère de la fraude à la loi : la règle obligatoire éludée.

Ainsi, l’institution juridique, bien que proche de la loi, ne se confond pas avec elle.

La loi, ou la règle de droit, sont au cœur de la fraude à la loi, ce qui signifie que, de ce point de vue, le détournement d’institution juridique ne peut être assimilé à la fraude à la loi, puisque l’institution se distingue de la loi.

Il en va de même s’agissant des prérogatives juridiques, que sont le droit subjectif et le pouvoir, qui ne doivent pas être confondues avec l’institution juridique, car elles ne se situent pas sur le même plan.

Ces prérogatives juridiques sont les éléments de base de l’abus de droit et du détournement de pouvoir. De ce fait, abus de droit et détournement de pouvoir se différencient également du détournement d’institution.

Le critère essentiel de la distinction entre détournement d’institution, abus de droit, détournement de pouvoir et fraude à la loi résulte donc, tout simplement, de la distinction entre les différentes notions d’institution juridique, de droit subjectif, de pouvoir et de loi.

[1668] Jean DABIN, *Théorie générale du Droit*, nouvelle éd., Dalloz, 1969, n°86, p. 100.

[1669] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°172, p. 201. V. également, Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l’enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°4, p. 11.

463. Une autre distinction doit être pareillement examinée. La notion de détournement, composante du « détournement d'institution », est parfois exprimée en utilisant le terme de « déviation ».

Le terme de « déviation » a été utilisé par la doctrine, aussi bien en matière d'abus de droit[1670], que de détournement de pouvoir[1671]. En fait, la plupart des auteurs assimilent purement et simplement détournement et déviation.

Par exemple, JOSSERAND[1672], en 1905, écrivait : "Bien différente serait la situation si un acte véritablement abusif avait été commis, un droit ayant été dévié de sa direction régulière. Il est naturel et équitable que tout individu lésé par cette déviation puisse exiger que le droit suive désormais sa route normale, telle qu'elle lui fut assignée par le législateur ou par les tribunaux, afin que le dommage ne soit pas causé à nouveau ...".

De même, en matière de détournement de pouvoir, la doctrine ne distingue pas les deux notions et considère que "si le pouvoir disciplinaire est, comme tout pouvoir, susceptible de détournement, une telle déviation se manifeste précisément par la disproportion." [1673].

[1670] Louis JOSSERAND, De l'abus des droits. Paris, 1905, p. 66. V. également J. BONNECASE, Supplément au Traité de BAUDRY-LACANTINERIE, T. III, Sirey, 1926, note 1,p. 464. Les idées de JOSSERAND ont été largement exploitées par la doctrine. Ainsi, René RODIERE cite un passage de JOSSERAND paru dans *Evolution et actualités* : les droits « doivent être exercés dans le plan de l'institution, conformément à son esprit, sans quoi ils suivent une fausse direction et leur titulaire, qui en aurait donc non pas usé, mais abusé, verrait sa responsabilité engagée envers la victime de cette déviation coupable. » (*Cours de droit civil français.* Robert BEUDANT et Paul LEREBOURS-PIGEONNIERE, *T. IX bis, Les contrats et les obligations.* Paris, 1952, n°1434, p. 67. *Evolutions et actualités ,IV, 1936, p. 73*).

[1671] Madame SINAY, *Le contrôle de la proportionnalité des sanctions disciplinaires au regard des fautes commises*. Dr. Soc., 1979, p. 277, cité par Jean PELISSIER, *Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire*. Mélanges VINCENT, Dalloz, 1981, p. 277.

[1672] *De l'abus des droits*. Paris, 1905, p.66. L'auteur, dans la même veine, poursuivait quelques années plus tard : "à supposer que l'acte ... se présente ... comme l'exercice d'un droit, il conviendra de rechercher s'il a été accompli conformément à la destination de ce droit, à l'esprit de l'institution, ou s'il ne porte pas le témoignage d'une déviation infligée à une prérogative subjective qui aurait été faussé par son titulaire, auquel cas la responsabilité de celui-ci serait engagée ... à raison de la mauvaise impulsion donnée par lui au droit, donc ... abusivement." (*De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 2ème éd., Dalloz, 1939, n°261, p. 359).V. également J. BONNECASE, *Supplément au Traité de BAUDRY-LACANTINERIE, T. III, Sirey, 1926, note 1,p. 464.*

[1673] Madame SINAY, *Le contrôle de la proportionnalité des sanctions disciplinaires au regard des fautes commises*. Dr. Soc., 1979, p. 277, cité par Jean PELISSIER, *Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire*. Mélanges VINCENT, Dalloz, 1981, p. 277. Victor ALTABERT fait également la même observation : "Dans les deux cas, il s'agit d'un droit ou d'un pouvoir qui est exercé en apparence conformément à la loi dans les limites précisées par celles-ci, la déviation n'apparaissant que lorsqu'on recherche le but en vue duquel le droit a été exercé, le pouvoir utilisé, l'un et l'autre consistant à user d'un pouvoir légal en vue d'un but autre que celui admis par la loi." (Victor ALTABERT, *Comparaison entre les théories jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoir en droit public*, Thèse, Dijon, 1951, p.56/57.). Jean BRETHE DE LA GRESSAYE et Marcel LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du droit.* Sirey, 1947, n°464, p. 409 : "Dans les deux cas, il s'agit d'un droit ou d'un pouvoir qui est exercé, en apparence conformément à la loi dans les limites précisées par celle-ci, la déviation n'apparaissant que lorsqu'on recherche le but en vue duquel le droit a été exercé, le pouvoir utilisé : l'un et l'autre consistent à user d'un pouvoir légal, en vue d'un but autre que celui admis par la loi.".

S'agissant de la fraude, la notion de détournement est rarement utilisée[1674], et a fortiori celle de déviation[1675].

Pourtant, la distinction entre détournement et déviation doit être effectuée, spécialement en matière de détournement d'institution, ce qui différencie à nouveau ce dernier de l'abus de droit, du détournement de pouvoir ou de la fraude à la loi.

[1674] José VIDAL évoque notamment la notion de détournement à propos du moyen : "L'existence d'un moyen détourné pour se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire est le troisième et peut être le plus caractéristique des éléments constitutifs de la fraude." (José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 148, v. également p. 194).

[1675] Seule Madame CHEVALLIER-DUMAS explique qu'"Avant même le mariage, le futur époux qui a des dettes mais non le désir de les acquitter, sera tout naturellement enclin à préférer le régime matrimonial le moins perméable aux poursuites de ses créanciers. Les époux vont donc choisir d'un commun accord un régime dont les mécanismes pourront être utilisés, par déviation de finalité, en fraude des droits des créanciers." (Françoise CHEVALLIER-DUMAS, *La fraude dans les régimes matrimoniaux*, RTD civ. 1979, p. 40 et s., spéc., n°33, p. 56, *déjà cité p. 185*).

Chapitre II : La distinction du détournement de la déviation

464. En effet la distinction entre détournement et déviation, appliquée au détournement d'institution, présente un intérêt particulier, que l'on ne retrouve pas dans le cadre de l'abus de droit ou du détournement de pouvoir. En effet, la déviation d'une institution n'est en principe pas sanctionnée, alors que son détournement l'est. Cette différence de traitement ne se retrouve ni en matière d'abus de droit, ni en ce qui concerne le détournement de pouvoir.

Il paraît donc nécessaire d'évoquer, dans un premier temps, les critères de la distinction (Section I), pour s'intéresser ensuite à l'enjeu de la distinction, entre détournement et déviation (Section II).

Dans une certaine mesure, la distinction présente l'intérêt de mieux cerner ce qu'est en réalité, le détournement d'institution, et d'en préciser davantage les limites.

SECTION I : LES CRITERES DE DISTINCTION ENTRE DETOURNEMENT ET DEVIATION

SECTION II : L'ENJEU DE LA DISTINCTION

SECTION I : LES CRITERES DE DISTINCTION ENTRE DETOURNEMENT ET DEVIATION

465. La distinction entre détournement et déviation ne va pas de soi, d'un point de vue général, car une tendance naturelle pousse au contraire à une assimilation entre les deux notions.

Pourtant, appliquée au thème du détournement d'institution, la distinction entre détournement d'institution et déviation existe bien (§1), car elle correspond aux cas dans lesquels l'utilisateur poursuit certains effets de l'institution (§2), mais en ayant la volonté de faire vivre l'institution (§3), ce qui ne correspond pas au détournement de l'institution.

§1- L'existence de la distinction

466. La notion de détournement a été étudiée précédemment[1676]. Il en ressort que détourner une institution consiste à poursuivre une fin étrangère à la fin poursuivie par l'institution.

Dévier, dans le sens courant, signifie « se détourner ou être détourné de sa direction. Dévier de son chemin »[1677].

La notion de déviation comporte plusieurs sens, mais qui renvoient à la même idée. Le dictionnaire LITTRE propose la « direction vicieuse que prennent certaines parties », ou l'« écart moral », ou encore « action de changer la direction d'une rue d'une voie de chemin de fer », voire « l'écart irrégulier d'un projectile relativement à sa trajectoire normale ».

Dans le langage courant, les termes de « détournement » et de « déviation » évoquent tous deux l'idée d'une modification de la trajectoire initialement poursuivie, en raison d'un phénomène extérieur à la chose déviée.

Par conséquent, force est de constater que la distinction entre déviation et détournement n'est pas effectuée. Or, il en est de même dans le langage juridique.

467. Sur le plan juridique, le terme de déviation[1678] présente un sens particulier : "en matière d'assurance maritime sur corps, déroutement[1679] fautif.". Ce n'est pas ce sens particulier qui est visé, pour désigner la déviation d'une institution.

Mais d'un point de vue plus général, la grande majorité des juristes qui utilisent les deux expressions font rarement la nuance entre elles et leur donnent un caractère de synonymes.

[1676] Cf. *supra*, 1ère partie, p. 139 et s.
[1677] Dictionnaire LITTRE.
[1678] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique.* 8ème éd., Quadrige, PUF, 2007, p. 306.
[1679] Le déroutement est assimilé au détournement. V. G. CORNU, *déroutement, opus cité*, p. 288.

JOSSERAND, par exemple, utilisait indifféremment les deux termes, dans les ouvrages consacrés à l'abus de droit[1680], de la même manière d'ailleurs qu'il employait indistinctement les termes d'« institution » et de « droit subjectif » : "à supposer que l'acte ... se présente ... comme l'exercice d'un droit, il conviendra de rechercher s'il a été accompli conformément à la destination de ce droit, à l'esprit de l'institution, ou s'il ne porte pas le témoignage d'une déviation infligée à une prérogative subjective qui aurait été faussé par son titulaire, auquel cas la responsabilité de celui-ci serait engagée ... à raison de la mauvaise impulsion donnée par lui au droit, donc ... abusivement." [1681].

Plus récemment, des auteurs ont évoqué « la déviation de finalité des mécanismes des régimes matrimoniaux »[1682], la « dérivation d'une institution »[1683] ou encore le « dévoiement des institutions »[1684]. Même si la terminologie semble incertaine, l'idée de « déviation de l'institution »[1685] est pourtant bien présente.

Il n'y a pas de décision constatant la déviation d'une institution, dans la jurisprudence. Lorsque les notions de « détournement » et de « déviation » sont évoquées, elles le sont de manière totalement interchangeable[1686].

[1680] "Bien différente serait la situation si un acte véritablement abusif avait été commis, un droit ayant été dévié de sa direction régulière. Il est naturel et équitable que tout individu lésé par cette déviation puisse exiger que le droit suive désormais sa route normale, telle qu'elle lui fut assignée par le législateur ou par les tribunaux, afin que le dommage ne soit pas causé à nouveau". *De l'abus des droits*. Paris, 1905, p. 66. V. également J. BONNECASE, *Supplément au Traité de BAUDRY-LACANTINERIE*, T. III, Sirey, 1926, note 1, p. 464. Les idées de JOSSERAND ont été largement exploitées par la doctrine. Ainsi, René RODIERE cite un passage de JOSSERAND, paru dans Evolution et actualités : les droits « doivent être exercés dans le plan de l'institution, conformément à son esprit, sans quoi ils suivent une fausse direction et leur titulaire, qui en aurait donc non pas usé, mais abusé, verrait sa responsabilité engagée envers la victime de cette déviation coupable. » (Cours de droit civil français. Robert BEUDANT et Paul LEREBOURS-PIGEONNIERE, T. IX bis, Les contrats et les obligations. Paris, 1952, n°1434, p. 67. Evolutions et actualités, IV, 1936, p. 73).

[1681] *Ibid.*, n°261, p. 359. Cf. *supra*, notion d'institution, p. 92 et s. Un constat similaire peut être fait, s'agissant du détournement de pouvoir, où les notions de détournement et de déviation sont perçues dans le sens d'une assimilation. Madame SINAY, expliquait, à propos du pouvoir disciplinaire de l'employeur, que "si le pouvoir disciplinaire est, comme tout pouvoir, susceptible de détournement, une telle déviation se manifeste précisément par la disproportion." (*Le contrôle de la proportionnalité des sanctions disciplinaires au regard des fautes commises*. Dr. Soc., 1979, p. 277, cité par Jean PELISSIER, *Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire*. Mélanges VINCENT, Dalloz, 1981, p. 277).

[1682] Françoise CHEVALLIER-DUMAS, *La fraude dans les régimes matrimoniaux*, RTD civ. 1979, p. 40 et s., spéc., n°33, p. 56, précité.

[1683] David JACOTOT et Christophe BOURRIER, *L'art de détourner la règle de droit : l'usage abusif de la période d'essai dans un contrat de travail à durée indéterminée*, D. 1996, chron., p. 343 et s.

[1684] Anne KIMMEL-ALCOVER, *les détournements de l'adoption*, Droit et société, vol. 29, 2000, p. 271 et s., spéc. p. 273.

[1685] L'expression est employée par Frédéric VAUVILLE, *La pratique de l'émancipation judiciaire ou l'ambivalence d'une institution marginale* ; D. 1990, chron. p. 283, spéc. p. 288, cité note 1047, 1ère partie.

[1686] Civ. 1ère 3 janvier 1996, Bull. civ., I, n°7, p. 5, qui évoque à tour de rôle la « déviation de la canalisation de gaz », puis le « détournement de la canalisation ». Cf. également Marie-Pierre CHAMPENOIS-MARMIER, *Filiations adoptive. Généralités.* Jurisclasseur civil, art. 343 et s., fasc. 2, 11, 1985, n°48, p. 9.

468. JOSSERAND[1687] semblait pourtant suggérer une distinction entre détournement et déviation, lorsqu'il écrivait : "c'est parce que l'acte accompli s'écarte de cette fonction[1688] ou s'insurge même contre[1689] elle qu'il revêt un caractère abusif.".

D'un point de vue juridique, l'idée est qu'il y a détournement lorsque le but poursuivi par l'utilisateur du mécanisme juridique est totalement étranger au but de ce mécanisme, et il y aurait déviation lorsque l'utilisateur de ce même mécanisme s'écarterait du but poursuivi.

La déviation peut être perçue comme une « déformation » du but de l'institution[1690], en ce sens qu'il existe encore un lien entre les règles transposées, et la finalité initiale de l'institution. L'institution est alors utilisée à des fins "très éloignées[1691] de celles qui sont normalement les siennes. La déviation sous-entend que la direction poursuivie n'est plus tout à fait celle qui devrait l'être, sans toutefois que l'écart effectué soit totalement étranger à la finalité du mécanisme (sinon il y a détournement de l'institution).

L'existence d'une distinction entre détournement et déviation de l'institution s'induit de la jurisprudence rendue à propos de la question des mariages « simulés ». Il se dégage en effet de cette jurisprudence qu'il y a déviation lorsque l'utilisateur d'une institution recherche ou privilégie certains effets de l'institution, mais tout en poursuivant la finalité de l'institution.

La recherche d'un effet de l'institution est une première caractéristique de la déviation.

§2- La déviation ou la recherche d'un effet de l'institution

469. La notion de déviation n'implique pas un changement total d'orientation, la poursuite de fins « étrangères » à la finalité de l'institution, contrairement au détournement, mais la recherche de certains effets de l'institution[1692].

Pour bien comprendre la distinction entre détournement et déviation de ce point de vue, il faut examiner à nouveau la jurisprudence concernant le mariage.

[1687] *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits.* 2ème éd. Dalloz, 1939, n°301, p. 413.

[1688] *Déviation.*

[1689] *Détournement.*

[1690] Cf. Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, n°72, p. 116, qui constate que dans certaines circonstances, « l'institution est déformée ».

[1691] Marie-Pierre CHAMPENOIS-MARMIER, *Filiations adoptive. Généralités.* Jurisclasseur civil, art. 343 et s., fasc. 2, 11, 1985, n°48, p. 9.

[1692] Ainsi, "Il est en effet possible qu'au départ l'utilisation d'un but particulier ne soit pas nécessairement un détournement. Dans la célèbre affaire *Appieto* … la Cour de cassation avait maintenu l'union, étant donné, d'après elle que « le souci d'assurer à l'enfant une naissance légitime constitue l'une des raisons majeures de l'institution du mariage » … S'il s'avère au contraire que les seules fins sont radicalement étrangère au but de l'institution, la jurisprudence … se prononçait pour la nullité totale du lien créé" (François BOULANGER, *Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ?* JCP 1993, I, n°3665, p. 151 et s.).

470. L'arrêt Appieto[1693] a été le point de départ, pour la doctrine[1694], d'une distinction entre deux «espèces» de mariages : le mariage avait t'il été consacré afin d'atteindre un des effets légaux qui en découlent?

Il s'agissait alors d'un mariage à effets conventionnellement limités, qui est valable[1695] ; le mariage poursuivait-il un but étranger à l'institution ? Il était alors nul.

Les auteurs ont rattaché à cette seconde catégorie les hypothèses dans lesquelles les époux cherchaient à atteindre une des conséquences accessoires du mariage, c'est à dire soit obtenir une libéralité liée au mariage, soit permettre à l'un des époux d'acquérir la nationalité française[1696].

471. Mais derrière cette première distinction, s'en cache en fait une autre, qui consiste à dire que le mariage est dévié de son but, lorsque les époux ne recherchent que des effets du mariage[1697], alors que le mariage est détourné de son but dès lors que les époux poursuivent

---

[1693] Civ. 1ère 20 novembre 1963, précité.

[1694] Cf. FOULON-PIGANIOL, *Mariage simulé ou mariage à effets conventionnellement limités ?* D. 1965, chron., p. 14 ; note RAYMOND, *citée supra*, sous cette décision, p. 466 et Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille,* par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°192, p. 106. Cf. 1ère Civ. 28 octobre 2003, D. 2004, J., p. 21, note Jean-Pierre GRIDEL.

[1695] Madame FOULON-PIGANIOL indiquait que "en raisonnant ainsi, on perd de vue, pour ne considérer que la fin ultime visée, l'effet immédiat nécessairement produit par le mariage. Si l'un des époux a pu traverser la frontière, recevoir un visa … c'est grâce à un effet direct du mariage : l'acquisition de la nationalité française." (*Le mariage « simulé »,précité, n*°19, p. 236).

Elle estimait que "les fins lointaines poursuivies par les époux ne doivent pas retenir l'attention du juriste … Peu importe le dessein visé ; seul compte le fait que c'est par l'intermédiaire d'une conséquence légale de l'union qu'il a pu être accompli … les faits révèlent que c'est toujours pour bénéficier d'un effet du mariage que les deux époux contractent ces unions singulières". Elle précisait que "Tantôt l'effet recherché ne peut être produit que par un mariage : ainsi en est-il de la légitimation des enfants. Tantôt l'effet souhaité, tout en étant bien le résultat presque automatique d'une union matrimoniale, aurait pu être obtenu par une autre voie, plus aléatoire : ainsi en est-il de la naturalisation de l'épouse.".

[1696] Cf. Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille,* par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°193 et s., p. 106 et s. Il s'agit de ce que Monsieur MALAURIE qualifie de « mariage calcul ».

[1697] Guy RAYMOND remarquait déjà : "parmi les motifs évoqués, n'en est-il pas qui soient si éloignés de la normale que l'on puisse les qualifier d'absolument étrangers au mariage ? Les juges du fond l'avaient pensé puisqu'ils annulaient le mariage lorsque l'appropriation d'une dot … la peur du service militaire … ou le changement de nationalité … avaient été la cause unique du mariage." Et l'auteur s'interrogeait, à juste titre : "Peut-on dire qu'il s'agisse là d'un résultat étranger à l'union matrimoniale ? Toutes ces conséquences sont au nombre des effets légaux du mariage et c'est précisément pour bénéficier de l'un de ces effets que la cérémonie du mariage a été effectuée. Le résultat étranger se limiterait donc à deux hypothèses : d'une part le mariage célébré par erreur … d'autre part, le mariage « *jocandi causa* »" (Commentaire sous l'arrêt « Appieto », Cass. Civ. 20 novembre 1963, D. 1964, p. 465 et s.,). Madame FOULON-PIGANIOL abondait précisément dans le même sens (Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Mariage simulé ou mariage à effets limités ? (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 novembre 1963)* ; D. 1965, chron., p. 9 et s., spéc. p. 13, et p. 234 ; v. également, *Mariage simulé ou mariage à effets limités ? (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 novembre 1963),* D. 1965, chron., p. 9 et s ; spéc. p. 14 : "Sur le plan de l'analyse du résultat étranger, deux interprétations peuvent être envisagées. On peut … se demander si la Cour de cassation ne désigne pas comme étranger au mariage un résultat qui, s'il en dépend parfois, *peut cependant être obtenu par un autre procédé.* Ainsi le mariage crée, le plus souvent, une unité de nationalité entre les époux ; mais il est des modes propres d'acquisition de celle-ci. Ce critère n'est satisfaisant qu'en apparence … si le but visé avait pu être autrement atteint ,pourquoi les époux se seraient-ils mariés ? c'est que l'effet désiré ne pouvait, en l'espèce, être obtenu par

un résultat étranger au mariage : « mais attendu que si le mariage est nul, faute de consentement, lorsque les époux se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale, il est au contraire valable lorsque les conjoints ont cru pouvoir limiter ses effets légaux, et notamment n'ont donne leur consentement que dans le but de conférer à l'enfant commun la situation d'enfant légitime »[1698]. La Cour de cassation a précisé que lorsque les époux recherchent certains effets du mariage (légitimer un enfant naturel), le mariage était valable. Cela signifie qu'il n'y a pas eu « détournement », puisque le mariage n'a pas été contracté « en vue d'atteindre un résultat étranger » à l'institution. Ce ne peut donc être qu'une déviation de l'institution, par limitation du but recherché par les époux à un (ou plusieurs) effet(s) du mariage.

Le mariage a d'ailleurs été utilisé pour servir plusieurs buts, ce qui lui a valu l'appellation, de «mariage à tout faire»[1699] : mariage conclu dans le seul but de bénéficier d'avantages matrimoniaux (versement d'une dot), mariage pour échapper aux obligations militaires[1700], mariage pour changer de nationalité[1701] ou pour légitimer un enfant naturel[1702].

les voies habituelles. Comment une allemande, résidant en Allemagne en 1945, aurait-elle pu devenir française, si ce n'est en épousant un français ?".

[1698] Arrêt Appieto, 20 novembre 1963, précité. Madame FENOUILLET propose une autre distinction, entre « effet-but » et « effet-conséquence » de l'institution. Elle explique que "les « conséquences » produites par les institutions familiales dans l'ordre fiscal ou social ne sauraient ainsi constituer leur « fonction »". Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 248. Elle précise encore en note : "il est inexact de prétendre que les considérations fiscales sont étrangères à l'adoption … Mais il est inexact de dire que telle peut être *la* fonction de cette institution, qui vise à créer un lien de filiation, la conséquence fiscale n'étant qu'une conséquence du lien substantiel créé.". (*opus cité*, p. 248, note 71). La distinction entre déviation et détournement nous paraît plus « parlante » et plus claire que celle proposée par Madame FENOUILLET.

[1699] V. Jean HAUSER, *L'adoption à tout faire*, chronique au D. 1987, *citée supra*, et du même auteur, *Au mariage on peut tout trouver*, RTD civ., 1991, p. 296. Madame FOULON-PIGANIOL, dans un commentaire consacré au célèbre arrêt « Appieto », rendu par la Cour de cassation en 1963, à propos des mariages « simulés », relevait que " tous ces mariages se caractérisent par un refus des conséquences de l'institution, à l'exception d'une seule : qu'il s'agisse d'obtenir une dot, de bénéficier d'une exemption de service militaire, de légitimer un enfant naturel, de changer de nationalité".

[1700] Phénomène qui n'a plus cours en France à l'heure actuelle, mais qui a pris une certaine importance aux Etats-Unis, où des militaires, qui sont des professionnels, se marient "en blanc" pour retarder leur départ lors d'opérations. Quid si l'armée française devient dans les années qui viennent une armée de métier ?

[1701] Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille*, par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°194, p. 107. Cf. la dernière tentative législative pour éradiquer les « fraudes » en la matière, loi n°2006-1376 du 14 novembre 2006, relative au contrôle de la validité des mariages, J.O n°264 du 15 novembre 2006. Le Conseil constitutionnel a estimé que les dispositions de la loi ne contrevenaient pas à la liberté du mariage ; cette dernière ne faisant pas obstacle "à ce que le législateur prenne des mesures de prévention ou de lutte contre les mariages contractés à des fins étrangères à l'union matrimoniale.". Décision n°2006-542 DC du 9 novembre 2006. Sur l'évolution du droit de la nationalité pour appréhender les mariages « frauduleux, cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Traité de droit international privé, Tome 1, 8ème édition, LGDJ, 1993, n°124 et s., p. 193 et s. Pierre MAYER, Vincent HEUZE, *Droit international privé*, 9ème éd., Montchrétien, 2007, n° 902 et s., p. 657 et s. François TERRE, Dominique FENOUILLET, Droit civil. Les Personnes, la Famille, les Incapacités, 7ème éd. 2005, Précis Dalloz, n°362, p. 331.

[1702] Arrêt Appieto, 20 novembre 1963, précité.

472. Malgré ce qu'a pu affirmer la jurisprudence, à une certaine époque[1703], la poursuite d'un ou plusieurs effets du mariage n'est pas, en soi, « étranger au but de l'institution »[1704]. Il ne faut pas confondre effets et but de l'institution[1705].

La jurisprudence a, en fait, assez rapidement évolué sur cette question, puisqu'une décision de la Cour d'appel de Versailles[1706], après avoir réaffirmé qu'il n'y avait pas de consentement au mariage lorsque les époux cherchaient à atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale, a précisé que le mariage était valable "si le but recherché, droit au séjour, changement de nationalité par exemple, n'est pas exclusif de la volonté des futurs époux de vivre une véritable union matrimoniale sans éluder les conséquences légales du mariage."[1707].

Il est apparu souvent, lorsque le mariage a été conclu dans le but de permettre au mari[1708] de se procurer un titre de séjour en France, que les décisions étaient partagées entre deux attitudes : un certain nombre de décisions se sont appuyées sur la jurisprudence issue de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 15 juin 1990 et ont estimé que le mariage n'était pas nul, si le but recherché (droit au séjour) "n'est pas exclusif de la volonté des futurs époux de vivre une véritable union sans éluder les conséquences essentielles du mariage"[1709] ; par contre d'autres décisions ont prononcé la nullité du mariage, en constatant que la preuve était rapportée du fait que le mariage poursuivait pour seul but l'obtention d'un titre de séjour[1710] ou l'obtention d'un emploi en France[1711].

[1703] Affaire Taleb, jugée le 17 novembre 1981, par la première chambre civile de la Cour de cassation, dans laquelle un ressortissant algérien avait perdu la nationalité française à la suite de la proclamation de l'indépendance de l'Algérie. Il avait épousé une française en 1970 et résidait en France. Désirant retrouver la nationalité française, il avait imaginé de divorcer pour se remarier avec son «ex-épouse», afin d'obtenir par le second mariage la nationalité souhaitée. Le divorce fut prononcé le 21 mai 1976 et le 19 juin de la même année, le second mariage était prononcé. Le ministère public, averti de la manœuvre, avait formé tierce-opposition au jugement de divorce et demandé la nullité du second mariage.
La Cour de cassation avait indiqué que l'article 37-1 du Code de la nationalité[1703] "ne peut être appliqué lorsque les époux se sont prêtés à la cérémonie du mariage en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale".V. Defrénois 1982, art. 32967, n°79, obs. MASSIP.

[1704] Formule retenue par le tribunal dans l'affaire jugée par la Cour d'appel de Versailles, 14ème ch., le 15 juin 1990. (JCP 1991, II, 21753, note LAROCHE-GISSEROT ; D.1991, p. 268, note HAUSER).
Le Tribunal de grande instance avait estimé, que la preuve était rapportée que "le mariage avait été projeté dans l'unique dessein de faire bénéficier Arif A., des dispositions de l'article 37-1 du Code de la nationalité, ce qui ne constitue qu'un effet secondaire du mariage, étranger aux buts de l'institution, alors que les intéressés ont la volonté délibérée de se soustraire à toutes les conséquences essentielles du mariage".

[1705] Cf. *supra*, 1ère partie, distinction des effets et de la finalité de l'institution, p. 134 et s.

[1706] Versailles, 14ème ch., 15 juin 1990, JCP 1991, II, 21753, note LAROCHE-GISSEROT ; D.1991, p. 268, note HAUSER.

[1707] La Cour ne fait ici que constater un phénomène reconnu de nos jours : on ne se marie plus beaucoup pour créer un couple ou fonder un foyer mais "par commodité, pour bénéficier d'un logement, d'une prestation sociale, de dispositions relatives au rapprochement des conjoints, d'une pension de réversion". Cf. F. LAROCHE-GISSEROT, n°9, *commentaire cité supra* note 96.

[1708] C'est le mari qui est en cause dans la majorité des espèces.

[1709] Cf. par exemple : Cour d'appel de Paris, 7 juin 1996, Jurisdata n°022573.

[1710]; Cour d'appel d'Agen 1er février 1996, Jurisdata n°044068 ; Bourges, 18 juin 1996, Jurisdata n°046599 ; Paris, 3 octobre 1996, Jurisdata n°023760 ; Bordeaux, 28 janvier 1997, Jurisdata n°040051.

[1711] Bordeaux, 28 janvier 1997, Jurisdata n°040050.

473. A l'heure actuelle, force est de constater qu'en jurisprudence, l'essentiel des décisions consacrées aux «mariages fictifs» concernent des problèmes liés à l'acquisition de la nationalité française, au statut de réfugié ou l'obtention d'une carte de résident[1712].

Dans certains cas, la poursuite d'un effet du mariage, constituera une déviation de l'institution, alors que dans d'autres cas, cette poursuite sera assimilée à un détournement d'institution.

La différence entre les deux branches de l'alternative vient, dit la jurisprudence, de la volonté ou l'absence de volonté des « époux » de faire vivre l'institution[1713].

§3- La déviation et la volonté de faire vivre l'institution

474. Les utilisateurs recherchent parfois un (ou plusieurs) effet(s) de l'institution, mais l'institution est, en fin de compte, utilisée conformément à sa finalité, parce qu'elle prend vie : il y a déviation de l'institution[1714]. A l'inverse, si les utilisateurs recherchent un ou plusieurs effets de l'institution, mais sans utiliser celle-ci conformément à sa finalité, parce que l'institution n'est qu'une « technique », à leurs yeux, qu'ils n'ont pas l'intention de « faire vivre », il y a alors détournement[1715].

[1712] Comp. cependant Civ. 1 ère 5 mai 1993, Bull. civ. ,I, n°156, p. 107, et RTD civ.1991, p. 296; où le mariage avait pour but de se trouver un curateur. Cf. Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille,* par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°200, p. 111.

[1713] Un autre élément peut également avoir un impact sur la distinction. Il s'agit du cas dans lequel la recherche d'un des avantages liés à l'institution poursuit un but frauduleux, comme par exemple lorsque le mariage est utilisé pour acquérir la nationalité française. L'institution du mariage est déviée puisque l'utilisateur recherche l'une des conséquences de l'institution (l'acquisition de la nationalité française), et, a priori, à l'exclusion des autres, mais, de surcroît, la déviation de l'institution poursuit un but frauduleux, dans la mesure où elle vise à mettre en échec les règles qui auraient dû normalement s'appliquer à la nationalité. C'est alors la volonté − ou non − de faire vivre le mariage, qui aura un impact sur la distinction entre déviation et détournement. Cf. Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 257. François TERRE, Dominique FENOUILLET, Droit civil. Les Personnes, la Famille, les Incapacités, 7ème éd. 2005, Précis Dalloz, n°361, p. 328. V. également Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, *Traité de droit international privé*, Tome 1, 8ème édition, LGDJ, 1993, n°124 et s., p. 193 et s., spéc. n°127, p. 193.

[1714] Monsieur MALAURIE désigne de tels mariages comme des « mariages gris ». Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil, La famille,* par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008, n°195, p. 107. Madame FENOUILLET précise que "Le couple qui se marie pour une raison fiscale ou conclut un pacte civil de solidarité pour bénéficier du regroupement familial de fonctionnaires échappera aux foudres du droit s'il est, par ailleurs, un couple authentique, et s'il accepte donc le statut du mariage ou du pacte civil de solidarité, et ce alors même que la recherche de ce statut n'a pas été la raison effective du consentement au mariage." (Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 258).

[1715] C. I. FOULON-PIGANIOL, *Le mariage « simulé »*, RTD civ. 1960, p.217 et s., spéc. n°28, p. 246 : "il est licite de se marier pour légitimer un enfant ; ce qui est illicite, c'est de limiter les conséquences légales du mariage à ce seul effet.

Ceci est particulièrement net en ce qui concerne le mariage. La jurisprudence prend bien soin de vérifier l'existence (ou non) d'une véritable intention matrimoniale[1716], soit pour annuler (ou non) le mariage, soit pour statuer sur des demandes en mainlevée d'opposition à mariage[1717].

La motivation qui revient, dans les décisions constatant des détournements, est souvent la même[1718] : elle concerne l'intention des parties de ne pas contracter une véritable union conjugale (« les parties n'ont, en aucune manière, entendu contracter une véritable union conjugale »), les époux ne se mariant "qu'en vue d'un *effet secondaire du mariage étranger aux buts de l'institution*"[1719].

475. Une décision de la Cour de cassation[1720], rendue en 2003, a prononcé la nullité d'un mariage dans des circonstances un peu particulières[1721]. Elle mérite d'être soulignée, car la Cour suprême, a cassé un arrêt de Cour d'appel, au visa de l'article 146 du Code civil, en indiquant, en tête de décision[1722], que « le mariage est nul lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un but étranger à l'union matrimoniale ».

La Cour de cassation a censuré les juges du fond[1723], qui, pour refuser d'annuler le mariage, avaient retenu que « même à admettre que le mariage ait eu pour seule fin des avantages patrimoniaux pour Mme Y… qu'un testament ne lui auraient pas donnés, sa nullité ne serait pas encourue dès lors que l'un de ses effets est d'avoir permis aux conjoints de mettre en œuvre, quant à leurs biens, les conventions spéciales qu'ils avaient arrêtées le 21 juin 1995 ».

[1716] Cf. Civ. 1ère 22 novembre 2005, Bull. civ. 2005, I, n°442, p. 369: "M. X… n'avait pas eu l'intention de créer un foyer au sens de l'institution matrimoniale, la cohabitation des époux n'étant que de façade ».V. Cour d'appel de Douai, 14 janvier 2008, n° RG 06/6780, www.legifrance.gouv.fr., qui retient notamment que « les attestations par elle produites pour justifier sa demande … s'avèrent cependant insuffisantes à caractériser la volonté de Monsieur X… de se marier dans un but étranger à l'union matrimoniale ».

[1717] Cour d'appel d'Agen, 22 février 2006, www.legifrance.gouv.fr.: « qu'il n'est pas démontré que les futurs époux ou l'un d'eux poursuit un but étranger à l'union matrimoniale, alors que la communauté de vie est établie et que la célébration … démontre la réalité des sentiments matrimoniaux unissant les époux ». Comp. même Cour, 26 avril 2006, www.legifrance.gouv.fr., qui estime qu'en l'espèce, « la preuve d'une absence de volonté matrimoniale est démontrée ».

[1718] Par exemple, Cour d'appel de Paris, 14 janvier 1994, D.1994, I.R, p. 101 et jurisprudence citée infra, 1ère partie, p. 47 et s. et 83 et s.

[1719] C'est nous qui soulignons.

[1720] 1ère Civ. 28 octobre 2003, D. 2004, J., p. 21, note Jean-Pierre GRIDEL.

[1721] Car il poursuivait une finalité successorale, alors que le mari était atteint d'une grave maladie. Il avait épousé une de ses amies d'enfance, qui lui rendait régulièrement visite et avait choisi un régime matrimonial de communauté conventionnel, intégrant tous les biens propres dont il était propriétaire, mais excluant ceux de son « épouse ». Son état de santé s'étant subitement amélioré, le « mari » avait décidé de demander la nullité du mariage, le mariage ayant poursuivi uniquement un but successoral (le tribunal de grande instance avait relevé que « le mariage a été contracté par les deux parties dans le seul but d'échapper aux règles successorales et plus particulièrement aux lourds droits de mutation frappant la transmission des biens entre tiers ».

[1722] en « chapeau », signe de l'importance de la décision qui a été rendue.

[1723] Pour manque de base légale, ce qui signifie que la Cour de renvoi pourra sauver le mariage, mais les éléments de droit sur lesquels elle fondera sa décision, devront faire ressortir l'existence de l'*affectio matrimonialis.*

Comme le rappelle, à juste titre, le commentateur de la décision[1724], “un mariage est nul lorsque les prétendus époux n’ont recherché à travers lui qu’une avantageuse et prochaine dévolution patrimoniale à cause de mort”.

Evidemment, dans cette espèce, il n’y avait pas de volonté de faire « vivre » l’union. Le mariage avait uniquement pour but d’organiser la succession du « mari », dans des conditions beaucoup plus avantageuses pour l’« épouse », qu’en ayant recours aux institutions traditionnelles du droit des successions.

Même si, effectivement, le mariage a pour effet de créer des conditions plus favorables quant à la transmission des biens par succession entre les époux, le fait de ne rechercher que cet effet, sans avoir aucune intention de mener une véritable union, caractérise un détournement de l’institution. En l’espère, il n’a pas été dénommé comme tel par la Cour de cassation, mais il y correspond tout à fait[1725].

En se mariant, les époux peuvent parfaitement ne rechercher que l’un des effets du mariage, s’ils veulent néanmoins vivre une véritable union, il y a déviation de l’institution du mariage, dans le cas contraire il y aura détournement de l’institution.

476. En doctrine, certains auteurs ont proposé une autre distinction, entre effets majeurs de l’institution et effets accessoires ou secondaires, qui conditionneraient, selon eux, l’existence ou l’absence de sanction[1726]. Les effets « principaux » de l’institution (exemple, légitimer un

---

[1724] 1ère Civ. 28 octobre 2003, D. 2004, J., p. 21, note Jean-Pierre GRIDEL ; D. 2004, p. 2964, obs. J.J. LEMOULAND ; AJ Famille, p. 27, obs. F. BICHERON ; RJPF 2004, n°1, p. 19 ; Defrénois 2004, p. 143, obs. MASSIP ; Dr. Fam. 2004, n°15, note LARIBAU-TERNEYRE ; RTD civ. 2004,, n°8, p. 66, obs. Jean HAUSER. Cf. François TERRE, Dominique FENOUILLET, Droit civil. Les Personnes, la Famille, les Incapacités, 7ème éd. 2005, Précis Dalloz, n°361, p. 330.

[1725] 1ère Civ. 28 octobre 2003, D. 2004, J., p. 21, note Jean-Pierre GRIDEL, spéc., p. 22 ; Civ. 1ère 28 octobre 2003, D. 2004, J., p. 21, note Jean-Pierre GRIDEL ; D. 2004, p. 2964, obs. J.J. LEMOULAND ; AJ Famille, p. 27, obs. F. BICHERON ; RJPF 2004, n°1, p. 19 ; Defrénois 2004, p. 143, obs. MASSIP ; Dr. Fam. 2004, n°15, note LARIBAU-TERNEYRE ; RTD civ. 2004,, n°8, p. 66, obs. Jean HAUSER. Jean-Pierre GRIDEL explique qu’un mariage “contracté exclusivement en vue d’être soumis à un régime matrimonial déterminé” n’est pas systématiquement nul, car “L’établissement d’un statut des biens est un effet majeur de l’institution, qui plus est inéluctable, et cet objectif, fût-il le seul, ne saurait *a priori* compromettre la validité de l’union.”. Mais les choses étaient différentes dans la présente affaire : “en admettant, en termes de principe, la validité du mariage *exclusivement* contracté pour permettre, à bref délai, la mise à exécution de conventions matrimoniales plus avantageuses pour leur bénéficiaire que ne le seraient les clauses du testament auquel le gratifiant serait réduit en n’épousant pas, la cour d’appel donne effet à des volontés recherchant seulement le contournement pur et simple de la dévolution à cause de mort. Le « mariage successoral », c'est-à-dire qui, d’une part, ne comporte aucune intention de mener une vie commune ou d’assumer un passé commun, et, d’autre part, ne poursuit qu’un effet inhérent à sa dissolution estimée imminente, est vide de toute consistance matrimoniale.”.

[1726] Cf. note Jean-Pierre GRIDEL sous Civ. 1ère 28 octobre 2003, D. 2004, J., p. 21 : « De la volonté d’assumer les obligations qui sont le cœur du mariage il faut distinguer les effets que la loi lui attache par ailleurs. Certains peuvent avoir été exclusivement recherchés sans pour autant compromettre la validité de l’union contractée, parce qu’ils sont tout de même conformes à une finalité majeure de l’institution, ainsi l’unique souci – et ses incidences seraient-elles purement morales – de faire naître un enfant dans un foyer légalement constitué. En revanche, les autres effets – que la doctrine appelle secondaires -, ne sauraient caractériser par eux-mêmes une quelconque *intentio conjugalis*, tant ils sont marginaux au regard du mariage tel qu’appréhendé jusqu’à présent ;

enfant naturel), parce qu'ils correspondent à la finalité de l'institution, ne donneraient pas lieu à sanction. Par contre la recherche d'effets secondaires, dont le lien avec la finalité du mariage apparaît très ténu (nationalité française), provoquerait la sanction pour détournement d'institution.

En réalité, la distinction ne paraît pas pertinente, car ce qui compte, ce n'est pas tant que l'effet recherché soit un effet accessoire ou principal de l'institution, que la volonté − ou non − de faire vivre l'institution.

Même si les époux ont recherché essentiellement à travers le mariage l'obtention d'un titre de séjour ou la nationalité française, le mariage sera validé s'il apparaît qu'une véritable vie matrimoniale est issue de l'union et que des sentiments lient les deux époux.

La jurisprudence se positionne de cette manière, soit en prononçant la mainlevée d'oppositions à mariage, alors qu'il apparaît que « la communauté de vie est établie et que la célébration, au vu et au su de nombreuses personnes, démontre la réalité des sentiments des époux »[1727], soit en refusant d'annuler le mariage[1728].

La distinction entre effets principaux et effets accessoires de l'institution a pu être suggérée par l'arrêt Appieto[1729], qui avait validé un mariage souscrit dans le seul but de légitimer un enfant naturel. Les époux dans cette affaire recherchaient uniquement un effet du mariage (certes effet principal), sans avoir la volonté de faire vivre l'institution. Le mariage a pourtant été validé par la Haute juridiction, non pas parce que l'effet recherché était un effet principal du mariage, comme le pense la doctrine, mais bien parce que la Cour de cassation a estimé que le but poursuivi par les époux était légitime[1730]. Ici, il s'agissait en fait d'un détournement d'institution (et non pas d'une déviation, parce qu'il n'y avait pas de volonté de faire vivre l'institution), mais ce détournement n'a pas été sanctionné, en raison du fait que le but poursuivi par les utilisateurs de l'institution était légitime[1731].

477. Les observations faites précédemment à propos de l'institution du mariage, sont également valables en ce qui concerne l'adoption, autre institution pour laquelle il existe non seulement des détournements, mais également des déviations.

aussi l'union est-elle nulle. ». François TERRE, Dominique FENOUILLET, Droit civil. Les Personnes, la Famille, les Incapacités, 7ème éd. 2005, Précis Dalloz, n°361, p. 330.

[1727] Cour d'appel d'Agen, 22 février 2006, www.legifrance.gouv.fr.

[1728] Civ. 1ère 12 novembre 1998, n° de pourvoi 96-19701, www.legifrance.gouv.fr.; Civ. 1ère 7 juin 2006, n° de pourvoi 05-15679, www.legifrance.gouv.fr.

[1729] Civ. 1ère 20 novembre 1963, précité.

[1730] A l'époque, le Code civil distinguait entre les différents types de filiation et l'enfant légitime avait une situation bien supérieure aux enfants naturels, notamment sur le plan successoral.

[1731] Cf. *infra*.

L'exemple de l'adoption à but successoral est assez révélateur. L'adoption entre personnes majeures est incontestablement essentiellement liée, en pratique, à des considérations successorales. A l'origine, c'était même la fonction première de l'institution[1732].

Or, sauf cas exceptionnels, dans lesquels il apparaît que l'adoption poursuit un but frauduleux, vis-à-vis des héritiers de l'adoptant[1733], la jurisprudence valide de telles adoptions[1734], bien que les utilisateurs ne recherchent que l'un des effets de l'institution (l'institution de la qualité d'héritier). L'explication est que, pour autant, les autres effets de l'institution ne sont pas rejetés et la volonté de faire vivre l'institution est réelle. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence vérifie scrupuleusement l'existence ou non de liens à caractère filial entre les parties. Si le lien existe, il y a déviation de l'institution, car le but poursuivi par les parties correspond pour partie au but de l'institution ; la création d'un lien de filiation entre adoptant et adopté conduira, par voie de conséquence à la constitution d'une vocation successorale. A l'inverse, l'absence d'un tel lien entraîne *ipso facto* le basculement vers le détournement d'institution[1735].

478. L'examen des décisions relatives aux institutions du mariage et de l'adoption montre qu'il y a déviation d'une institution, lorsque l'utilisateur recherche un des effets de celle-ci, peu important que cet effet soit principal ou accessoire, car il existe une volonté réelle de faire vivre l'institution, alors qu'il y a détournement d'institution, soit par ce que le but poursuivi

---

[1732] Cf. *supra* 1ère partie, p. 76 et s. et 166 et s.

[1733] Cf. Civ. 1ère 16 octobre 2001, D. 2002, J., p. 1097, note François BOULANGER , Petites Affiches, 28 février 2002, n°43, p.21, note Jacques MASSIP ; Droit de la famille 2002, n°41, note P. MURAT. La Cour d'appel avait notamment retenu, pour refuser l'adoption, que « l'institution de l'adoption avait pour objet de créer un lien de filiation et ne saurait avoir pour finalité de détourner les règles de la dévolution successorale et de la représentation en ligne directe, comme c'était le but poursuivi en l'espèce ». En l'espèce une grand-mère avait projeté d'adopter six de ses petits enfants, en laissant d'autres de côté, lesquels avaient alors formé tierce opposition au jugement qui avait prononcé l'adoption. La Cour de cassation rejette le pourvoi, en approuvant la décision de la Cour d'appel, qui avait dit que l'adoption « avait un but essentiellement successoral, étranger à l'esprit de la loi ».

[1734] Cf. *supra*, p. 76 et s. et 166 et s. Pour un exemple d'adoption entre frère et sœur : Cour d'appel de Paris, 10 février 1998, Dr. Famille, 1998, n°83, p.14, obs. P. MURAT.

[1735] Cf. supra, 1ère partie, jurisprudence citée, 76 et s. et 166 et s. Pour ne prendre qu'une seul exemple, celui de la décision de la Cour de cassation du 11 juillet 2006, les auteurs du pourvoi reprochaient à la décision de la Cour d'appel : « que l'adoption a pour objet de consacrer, entre l'adoptant et l'adopté, un lien filial et ne saurait avoir un but essentiellement successoral étranger à la finalité de l'institution ; qu'en se fondant, pour confirmer l'adoption par M. Albert X... de sa nièce Christilla X..., épouse Y..., sur le motif inopérant tiré des liens d'affection les unissant, sans rechercher si cette adoption avait, pour les parties, compte tenu de l'âge de l'adoptant, de leur rapport de parenté et de la situation familiale de l'adopté, un intérêt autre que successoral, conforme à la finalité de l'institution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 361 et 366 du code civil ». La Cour de cassation répond que « la cour d'appel, qui a souverainement estimé que l'adoption était conforme à l'intérêt de l'adoptée, a relevé que Mme Christilla X..., épouse Y..., versait aux débats des pièces suffisantes pour établir la réalité des rapports d'affection qui existaient entre elle-même et Antoine X... et des soins qu'elle lui avait prodigués et que la conscience chez l'adoptant des effets successoraux que l' adoption ne manquerait pas d'entraîner ne pouvait être considérée comme constitutive d'un détournement de l'institution dès lors que le dossier révélait qu'il existait d'autres motifs justifiant l'adoption (Civ. 1ère 11 juillet 2006, Bull. civ. 2006, I, n°384).

est totalement étranger à la finalité de l'institution, soit parce que l'effet recherché est exclusif de toute volonté de faire vivre l'institution[1736].

Pour un auteur, une autre façon de présenter la distinction entre détournement et déviation est de dire qu'on "peut détourner par intérêt (c'est le vrai détournement) mais on peut aussi détourner parce qu'on aime. Dans le premier cas le détournement est un but, dans le second cas c'est un moyen et il ne mérite plus le nom de détournement parce que la finalité de l'institution considérée est partiellement au moins respectée."[1737].

D'autres analyses partent du consentement exprimé par les utilisateurs de l'institution, lorsque le détournement d'institution a été effectué grâce à un acte juridique. La distinction se fait alors entre défaut d'objet du consentement ("le consentement n'a pas pour objet les effets de l'institution considérée")[1738] et défaut de cause ("le consentement procède d'une cause étrangère à celle de l'institution en question")[1739].

479. La distinction entre déviation et détournement étant admise, il convient de se demander quel peut être l'intérêt d'opérer une distinction entre déviation et détournement ?

[1736] Vincent BONNET va dans le sens de cette analyse car, partant de la jurisprudence « Appieto », il explique que "la solution aboutissait à considérer qu'un mariage voulu pour certains de ses effets seulement pouvait être valable, alors que les époux n'avaient aucune intention de former un foyer. L'arrêt de 2003 met au contraire l'accent sur ce qui fait un mariage fictif « *le mariage est nul lorsque les époux* ***ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue*** *d'atteindre un but étranger à l'union matrimoniale* ». La formule est loin d'être parfaite car nul ne saura jamais ce qu'est un but étranger au mariage dans la mesure où, si les époux fictifs se marient, c'est justement en raison d'un avantage lié au mariage. Elle montre néanmoins que ce qui vicie le mariage c'est non seulement la recherche d'un but étranger à l'union mais aussi, et dans le même temps, le refus des devoirs conjugaux : le mariage n'est pas valable lorsque les époux n'ont fait qu'instrumentaliser l'institution" (note sous Cour d'appel de Versailles, 1ère ch., 8 juillet 2005, D. 2006, J., p. 772, spéc. p. 775).

[1737] Obs. Jean HAUSER, sous Civ. 1ère 14 mai 1996 ; RTD civ. 1996, p. 597.

[1738] Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 260.

[1739] Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 260. La distinction recouvre alors celle de la déviation et du détournement …

SECTION 2 – L'ENJEU DE LA DISTINCTION

480. L'intérêt essentiel de la distinction entre détournement et déviation réside dans la question de la sanction du détournement et de la déviation.

Car de deux choses l'une, soit le mariage n'est qu'une « coquille vide », et il est nul, faute de consentement[1740], soit les époux ont la volonté de faire vivre néanmoins l'institution, et il est valable.

En principe, il faut garder présent à l'esprit que le détournement d'institution est sanctionné, sous réserve des exceptions qui ont été présentées précédemment[1741].

La solution est inverse s'agissant de la déviation : en principe, la déviation de l'institution n'est pas sanctionnée (§1), mais en réalité il existe, là aussi, des exceptions (§2).

481. En doctrine, la problématique de la différentiation de la sanction du détournement et de la déviation est bien exposée par Anne KIMMEL-ALCOVER[1742], dans un article consacré aux « détournements de l'adoption » : "il se peut qu'à l'origine de la requête il y ait plusieurs motifs. En effet, le désir d'éviter une expulsion pour un étranger ou d'échapper à l'application d'une réglementation particulière n'est pas forcément exclusif d'un attachement affectif du demandeur en adoption pour la personne qu'il désire adopter, et donc d'une véritable volonté d'adopter. En effet, la motivation affective ne semble pas obligatoirement antinomique avec le détournement. Auquel cas on ne peut plus parler véritablement de détournement car la finalité de l'institution est pour partie respectée[1743]. En revanche, l'absence de toute relation affective ou la volonté de l'adoptant de se soustraire pour l'essentiel aux effets de l'adoption font présumer l'utilisation abusive de cette institution à des fins qui lui sont étrangères et doivent conduire au rejet de la requête."[1744].

[1740] Cf. par exemple, Civ. 1ère 6 juillet 2000, précité : « le changement d'attitude de X… à l'égard de Y… dès l'obtention de son titre de séjour démontrait qu'elle n'avait manifestement pas eu l'intention de respecter les obligations nées de l'union conjugale au-delà de cette obtention et que le but poursuivi était, de manière exclusive, étranger à la finalité du mariage ».

[1741] Cf. *supra*, 1ère partie, p. 240 et s.

[1742] Anne KIMMEL-ALCOVER, *Les détournements de l'adoption*. Droit et société, vol. 29, 2000, p. 271 et s., spéc. p. 282.

[1743] (note 48 : On retrouve cette même explication avec le problème des mariages fictifs. La jurisprudence refuse de prononcer la nullité d'un mariage lorsque, outre les différents motifs relevés étrangers à l'institution, les époux ont mené une véritable vie commune).

[1744] Un auteur conteste le fait que la jurisprudence vérifie dans quel but l'institution est utilisée : pour Vincent BONNET, "Il paraît inopportun, et même dangereux, de vouloir sonder les cœurs pour vérifier que le but poursuivi par les époux est louable … Il suffit que les époux respectent la finalité de l'institution. S'ils poursuivent un autre but par ailleurs, cela devrait rester indifférent au droit." (note sous Cour d'appel de Versailles, 1ère ch., 8 juillet 2005, D. 2006, J., p. 772, spéc. p. 776).

§1- Le principe : l'absence de sanction de la déviation d'une institution

482. L'explication de l'absence de sanction de la déviation d'une institution, tient au fait que la déviation d'une l'institution apparaît moins grave que son détournement.
En effet, d'une certaine manière, l'utilisateur reste « dans le plan de l'institution », ce qui n'est pas le cas lorsqu'il y a détournement, le but poursuivi étant totalement étranger au but de l'institution. Il existe une volonté des utilisateurs de l'institution de la faire vivre, même si un effet de l'institution est plus particulièrement recherché[1745].
Ceci explique que la déviation d'une institution ne soit pas systématiquement sanctionnée, alors que le détournement l'est.

483. Un auteur[1746] a proposé une solution différente, afin de sanctionner les époux coupables de la déviation de l'institution. Comme la déviation n'atteint pas le cœur de l'institution en elle-même, la sanction pourrait être plus mesurée que celle du détournement : cela se traduirait par la neutralisation de l'avantage recherché par les parties[1747], mais avec maintien dans l'institution, car les utilisateurs de l'institution ont, par ailleurs, une volonté réelle de faire vivre l'institution.
De ce point de vue, déviation et détournement seraient sanctionnés de la même manière, au moins en ce qui concerne l'institution du mariage[1748].

484. Or, en réalité, ce n'est pas la position qui a été retenue par la jurisprudence.
Pour reprendre les deux exemples de déviation d'institution précédemment exposés, il faut constater qu'en principe, la jurisprudence entérine de telles adoptions ou de tels mariages, en ratifiant, d'une certaine manière, l'utilisation qui a été faite de ces institutions. L'effet qui a été recherché n'est pas annihilé par la jurisprudence.
Ainsi, l'adoption qui poursuit un but successoral ne sera, souvent, en pratique, pas sanctionnée[1749]. Les décisions relèvent parfois que la seule volonté de s'assurer une descendance ne saurait, « à elle seule », constituer un détournement de l'adoption[1750].

[1745] Cf. par exemple Civ. 1ère, 28 février 1995, et jurisprudence citée en première partie (émergence jurisprudentielle).
[1746] Cette analyse est suggérée par les réflexions de Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, sur le mariage « simulé » (RTD civ. 1960, p. 217 et s.).
[1747] Par exemple, l'acquisition de la nationalité française par mariage.
[1748] Sur ces points, cf. *supra*, sanctions civiles du détournement, p. 248.
[1749] Cf. *supra*, 1ère partie, émergence jurisprudentielle, p. 76.
[1750] Par exemple, Cour d'appel de Paris, ch.1, section C, 25 juin 1993, Jurisdata, n°022540, précité, et décisions citées, 1ère partie, émergence jurisprudentielle.

Si par contre, outre des motifs d'ordre successoral, des motifs frauduleux sont avérés, comme par exemple l'utilisation de l'adoption pour faire échec à la législation sur les baux ruraux[1751], il n'y a plus déviation, mais détournement de l'institution, car l'institution utilisée pour faire échec à la loi n'est alors plus utilisée conformément à sa finalité.

Et si l'on reprend l'exemple du mariage, la jurisprudence retient une solution identique puisque le mariage est valable, si l'effet recherché par les parties n'est pas exclusif de la volonté de vivre une véritable union matrimoniale, alors qu'il est nul, lorsque les époux ont cherché à atteindre un résultat étranger à l'institution[1752].

485. Il faut cependant aller encore plus loin. Car il arrive que certains utilisateurs d'une institution en poursuivent certains effets, mais sans avoir aucune volonté ou intention de faire vivre l'institution. La jurisprudence sanctionne alors le comportement incriminé sous la qualification de « détournement d'institution ».

§2- L'exception : la sanction de la déviation d'une institution

486. Ainsi que l'a fait remarquer à juste titre Monsieur HAUSER[1753], ce qui est en cause ici, ce n'est pas tant l'existence ou l'absence de consentement que "le but poursuivi par ce consentement".

La jurisprudence a recours à l'utilisation de la notion de détournement, pour sanctionner les hypothèses dans lesquelles la déviation s'accompagne d'une absence de volonté de faire vivre l'institution.

Que ce soit à propos du mariage ou de l'adoption, si l'effet recherché est exclusif de toute « intention matrimoniale » ou de consécration de « liens filiaux »[1754,] il y a « détournement

---

[1751] Civ., 1 ère ,19 novembre 1991. Petites Affiches, 29 juillet 1992, n°91, p. 37, note MASSIP. V. également l'exemple de mariage à but successoral, "*exclusivement* contracté pour permettre, à bref délai, la mise à exécution de conventions matrimoniales plus avantageuses pour leur bénéficiaire que ne le seraient les clauses du testament auquel le gratifiant serait réduit en n'épousant pas", note Jean-Pierre GRIDEL, sous Civ. 1ère 28 octobre 2003, D. 2004, J., p. 21 et s.

[1752] Cass. civ. 20 novembre 1963, D. 1964, note G. RAYMOND. Cf. *supra* dév. Sur le mariage.

[1753] Note sous cet arrêt au D. 1991, p. 270. Versailles 14ème ch., 15 juin 1990.

[1754] Cf. *supra*, 1ère partie, émergence jurisprudentielle, p. 58 et s. Concernant le mariage, v. par exemple, Civ. 1ère 6 juillet 2000, déjà cité : « le changement d'attitude de X… à l'égard de Y… dès l'obtention de son titre de séjour démontrait qu'elle n'avait manifestement pas eu l'intention de respecter les obligations nées de l'union conjugale au-delà de cette obtention et que le but par elle poursuivi était, **de manière exclusive**, étranger à la finalité du mariage ». (C'est nous qui soulignons). Pour l'adoption, voir Cour d'appel D'AIX, 6ème ch., sect. A, 5 septembre 2006, Droit de la famille, mars 2007, n°54, p. 26 et s., note Pierre MURAT : la cour indique qu'il y a « détournement du but de l'adoption lorsque les considérations successorales ou fiscales sont le ressort principal de la démarche ou lorsqu'il s'agit de créer des relations juridiques **étrangères aux rapports filiaux**, par exemple entre deux concubins »

d'institution », car l'absence d'intention « institutionnelle » instrumentalise totalement l'institution[1755].

L'appréhension de la déviation d'une institution, par le biais de la notion de détournement, est assez souvent rencontrée dans le cadre de mariages « à tout faire », notamment lorsque le mariage a été demandé afin d'obtenir la nationalité française ou un titre de séjour[1756.]

487. Le constat de l'absence automatique de sanction du détournement d'institution, qui a été évoqué précédemment[1757,] se retrouve également ici. La jurisprudence, malgré le fait que l'institution n'ait été utilisée qu'en raison de l'un de ses effets, sans aucune volonté « sérieuse » quant au fonctionnement de l'institution, valide néanmoins le montage qui a été réalisé, lorsqu'il existe des motifs légitimes présidant au recours à l'institution[1758].

L'exemple de l'arrêt Appieto[1759] démontre que, pour la jurisprudence, même s'il n'y avait aucune volonté de faire vivre l'institution, le détournement est « validé », si l'intérêt poursuivi par les utilisateurs de l'institution est légitime[1760.]

A l'inverse, si l'intérêt poursuivi par les utilisateurs de l'institution n'est pas légitime, et quand bien même il ne s'agirait que d'une déviation de l'institution, la jurisprudence est impitoyable et considère qu'il y a détournement d'institution.

488. Les choses sont, il faut bien l'admettre loin d'être toujours simples. Pour reprendre le cas des mères porteuses, il est permis de se demander si la finalité de l'institution de l'adoption n'était pas respectée, dans les tentatives d'utilisation qui ont été faites (il s'agissait bien, d'une certaine manière, de donner un enfant à une famille qui en est dépourvu). N'y avait il pas également une véritable intention de faire vivre l'institution, puisque l'épouse (ou la concubine) souhaitait précisément créer un lien filial, avec l'enfant issu de cette pratique ?

Ainsi, on peut se demander si, contrairement à ce qu'a affirmé la Cour de cassation, en sanctionnant ce « processus d'ensemble »[1761], ce n'est pas seulement l'instrumentalisation de

---

[1755] Sur l'instrumentalisation du droit réalisé par le détournement d'institution cf. *supra*, 1ère partie, fondement de la sanction du détournement d'institution, p. 265 et s.

[1756] Pour une illustration, cf. Civ. 1ère, 19 janvier 1999 ; Dr. Famille 1999, n°23. L'auteur du pourvoi, en l'espèce le mari « fictif », reprochait à la Cour d'appel, qui avait annulé le mariage, de n'avoir pas caractérisé « le défaut de consentement réel de M. X..., supposant que celui-ci ait exclusivement poursuivi un but étranger au lien matrimonial ». La Cour de cassation lui répond que « c'est par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve et hors toute contradiction que la cour d'appel a estimé que M. X... ne s'était prêté à la cérémonie du mariage que dans le but d'obtenir un titre de séjour en France ; qu'abstraction faite des motifs surabondants critiqués par la première branche du moyen, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ». Cf. *supra*, 1ère partie, émergence jurisprudentielle, p. 47 et s. et 83 et s.

[1757] Cf. *supra*, 1ère partie, sanction du détournement d'institution, 240 et s.

[1758] Y compris si la déviation de l'institution s'est transformée en détournement, par poursuite d'un but frauduleux (acquisition d'un titre de séjour par exemple). Cf. supra, note 1756 et réf. Citées.

[1759] Civ. 1ère 20 novembre 1963, précité.

[1760] Cf. *supra*, 1ère partie, sanction du détournement d'institution, p. 240 et s.

l'institution qui a été sanctionnée[1762]. Ne serait ce pas la légitimité du but poursuivi qui a été appréciée ? Cela signifierait qu'il n'a pas été jugé légitime, pour la Cour de cassation, de vouloir faire produire des effets juridiques à une situation illicite et immorale[1763].

Cet exemple démontre encore, si besoin était, que même en cas de déviation de l'institution, le juge apprécie la légitimité des motifs poursuivis, et peut sanctionner le processus, si le but poursuivi par les auteurs de la déviation n'est pas légitime.

489. La distinction du détournement, de la notion de déviation, permet ainsi de constater le réel intérêt de la distinction en termes de sanction de ces deux phénomènes, ce qui démontre l'utilité de la notion de « déviation ».

Que ce soit dans ses relations avec les notions de droit subjectif, de pouvoir ou avec la loi, ou encore avec celle de déviation, il apparaît que le « détournement d'institution », sur le plan de la notion, montre une réelle autonomie, puisqu'il ne peut être confondu avec l'abus de droit, le détournement de pouvoir ou la fraude à la loi.

Mais l'autonomie du détournement d'institution, par rapport aux autres instruments d'auto-défense du Droit, ne se limite pas seulement à une indépendance sur le plan conceptuel. Il présente d'importantes spécificités sur le plan du régime juridique qui permettent de confirmer la place qu'il prétend occuper sur le devant de la scène juridique.

[1761] Cf. *supra*, 1ère partie, émergence jurisprudentielle, p. 68 et s.

[1762] Car cela n'explique pas pourquoi dans certains cas le détournement d'institution n'est pas sanctionné, alors pourtant que l'institution a été, de manière identique, instrumentalisée (mariage, adoption).

[1763] Pierre MURAT résume fort bien les arguments qui ont pu expliquer la solution retenue : "Les facultés de gestation de la femme ne peuvent pas être dans le commerce juridique : ce serait donner trop de force à une volonté qui ne peut pas être totalement éclairée tant que l'accouchement n'a pas eu lieu, ce serait faire fi des risques courus par la femme enceinte pour sa propre santé, ce serait enfin nier la relation qui existe entre l'enfant et celle qui le porte que de considérer *a priori* comme mère celle qui est seulement génitrice au détriment de celle qui a porté.". (note sous Cour d'appel de Rennes, 4 juillet 2002, Droit de la famille, décembre 2002, n°142, p. 16 et s., spéc., p. 17).

Sous titre II : L'autonomie du détournement d'institution sur le plan du régime juridique

490. Il faut affirmer d'emblée que c'est sur le terrain du régime juridique que le détournement d'institution imprime ses différences essentielles avec l'abus de droit, le détournement de pouvoir, la fraude à la loi ou la simulation.

Du fait de leur relative proximité dans leur « esprit », ces différentes notions présentent entre elles un certain nombre de points communs, qu'il serait vain de vouloir nier. Ceci explique sans doute pourquoi de nombreux auteurs ont cru pouvoir soit réduire le détournement de pouvoir et la fraude à l'abus de droit[1764], soit l'abus de droit à la fraude à la loi[1765], et aujourd'hui assimilent détournement d'institution à la fraude à la loi[1766].

L'autonomie du détournement d'institution est pourtant bien réelle, et se manifeste aussi bien dans les conditions d'application de la notion (Chapitre I), que dans la sanction du détournement d'institution (Chapitre II).

C'est la raison pour laquelle l'autonomie dans les conditions d'application de la notion sera d'abord examinée, puis la spécificité de la sanction du détournement d'institution sera ensuite évoquée.

Chapitre I : Les spécificités du détournement d'institution dans l'application de la notion

Chapitre II : Les spécificités du détournement d'institution sur le plan de la sanction

[1764] Louis JOSSERAND. De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits, 2ème éd., Dalloz, 1939.

[1765] José VIDAL. *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*. Thèse, Dalloz, 1957.

[1766] Voir les commentaires relatifs à la jurisprudence sur les mères porteuses, cité supra, 1ère partie, émergence jurisprudentielle, p. 68 et s.

Chapitre I : Les spécificités du détournement d'institution dans l'application de la notion

491. Certaines spécificités du détournement d'institution ont d'ores et déjà été exposées à l'occasion de la distinction entre institution juridique et droit subjectif, pouvoir[1767] ou loi. L'institution juridique ne peut être réduite à un droit subjectif et de ce fait, le détournement d'une institution n'est pas un abus de droit subjectif.

Par ailleurs, même si la distinction entre institution et loi au sens large est peu marquée, il apparaît que la fraude à la loi nécessite, pour sa reconnaissance, l'existence d'autres conditions, telle qu'une règle obligatoire éludée, que l'on ne retrouve pas dans le détournement d'institution.

Il existe encore d'autres éléments spécifiques au détournement d'institution qui le distinguent des notions voisines.

En premier lieu de l'abus de droit, car contrairement à ce dernier, l'existence d'une faute dans l'exercice de l'institution n'est pas une condition du détournement d'institution (Section I).

Ensuite, de la fraude à la loi, car certaines conditions caractéristiques de la fraude à la loi ne se retrouvent pas dans le détournement d'institution. Il n'y a a pas en effet dans le détournement d'institution de règle obligatoire éludée, ni de moyen efficace, alors que ce sont des conditions essentielles en matière de fraude à la loi (Section II).

Enfin d'une autre notion : la simulation, qui a déjà été évoquée à propos des détournements de l'institution du mariage. La simulation[1768] consiste "à créer un acte juridique apparent (dit ostensible) qui ne correspond pas à la réalité des choses, soit pour faire croire à l'existence d'une opération imaginaire, soit pour masquer la nature ou le contenu réel de l'opération (ex. dissimulation du prix, déguisement d'une donation en vente), soit pour tenir secrète la personnalité d'une ou de plusieurs des parties à l'opération (interposition de personnes), etc.". La notion de simulation a été utilisée, par la doctrine, pour rendre compte du phénomène des mariages « fictifs ou simulés ». Or, l'analyse s'oriente aujourd'hui vers la notion de détournement d'institution. Il est donc nécessaire de rapprocher les deux concepts, pour mieux comprendre en quoi la simulation diffère du détournement d'institution. L'élément

[1767] Le détournement de pouvoir, évoqué précédemment, se distingue essentiellement du détournement d'institution parce que le pouvoir se distingue de l'institution. Cf *supra*, p. 363 et s.

[1768] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*. 8ème éd., mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 868. M. DAGOT, *La simulation en droit privé*. Florence DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, LGDJ 1997, n° 77 et s., p. 31 : "On parle d'acte fictif lorsque la contre-lettre détruit totalement l'acte apparent ... Dans l'acte déguisé, l'apparence ne masque pas le néant. Derrière l'acte déguisé, il y a un autre acte, celui qui a été réellement voulu.".

fondamental qui permet de séparer détournement d'institution et simulation est l'absence d'acte « caché », qui est nécessaire à la reconnaissance de la simulation (Section III).

SECTION I : LA DISTINCTION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION ET DE L'ABUS DE DROIT

SECTION II : LA DISTINCTION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION ET DE LA FRAUDE A LA LOI

SECTION III : LA DISTINCTION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION ET DE LA SIMULATION

SECTION I : LA DISTINCTION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION ET DE L'ABUS DE DROIT

492. La présentation de l'abus de droit effectuée précédemment[1769] a permis de montrer que dès l'origine, l'abus de droit a été appréhendé sous l'angle de l'exercice fautif d'un droit[1770] (§1).
Une telle perspective ne se retrouve pas dans le détournement d'institution (§2).

§1- La faute est une condition indispensable de l'abus de droit

493. La faute revêt une telle importance en ce qui concerne l'abus de droit, qu'elle a été proposée comme critère de l'abus[1771].
Mais l'étude de la jurisprudence, effectuée par plusieurs auteurs, montre que celle-ci n'admet pas toujours l'abus de droit, en cas de faute quasi-délictuelle[1772], ce qui tendrait à démontrer que l'abus de droit se distingue de la faute. Madame LEMEE[1773] explique que la jurisprudence, plus spécialement au niveau de la Cour de cassation, n'utilise pas "un motif unique, identique pour tous les cas d'abus, par lequel la Haute juridiction viendrait affirmer que l'abus correspond à tel ou tel degré de faute. On en rencontre au contraire toute une série et les formules utilisées varient selon la prérogative dont il a été abusé.". Ainsi, après avoir passé en revue les motifs utilisés en matière de droit de propriété, d'abus de majorité, de révocation de mandat et de rupture du contrat de travail, l'auteur constate que c'est seulement à propos de la rupture du contrat de travail que l'on voit apparaître l'admission de la faute d'imprudence[1774].

494. En fait, en pratique, la démonstration de l'abus précède la mise en jeu des règles de la responsabilité civile[1775] : pour faire apparaître la faute, il faut au préalable démontrer que le droit a été mal utilisé et faire tomber "la présomption de licéité de l'acte en démontrant

---

[1769] Cf. *supra*, p. 319.
[1770] Celui qui, en exerçant son droit, cause un préjudice à autrui, peut être tenu de le réparer en application des règles de la responsabilité civile?
[1771] Cf. *supra*, p. 319.
[1772] Jacqueline LEMEE, *Essai sur l'abus de droit*, Thèse Paris XII, 1977, n°9, p. 7 ; n°526, p. 377/378 ; n°531, p. 383 ; n°534, p. 385. Guy COURTIEU, *Abus de droit. Notion*, Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386, fasc. 131-10, 2005, n°21, p. 8.
[1773] *Ibid.*, n°525, p. 376. G. COURTIEU, *opus cité*, n°21, p. 8.
[1774] *Ibidem*, n°526, p. 378. STARCK, ROLAND et BOYER, *Obligations.* T. 1, *Responsabilité délictuelle*, 5ème éd., Litec, 1996, n°363, p. 177. Cf. également, en matière de voies d'exécution : AUBRY et RAU, par ESMEIN, *précité*, T.6, 6ème éd., §444 bis, p. 463.
[1775] *Traité de droit civil. Introduction générale* de J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, 4ème éd., avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, LGDJ,1994, n°781, p. 765 ; n°806, p. 793. AUBRY et RAU, T. VI-2, par DEJEAN DE LA BATIE, *cité supra*, §444 bis, n°45, p. 79.

l'abus.". Autrement dit, le préjudice ne pourra être réparé que parce qu'il est le résultat d'une faute préalable[1776], faute qui consiste donc dans le mauvais usage d'un droit.
Par conséquent, "l'abus de droit est partie prenante de la responsabilité civile, car user d'un droit contrairement à sa finalité, détourner une fonction ou un pouvoir, et agir sans mobile légitime, est commettre une faute ... D'où l'exigence, à côté de la faute, d'un préjudice particulier à autrui."[1777].

495. De ce point de vue, l'abus de droit se distingue de la fraude à la loi, car "La théorie de la fraude est distincte de celle de la responsabilité. L'existence d'un préjudice est une condition essentielle de l'action en responsabilité qui apparaît comme une action en réparation. Au contraire la considération du préjudice n'est pas essentielle ni indispensable dans la fraude. Il s'agit en effet alors de sanctionner un acte à raison du vice spécifique qui l'entache ... Le problème posé par la fraude est celui de la validité en droit de l'acte frauduleux, et non celui de la réparation de ses conséquences dommageables."[1778].
Cette condition, caractéristique de l'abus de droit, ne se retrouve pas davantage dans le détournement d'institution.

§2- L'absence de préjudice des conditions du détournement d'institution

496. A aucun moment, la jurisprudence consacrée au détournement d'institution n'a pris en compte la notion de faute, au titre des éléments constitutifs du détournement d'institution.
La condition de l'existence d'un préjudice, de la « victime » du détournement, n'est pas davantage retenue[1779].
L'exemple de l'affaire de l'adoption, faite dans le but de couper les liens des petits enfants avec leurs grands parents[1780], est particulièrement topique à cet égard. L'intention de nuire était bien caractérisée en l'espèce, car la Cour de cassation avait indiqué que l'adoption avait

---

[1776] Ce qui permet de distinguer l'abus de droit de la théorie des troubles anormaux de voisinage. Cf. GHESTIN et GOUBEAUX, *ouvrage précité*, n°792, p. 776. LEMEE, thèse précitée, n°402, p. 286 ; n°804, p. 790.
[1777] Philippe LE TOURNEAU et Loïc CADIET. Droit de la responsabilité. Dalloz Action, 2008, n°6865, p. 6862. B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations. T. I. Responsabilité délictuelle*, 5ème éd., Litec, 1996, n°371, p. 180 ; n°386, p. 187 : "La théorie de l'abus des droits a permis ainsi de constater l'existence d'un domaine de *responsabilité pour faute*, la faute constitutive d'abus ayant un caractère spécifique : détournement du droit de sa fonction normale.".
[1778] José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 362 et s.
[1779] Cf. Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 256, qui relève pourtant l'existence d'un préjudice causé à « un particulier ».
[1780] Civ. 1ère 7 mars 1989, Gaz. Pal. 8 mars 1990, p. 131, note MASSIP ; Dalloz 1989, p. 477, note J. HAUSER. Cf. supra, 1ère partie, p. 74.

été faite « dans le but … de couper les enfants de leur famille paternelle et notamment de leurs grands-parents ». Or, bien que l'intention de nuire soit un des critères traditionnels de l'abus, la Cour n'a retenu que le détournement de la finalité de l'adoption, mais n'a visé à aucun moment l'existence d'une quelconque faute pour sanctionner le détournement d'institution.

Même dans certaines affaires de mariages simulés, dans lesquelles il est apparu que seul l'un des époux avait été « victime » de la simulation[1781], l'élément qui a retenu l'attention des magistrats, a consisté dans la recherche d'éléments, pouvant induire l'existence « d'une motivation étrangère aux buts du mariage ».

497. Ces solutions se justifient, parce que le détournement d'institution consiste, mais consiste seulement, dans l'utilisation d'une institution juridique dans un but étranger à sa finalité.

Il n'est pourtant pas interdit de se demander, comme le fait, à juste titre, Dominique FENOUILLET[1782], si en fait le détournement d'institution ne cause pas un dommage "*au système juridique* lui-même, dans l'« atteinte à l'ordonnancement du système juridique » que constituent le contournement de la règle de droit normalement applicable et le jeu artificiel de celle ainsi rendue applicable … Le détournement brise en effet l'harmonie de l'ordre juridique et conduit à des *incohérences*.".

Si l'existence d'un tel préjudice ne peut être niée, la jurisprudence, en tout cas, ne le sanctionne pas sur le fondement des règles de la responsabilité civile.[1783]

498. Le détournement d'institution ne peut donc être assimilé à l'abus de droit, parce la faute de l'utilisateur de l'institution, ne fait pas partie des éléments constitutifs du détournement.

Mais le détournement d'institution existe encore indépendamment de la présence d'une règle obligatoire éludée, ce qui le distingue de la fraude à la loi.

[1781] Cf. Cour d'appel de COLMAR, 11 janvier 2007, censurée par Civ. 1ère, 11 février 2009, décisions citées *supra*, 1ère partie, émergence jurisprudentielle. En l'espèce le mari soutenait que « son épouse l'aurait manipulé pour conforter sa situation sur le territoire français ».

[1782] Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 256.

[1783] Cf. *supra*. Fondement de la sanction du détournement d'institution, p. 265 et s.

SECTION II : LA DISTINCTION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION DE LA FRAUDE A LA LOI

499. José VIDAL[1784] a montré, dans une thèse consacrée à la fraude, que la théorie de la fraude à la loi ne se limitait pas au droit international privé[1785], et a proposé une vision d'ensemble de la fraude.

La définition de la fraude à la loi proposée par Monsieur VIDAL est toujours admise à l'heure actuelle[1786] : "on peut dire qu'il y a fraude chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif."

De cette définition l'auteur a tiré trois critères de la fraude : le premier critère est la soustraction du sujet de droit à l'exécution d'une règle de droit obligatoire (§1), le second l'emploi d'un moyen efficace (§2) et le troisième est l'intention frauduleuse.

L'élément intentionnel a été précédemment abordé[1787], il convient maintenant d'examiner les autres critères de la fraude et de les confronter au détournement d'institution.

§1- La règle obligatoire éludée est le premier critère de la fraude

500. Après avoir exposé ce premier critère de la fraude (A), le rapprochement avec le détournement d'institution sera opéré, afin de montrer que les deux notions sont distinctes (B).

A- Présentation du critère

501. En ce qui concerne la première condition, à savoir l'existence d'une règle obligatoire éludée, Monsieur VIDAL précise[1788] que "la fraude est toujours dirigée contre une règle

---

[1784] José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*. Le principe "*fraus omnia corrumpit*", Dalloz, 1957.

[1785] Sur ce point, v. H. BATIFFOL et P. LAGARDE. *Droit international privé*, T.I, 7ème éd., 1981, p. 428 et s.

[1786] *Opus cité*, p. 208. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, n°748. G. CALBAIRAC, Considérations sur la règle "*fraus omnia corrumpit*''. D. 1961, p. 169 et s., qui a proposé une définition assez proche de la fraude : « tout acte juridique ou activité judiciaire ou techniquement correct, réalisé dans une intention de tromperie et qui tend à éluder une obligation conventionnelle ou légale ». Cf. également G. CORNU, *Vocabulaire juridique, précité*, p. 430 : "Agissement illicite par l'emploi de moyens réguliers ; opération consistant à utiliser des moyens licites pour violer la loi. Syn. en ce sens de frauder à la loi ... Fraude à la loi : acte régulier en soi (ou en tout cas non sanctionné d'inefficacité) accompli dans l'intention d'éluder une loi impérative ou prohibitive et qui, pour cette raison, est frappé d'inefficacité par la jurisprudence ou la loi''. Cf. aussi G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*. *Déjà cité*, p. 336 : "frauder la loi n'est pas en écarter l'application par un moyen légal, c'est en éluder l'observation dans les cas où on avait le devoir de la respecter''. V. pour une vision critique de la théorie de J. VIDAL : Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les biens. Les obligations*. Vol. 2, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°991, p. 2046.

[1787] Cf. *supra*, p. 326.

obligatoire à laquelle le sujet passif désire se soustraire, contre la loi si l'on entend ce terme au sens large de règle de droit". Cette règle obligatoire peut résulter de la loi mais aussi d'un contrat.

Selon Monsieur VIDAL, une règle obligatoire est une règle à laquelle le sujet de droit avait l'obligation de se conformer[1789].

Bernard AUDIT[1790] explique qu'"On est donc amené à parler de « fraude à la loi » chaque fois que le sujet tente d'interposer entre lui-même et la règle qui doit s'imposer à lui une norme inconciliable avec la première.". En droit international, "La caractéristique de la fraude à la loi … est qu'elle s'opère par l'interposition d'une loi étrangère."[1791].

Pour Bernard AUDIT[1792], "La loi est violée lorsqu'elle n'est pas appliquée alors que ses conditions d'application sont réunies.". Il explique qu'il s'agit alors "de déterminer si les buts poursuivis par la disposition évincée seront ou non méconnus du fait de l'application de la norme interposée.".

La règle obligatoire qui est éludée peut être soit une règle d'ordre public, la fraude servant alors à éluder l'application de cette règle d'ordre public, soit une règle posant une prohibition légale, et la fraude sert alors à tourner cette prohibition légale[1793].

502. Ce premier critère de la fraude à la loi est véritablement le critère le plus représentatif de la notion de fraude à la loi.

En effet, il n'y a pas fraude si le sujet ne cherche pas à paralyser l'application de la règle de droit obligatoire. La fraude présuppose l'existence d'une règle de droit à laquelle le sujet désire se soustraire.

Un tel élément ne se retrouve ni dans l'abus de droit, ni dans le détournement d'institution, qui n'ont pas pour objet d'éluder une règle obligatoire, mais qui simplement font jouer à un droit ou à une institution un rôle qui n'est pas le sien[1794].

[1788] José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*. Le principe "*fraus omnia corrumpit*", Dalloz, 1957, p. 64.

[1789] *Ibid.*, p. 86 : "toutes les règles de l'ordre juridique peuvent donc être éludées par fraude pourvu qu'elles soient obligatoires; or elles le sont toutes dès que se trouvent réalisées les conditions de leur application".

[1790] Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°2, p. 3.

[1791] Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°107, p. 90.

[1792] Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°15, p. 19 ; n°106, p. 89 : "Le dernier stade est celui où la loi est fraudée, c'est-à-dire qu'elle n'est pas respectée alors que les conditions formelles et matérielles de son application sont réunies.".

[1793] Cf. François TERRE, *Introduction générale au droit*, 7ème éd., Précis Dalloz, 2006, n°499, p. 4070.

[1794] Cette caractéristique, distingue ensemble la fraude de l'abus de droit et du détournement d'institution. En effet, la volonté d'éluder une règle impérative "implique une combinaison habile pour parvenir à son objectif, ce qui n'est pas le cas dans l'abus.". Loïc CADIET et Philippe le TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Dalloz de droit civil, 2008, n°32, p.9.

C'est en fait au niveau de ce critère de la fraude, que se situe le critère de distinction entre fraude à la loi et détournement d'institution.

B- La règle obligatoire éludée et le détournement d'institution

503. L'existence d'une règle obligatoire éludée, élément caractéristique de la fraude à la loi, ne se retrouve pas dans le détournement d'institution. Le détournement d'institution ne se résume donc pas à la fraude à la loi.
José VIDAL précise que la règle obligatoire est l'objet de la fraude : "la fraude suppose toujours une règle de conduite impérative, à laquelle le sujet passif désire se soustraire."[1795]

504. Dans le détournement d'institution, le sujet utilise volontairement les règles formant une institution, pour leur faire jouer un rôle pour lequel elles n'ont pas été conçues. Il ne cherche pas forcément à évincer une règle de droit normalement applicable.
D'ailleurs, certains exemples jurisprudentiels montrent que le détournement d'institution est utilisé parfois pour tenter de pallier à un vide juridique. Il n'est donc pas question d'éluder une ou plusieurs dispositions obligatoires, mais d'essayer d'étendre le domaine d'une institution à des situations qui seraient susceptibles d'entrer dans son champ d'application.
Ainsi, si l'on s'attache plus particulièrement à la situation des couples homosexuels et aux tentatives d'utilisation de l'adoption afin de créer un lien de couple, ou une « vocation successorale », il faut constater, comme le fait Pierre MURAT[1796], qu'il "existe un réel espace entre les possibilités offertes par le Pacs et les aspirations sociales des couples homosexuels ; ces derniers se trouvant donc contraints, afin de parvenir à leurs fins et pallier les insuffisances de la loi, d'utiliser une technique connue, en l'occurrence l'adoption, mais en la déformant gravement.".

505. Ce qui va provoquer la sanction du détournement d'institution, c'est précisément la mauvaise utilisation des règles de droit, leur détournement, pas leur éviction.
Comme le note à juste titre Jean HAUSER, "Ce qui compte dans le détournement c'est la règle utilisée alors que ce qui compte dans la fraude c'est la règle éludée. Certes toutes deux

---

[1795] José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français.* Le principe "*fraus omnia corrumpit*", Dalloz, 1957, p. 63.
[1796] Commentaire sous Cour d'appel d'Aix en Provence, 6ème ch. A, 5septembre 2006, Dr. Famille 2007, n°54, p.28.

ont pour effet d'apporter un bouleversement injustifié à l'ordre juridique, mais la fraude sanctionne le résultat alors que le détournement sanctionne le moyen."[1797].

En outre, au stade du premier critère de la fraude à la loi, l'aspect finaliste de la règle qui est éludée importe peu. Alors que dans le détournement d'institution, cet aspect est fondamental : c'est parce que la finalité de l'institution est dévoyée que le détournement d'institution est caractérisé.

506. Malgré l'autonomie des deux notions, plusieurs auteurs ont vu des points d'achoppement entre détournement d'institution et fraude à la loi, notamment dans les espèces concernant les maternités de substitution, et ont, au contraire, estimé que le premier critère de la fraude à la loi était bien présent. La règle obligatoire éludée consistait en "l'impossibilité pour la mère de substitution de reconnaître l'enfant à la place de la véritable mère"[1798]. Mais, au fond, ne serait-ce pas plutôt la règle obligatoire qui veut que c'est la femme qui accouche qui est juridiquement la mère[1799].

Or, à la réflexion, précisément, les difficultés ne sont-elles pas venues dans toutes ces affaires, de l'absence de toute règle obligatoire interdisant ou autorisant de telles pratiques ?

Face à un tel vide juridique, la solution a consisté à tenter de se servir des institutions existantes, pour combler l'absence de solution légale. La sanction d'un détournement d'institution est venue rappeler que la liberté d'action des sujets de droit, devant de telles carences, ne devait pas permettre d'utiliser les institutions existantes, pour leur faire jouer un rôle pour lequel elles n'ont pas été conçues.

507. De la même manière, la jurisprudence relative au détournement d'institution a, à plusieurs reprises, lié fraude à la loi et détournement d'institution.

D'abord en droit du travail, ainsi qu'il l'a été rappelé précédemment, à propos des désignations « frauduleuses » de délégués syndicaux.

Ensuite en matière d'adoption, la fraude étant régulièrement invoquée à l'appui d'une action en tierce opposition au jugement d'adoption, sur le fondement de l'article 353-2 du Code

---

[1797] Jean HAUSER, *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, Mélanges TERRE, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 441 et s., spéc. p. 444.

[1798] V. LARRIBAU-TERNEYRE, note au D. 1991, p. 380 et s. Cf. note D. THOUVENIN sous l'arrêt de l'Assemblée plénière du 31 mai 1991. D. 1991, p. 417 et s.

[1799] C'est cette règle qui est protégée pénalement par les dispositions concernant la supposition d'enfant. Et c'est à cause de cette règle, que l'épouse qui a "commandé" l'enfant avec son mari est obligée de recourir à l'adoption, pour que l'enfant lui soit juridiquement rattaché (soit la mère porteuse a accouché sous "x" et l'adoption se fait avec le seul accord du père, qui a reconnu l'enfant; soit la mère porteuse a reconnu l'enfant, et l'adoption nécessite alors son accord et celui du père de l'enfant). Cf. également le rapport CHARTIER dans l'arrêt de l'Assemblée plénière du 31 mai 1991. D. 1991, p. 418 et s. et P. KAYSER, *Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle.* D. 1987, chron. p. 189 et s.

civil[1800]. En effet, lorsqu'un détournement d'institution est soulevé, l'action doit, à peine d'irrecevabilité, être fondée sur la fraude ou le dol.

La jurisprudence rappelle que "le dol ou la fraude s'entend de toute tromperie ou manœuvre ou dissimulation ayant pour but de permettre l'adoption d'un enfant en éludant certaines prescriptions légales."[1801]. La fraude est ainsi bien perçue comme ayant pour conséquence d'éluder une règle de droit obligatoire.

Or, les mêmes décisions admettent aussi l'existence d'un détournement d'institution. Mais la fraude doit être établie ici au titre de la recevabilité de l'action, et le détournement d'institution vient ensuite corroborer le bien fondé de la demande[1802]. Les deux notions sont, de fait, bien séparées car elles n'ont pas le même domaine.

508. Dans d'autres affaires, par contre, le critère de la règle obligatoire éludée a pu être relevé, concomitamment avec la reconnaissance d'un détournement d'institution.

Par exemple, dans l'affaire de l'adoption par un homme marié de sa maîtresse[1803], la règle obligatoire éludée était celle de l'interdiction de la bigamie, posée par l'article 147 de Code civil. Or, le demandeur dans cette affaire ne voulait pas dissoudre son premier lien matrimonial par divorce et, dans le même temps, cherchait à créer un lien de couple avec sa concubine.

L'espèce jugée le 19 novembre 1991 par la Cour de cassation[1804] montre que l'adoption n'avait eu pour seul but que de mettre en échec la législation sur les baux ruraux, et plus précisément la règle visant à permettre le droit au renouvellement du bail rural du fermier[1805].

L'idée générale est que les utilisateurs de l'institution détournée ont eu "la volonté d'éluder l'application de la règle légale qui leur ordonne de se soumettre à tous les effets d'une institution qu'ils ont volontairement créée."[1806].

[1800] Cf. supra, 1ère partie, sanctions du détournement d'institution, p. 250.

[1801] Par exemple, Cour d'appel de NIMES, 19 décembre 2006, n° RG 647, www.legifrance.fr.

[1802] Civ. 1ère, 6 février 2008 ; Bull. civ. 2008, I, n°46 ; Dr. Famille 2008, n°59, note Pierre MURAT : la décision reproche à la Cour d'appel d'avoir eu recours "à un motif impropre à caractériser la fraude imputable à l'adoptante, alors que la recevabilité de la tierce opposition au jugement d'adoption ne se confond pas avec le bien fondé de la demande en adoption.".

[1803] Cour d'appel de RIOM, 9 juillet 1981, JCP 1982, II, 19799, note ALMAIRAC.

[1804] Citée supra, 1ère partie, émergence jurisprudentielle, p. 76 et s.

[1805] Article L411-46 du Code rural, issu de l'ordonnance n°2006-870 du 13 juillet 2006 : « Le preneur a droit au renouvellement du bail, nonobstant toutes clauses, stipulations ou arrangements contraires, à moins que le bailleur ne justifie de l'un des motifs graves et légitimes mentionnés à l'article L. 411-31 ou n'invoque le droit de reprise dans les conditions prévues aux articles L. 411-57 à L. 411-63, L. 411-66 et L. 411-67 ». Le texte en vigueur à l'époque était identique (article L411-46 du Code rural, issu de la loi 90-85 du 23 janvier 1990).

[1806] Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Le mariage "simulé"*, RTD civ. 1960, p. 217 et s., spéc. n°25, p. 242.

509. A travers ces différents exemples, il apparaît que le premier critère de l'existence de la fraude à la loi – à savoir une règle obligatoire éludée – se retrouve dans certaines décisions ayant relevé des détournements d'institutions.

Néanmoins, l'existence d'une règle obligatoire éludée demeure bien le critère de distinction entre fraude à la loi et détournement d'institution.

En effet, à partir du moment où, à l'occasion d'un montage juridique quelconque, il peut être constaté qu'une règle a été utilisée pour tourner une prohibition légale ou éluder une règle d'ordre public, la fraude à la loi est avérée ... mais pas forcément le détournement d'institution, qui n'a pas besoin, pour sa reconnaissance, de l'existence d'une règle obligatoire éludée. Car le détournement d'institution permet d'appréhender autre chose que le fait d'éluder une règle obligatoire. Il tend à saisir l'utilisation détournée de règles de droit, en contrariété avec la finalité de l'institution qui les regroupe.

510. Fraude et détournement d'institution sont donc deux notions indépendantes : les détournements d'institution sanctionnés en jurisprudence n'ont pas tous eu pour but d'éluder des dispositions impératives : dans certains cas seul un effet de l'institution est recherché, qui ne peut être atteint d'une autre manière juridique (vide juridique), il peut s'agir d'une intention de nuire.

Il est un élément qui peut induire en erreur et expliquer la difficulté qu'il y a parfois à distinguer la fraude à la loi et le détournement d'institution. Il arrive en effet, dans certaines situations, que ce ne soit pas une règle seulement qui est éludée, mais un ensemble de règles ou une loi (par exemple les règles concernant le licenciement dans le cas des désignations frauduleuse de délégués du personnel).

Le détournement d'institution, qui existe, peut devenir le moyen « efficace », de commettre une fraude à la loi[1807]. Précisément, l'existence d'un moyen efficace est le dernier critère de la fraude.

Seule une analyse rigoureuse de la situation permet alors de dépasser de telles difficultés, qui sont loin d'être insurmontables, mais qui nécessitent de faire preuve de vigilance.

§2- Le moyen efficace est le dernier critère de la fraude

511. Là encore, un rappel de ce critère (A), déjà abordé par ailleurs[1808], s'impose, pour examiner quels sont les liens qui peuvent permettre de le dissocier du détournement d'institution (B).

[1807] cf. *infra*, p. 435.

A- Rappel du critère

512. Dans la fraude, le moyen utilisé n'est qu'un subterfuge, qui n'est pas utilisé de façon effective[1809], puisque l'utilisateur n'en poursuit pas la finalité. Le moyen n'est que l'instrument de commettre la fraude.

En réalité, la fraude n'est efficace que lorsqu'elle réussit : "il s'agit, en somme, de faire jouer les lois les unes contre les autres, et ceci non pas fictivement mais en déclenchant véritablement un mécanisme apte à produire le résultat escompté ; de sorte que si on laissait fonctionner normalement les règles de droit, la ruse serait couronnée de succès"[1810].

Pour Monsieur VIDAL[1811], "l'existence d'un moyen détourné pour se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire est le troisième et peut-être le plus caractéristique des éléments constitutifs de la fraude".

513. S'agissant du contenu de ces moyens, Monsieur VIDAL précisait que : "les moyens employés par les fraudeurs en vue de se soustraire aux règles obligatoires qui s'imposent à eux sont ... multiples".

Les moyens de commettre la fraude sont, traditionnellement, les faits juridiques et les actes juridiques[1812].

La fraude à la loi, parce qu'elle a pour support un fait ou un acte juridique, ne se distingue pas en cela de l'abus de droit, du détournement de pouvoir ou du détournement d'institution.

[1808] cf. *supra*.

[1809] Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°43, p. 41 : Monsieur AUDIT définit l'effectivité comme "« ce degré de réalité sociale que doivent atteindre certains faits ou situations pour s'intégrer dans un ordre juridique et y recevoir leur élaboration technique. ».". Un autre exemple, cité par Bernard AUDIT, mérite de s'y attarder : "Dans une affaire résolue par la Cour d'appel mixte d'Alexandrie en 1937, se posait également la question de la loi applicable à une succession. Le *de cujus* était né en Syrie d'un père syrien, et avait obtenu la naturalisation en Italie. Les demandeurs soutenaient que cette naturalisation était frauduleuse, et donc que le *de cujus* devait être considéré comme ayant la nationalité syrienne. Or, le décret de naturalisation avait été obtenu après une résidence de quinze ans en Italie et il avait été notifié au gouvernement syrien qui y avait acquiescé. Aussi la Cour confirma-t-elle le rejet de la demande … en des termes qui définissent bien la fraude à la loi par changement de nationalité : « la loi fait dépendre la naturalisation de la volonté de l'individu, mais il doit y avoir un but sincère d'abandonner sa propre nationalité pour devenir membre d'un autre Etat. S'il est établi qu'un tel but n'existe pas, mais qu'en effectuant le changement l'individu désire simplement devenir le citoyen d'un autre Etat pour accomplir ce qui était défendu par la loi de l'Etat d'origine, pareil acte ne serait pas considéré comme juridiquement valable. Lorsque, par exemple, … l'individu … retourne immédiatement dans son pays d'origine pour reprendre aussitôt sa nationalité d'origine, cette naturalisation peut seulement être considérée comme un subterfuge pour échapper aux conséquences de son statut personnel qui sont déterminées par la loi de son Etat d'origine. Une telle naturalisation devrait être ignorée.". Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°352, p. 269/270.

[1810] Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale,* 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n°813, p. 801/802.

[1811] José VIDAL. *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*. Dalloz, 1957, p. 148.

[1812] Sur ces notions, cf. 1ère partie, note 957. José VIDAL démontre que "les faits juridiques, peuvent comme les actes juridiques servir de moyens à la fraude". José VIDAL. *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*. Dalloz, 1957, p. 150.

514. Ensuite le moyen doit être également réel − ce qui permet de distinguer la fraude de la simulation[1813] − mais surtout le moyen doit être efficace.

Cela signifie que le moyen utilisé "doit déclencher des conséquences juridiques neutralisant les effets de la règle obligatoire contre laquelle est dirigée la manœuvre. C'est là que se manifeste le détour caractéristique de la fraude : l'agent ne contrevient pas à la règle qui le gêne, il crée les conditions lui permettant d'obtenir, par une autre voie, le résultat qu'il recherche ou, du moins, un résultat équivalent"[1814].

Il en découle qu'il "n'y a fraude que lorsque le résultat interdit par une règle obligatoire a été effectivement atteint. Il faut donc que le moyen employé ait été efficace. Sur le plan juridique, un moyen n'est efficace que s'il permet d'atteindre un certain résultat sans encourir de sanction, du moins de sanction qui remette en question le résultat acquis"[1815].

Monsieur VIDAL[1816] explique qu'en réalité, "l'exigence de l'efficacité matérielle du moyen employé découle du principe selon lequel la fraude ne doit être sanctionnée que si elle a réussi. Le droit civil n'atteint pas en règle générale l'intention non réalisée ; il ne la sanctionne que dans la mesure où elle a été suivie d'exécution, et seulement si elle a abouti à un résultat illicite".

515. Le critère d'efficacité[1817] du moyen employé pour frauder permet également de distinguer la fraude à la loi, stricto sensu, de la fraude au sens large : "une seule condition doit être requise qui permettra de distinguer la notion juridique de fraude de la fraude *lato sensu*, et plus généralement la violation de la règle juridique.

Un exemple est proposé par Monsieur VIDAL à propos des actes simulés, dans l'hypothèse où "les parties masquent l'acte réel sous l'apparence d'un acte de nature différente, régi par d'autres règles."[1818]. L'auteur précise que "Lorsque les parties ont faussement qualifié un acte pour échapper à certaines des conséquences attachées par la loi à sa véritable nature, il suffit

---

[1813] Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale,* 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n°820, p. 810.

[1814] Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale,* 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, p. 810. Roger PERROT. *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*. Sirey, 1963, n°104, p. 156 : "Celui qui veut tourner la loi pour atteindre un but jugé désirable doit faire en sorte que l'apparence soit complète et que la technique équivoque, utilisée par lui, pour parvenir à ses fins, trouve sa justification en elle-même.".

[1815] José VIDAL. *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*. Dalloz, 1957, p. 149.

[1816] José VIDAL. *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*. Dalloz, 1957, p. 154.

[1817] José VIDAL. *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*. Dalloz, 1957, p. 162.

[1818] José VIDAL. *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*. Dalloz, 1957, p. 200.

de démontrer que la dénomination donnée à l'acte par ses auteurs est erronée, et de rétablir sa véritable nature, pour faire apparaître une violation de la loi ou de la convention. Il y a peut être fraude *lato sensu*, mais il n'est pas nécessaire de faire intervenir la notion stricte de fraude, le moyen employé n'étant pas *efficace* en soi."[1819].

Bernard AUDIT[1820] note l'existence de ce même élément en droit international privé : "L'exercice par le sujet dans le ressort de la loi évincée des droits acquis par application d'une loi étrangère constitue l'étape ultime d'une fraude à la loi de droit international … Le fait que le sujet se prévale de droits acquis sous l'empire d'une loi étrangère dans le ressort de la loi évincée démontre que le conflit était un faux conflit et que la loi étrangère s'est appliquée de façon abusive.".

Monsieur AUDIT[1821] souligne, à propos des questions d'état, que "La fraude à la loi est donc parfaite si le sujet parvient à jouir paisiblement de son état nouveau dans le ressort même de la loi dont il relevait avant son changement d'état. L'exemple des divorces frauduleux de Français à l'étranger avant le rétablissement du divorce en 1884 illustre cette situation. Un époux Français vivant en France demande et obtient en quelques semaines la nationalité d'un Etat étranger ; il divorce aussitôt pour contracter un nouveau mariage en application de son statut personnel nouveau *et revient s'installer en France* accompagné de son nouveau conjoint. En agissant ainsi, l'individu démontre que même si formellement il s'est rattaché à la population d'un Etat étranger, il n'a jamais cessé d'appartenir matériellement à la population française … pourtant il est parvenu à un résultat interdit aux autres : il y a bien fraude à la loi de sa part.".

Précisément, la condition d'efficacité du moyen permet de dissocier la fraude, du détournement d'institution.

B- Le moyen efficace et le détournement d'institution

516. L'efficacité du moyen n'est pas une condition du détournement d'institution (1). Toutefois, le détournement d'institution peut constituer le moyen de commettre une fraude à la loi, en permettant d'éluder une règle obligatoire (2).

1) L'efficacité du moyen est indifférente au détournement d'institution

[1819] *Ibid.*, p. 201.
[1820] Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°130, p. 103.
[1821] Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°132, p. 104.

517. La jurisprudence consacrée au détournement d'institution montre, en effet, que dans de nombreuses espèces, le moyen employé – pour prendre un exemple l'adoption – n'a pas été « efficace », puisque précisément les magistrats ont refusé de prononcer l'adoption sollicitée[1822].

Mais à l'inverse, parfois, d'autres affaires laissent apparaître au contraire l'efficacité du moyen employé. En matière d'adoption, deux affaires illustrent le fait que le moyen avait abouti : l'adoption a été prononcée dans l'affaire jugée par l'Assemblée plénière le 31 mai 1991(mères porteuses), mais pour des raisons de procédure, tenant à la spécificité du pourvoi dans l'intérêt de la loi, et dans l'affaire jugée par la première chambre civile le 19 novembre 1991 (adoption pour faire échec au droit de renouvellement du bailleur rural), la vieille dame avait obtenu le prononcé de l'adoption.

Il en est de même en matière de détournement de l'institution du mariage. Le moyen utilisé a réussi puisque l'institution a pris vie, le mariage a été célébré. Et précisément, la demande des époux porte sur une action en nullité du mariage, car ils cherchent à sortir de l'institution après avoir atteint leur but.

518. Le fait qu'en jurisprudence, certaines espèces laissent apparaître que le procédé utilisé pour détourner l'institution de sa finalité n'a pas abouti, démontre que l'efficacité du moyen employé n'est pas une condition du détournement d'institution, puisque le détournement d'institution a, malgré tout, été sanctionné.

Par contre, le détournement d'institution peut devenir frauduleux, s'il vise à éluder une règle obligatoire.

2) Le détournement d'institution comme moyen d'accomplir la fraude à la loi

519. Les relations entre fraude et détournement d'institution sont loin d'être simples[1823] …

[1822] Cf. *supra*, 1ère partie, émergence jurisprudentielle, p. 58 et s. Plusieurs décisions, confirmées par la Cour de cassation, ont refusé de prononcé l'adoption qui était demandée. Cf., par exemple, Civ. 1ère 7 mars 1989, ou encore Civ. 1ère, 9 décembre 2003, Bull. civ. 2003, I, n°252 ; Defrénois, 30 avril 2004, n°8, p. 592-594, note Jacques MASSIP.

[1823] Les juges du fond ont parfois du mal à articuler les deux notions entre elles. Ainsi par exemple, comme dans l'affaire jugée par la Cour de cassation le février 2008 : la Haute juridiction censure des juges du fond, sur le fondement de l'article 353-2 du Code civil, parce que la Cour d'appel avait décidé que « la fraude est constituée lorsque l'adoption est détournée de son but qui est de créer une filiation, que Janine X… n'entendait pas instaurer avec Mme Z… un lien de filiation et que l'adoption était entachée de fraude, qu'en raison de cette fraude la tierce opposition est recevable et bien fondée ». La Cour de cassation reproche aux juges du fond d'avoir eu recours "à un motif impropre à caractériser la fraude imputable à l'adoptante, alors que la recevabilité de la tierce opposition au jugement d'adoption ne se confond pas avec le bien fondé de la demande en adoption." (Civ. 1ère, 6 février 2008 ; Bull. civ. 2008, I, n°46 ; Dr. Famille 2008, n°59, note Pierre MURAT). De telles difficultés se rencontrent parfois avec d'autres notions : v. par exemple, la décision de la Cour d'appel de

Parfois, la fraude est le préalable nécessaire pour voir reconnaître le détournement d'institution. Ce phénomène a pu être constaté s'agissant de l'adoption, dans le cadre des actions en tierce-opposition pour dol ou fraude, fondées sur l'article 353-2 du Code civil[1824].
Parfois encore, la fraude vise à éluder non seulement une règle obligatoire, mais plusieurs règles, voire une institution.
JOSSERAND[1825] semblait déjà suggérer une telle proposition, en considérant que "l'acte accompli dans le but de tourner une règle d'ordre public, une institution fondamentale, nous offre un nouvel exemple d'abus, pour cause de malignité ...".

520. Mais il existe aussi des hypothèses dans lesquelles la fraude à la loi se commet au moyen d'un détournement d'institution. L'autonomie de la théorie de la fraude à la loi est sauvegardée, et le détournement d'institution s'absorbe alors dans la fraude, en devenant le moyen de commettre la fraude.
Louis JOSSERAND[1826] avait envisagé une telle possibilité car il écrivait que "l'auteur de l'acte frauduleux s'est employé tantôt ... à fausser l'esprit d'une institution, d'une règle de droit, pour placer sous leur sauvegarde des actes qui y répugnent invinciblement ... c'est entre l'esprit et la lettre de la loi que le conflit s'élève ; on peut faire servir une institution à une fin incompatible avec son esprit ou avec un principe qui lui est supérieur et auquel elle est elle-même subordonnée.".
Comment cela est-il possible ? Parmi les moyens de réaliser la fraude, Monsieur VIDAL range aussi bien les contrats que les actes unilatéraux, les actes à titre gratuit ou à titre onéreux, les actes patrimoniaux ou extrapatrimoniaux, tels que le mariage par exemple[1827]. Mais le mariage est aussi une institution juridique.

Bordeaux du 4 décembre 1991. D . 1993, 129, note T. DUBACLE, rendue à propos d'un refus d'autorisation des parents à l'IVG de leur fille mineure. La Cour estime qu'en refusant l'autorisation précitée, les parents "ont commis un détournement de pouvoir constitutif d'un abus de droit.". V. également Soc. 23 janvier 1996, *cité supra*, (D. 1996, I.R, p. 53).

[1824] Cf. supra, 1ère partie, p. 250. V. Civ. 1ère 22 juin 2004, pourvoi n°02-10.136, Dr. famille 2005, comm. 30, note Pierre MURAT et Cour d'appel de NIMES, 19 décembre 2006, www.legifrance.gouv.fr, n° RG 647.

[1825] *De l'esprit des Droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits.* 2ème éd., Dalloz, 1939, n°274, p. 372/373.

[1826] Louis JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, n°176, p. 217/218.

[1827] José VIDAL. *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit », précité*, p. 151 et 194 "des institutions telles que le mariage ont été parfois détournées de leur véritable fin pour servir de moyen à la fraude, pour permettre notamment la réalisation d'un avantage matériel dont il est condition alors que sont acceptées par ailleurs d'autres conséquences ... de l'union. Mais il n'est pas sans exemple que des individus encore moins conscients de la valeur de cette institution n'y aient vu exclusivement qu'un moyen particulièrement adéquat de se soustraire à une règle obligatoire, un moyen de fraude".

En droit international privé : "*toute* interposition d'une loi étrangère, même ne se recommandant d'aucune règle de conflit, appelle naturellement le qualificatif de fraude en raison du caractère *en tout cas* juridique du moyen : la loi étrangère, pour être étrangère, n'en est pas moins une loi, et cela suffit à parer la violation de la loi évincée d'une apparence de régularité ... Cette constatation fondamentale selon laquelle l'intervention, ou interposition, d'une loi étrangère constitue en toute hypothèse l'élément normatif suffisant pour parler de fraude à la loi permet de dissiper les obscurités qui entourent cette notion en droit international." [1828]. Une « loi » au sens large, s'interpose pour paralyser l'application d'une règle obligatoire.

521. Dans une telle perspective, une institution juridique peut parfaitement faire figure de moyen de se soustraire à une règle obligatoire.

Pour mémoire, il suffit de rappeler les exemples d'utilisation de l'autorité parentale ou du PACS, effectuées dans le but de faire échec aux règles sur l'entrée et le séjour des étrangers[1829].

Un exemple classique de fraude à la loi mérite de ce point de vue d'être reprécisé. L'article 909 du Code civil interdit au médecin de recevoir des libéralités de la personne qu'il a soignée dans sa dernière maladie. Cette disposition étant écartée entre époux, certains médecins ont cru bon d'épouser leurs malades, afin de faire échec aux dispositions de l'article 909.

La jurisprudence[1830] a mis en avant la notion de fraude, pour faire échec à de telles manœuvres.

Pourtant, en approfondissant l'analyse de cette situation, force est de constater que le moyen juridique qui s'interpose, pour faire échec à l'article 909, n'est autre que l'institution du mariage. Le mariage est ici utilisé pour faire échec à la prohibition légale, et le sujet ne s'en sert qu'autant que le mariage lui permet de le faire, sans véritable intention de faire exister une institution, dont il sait que la vie sera aussi brève que celle du malade qu'il épouse. Il n'est pas question ici de fonder une famille, mais de se servir de l'institution comme d'un moyen au service d'une fin, d'un instrument pour faire échec à la prohibition de l'article 909.

Ainsi que le note Madame FOULON-PIGANIOL[1831], "le mariage est bien le moyen efficace qui permet de tourner, dans une intention frauduleuse, une prohibition légale.". Or, l'institution du mariage n'a pas été créée pour servir de moyen de commettre une fraude.

[1828] Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°4, p. 5.
[1829] Cf. *supra*, 1ère partie, domaines possibles du détournement d'institution, p. 179.
[1830] Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°2, p. 4, note 1.
[1831] *Ibid.*, n°28, p. 245.

Un autre auteur évoque le cas de l'adoption, utilisée dans le cadre du phénomène des mères porteuses. Pour Madame LARRIBAU-TERNEYRE[1832], le moyen employé pour tourner la règle obligatoire est l'utilisation, dans des conditions légales, de l'institution de l'adoption, pour tourner les règles obligatoires concernant l'établissement de la maternité. C'est également l'opinion de Madame CHAMPENOIS-MARMIER[1833]: "il s'agit de véritables abus lorsque l'adoption est utilisée comme moyen de parvenir à ces fins".

522. Une bonne illustration de tentative d'utilisation frauduleuse de l'adoption résulte de l'affaire de la demande d'adoption, par son père naturel, d'un enfant issu d'une relation incestueuse[1834].

Dans cette affaire, le tribunal de grande instance saisi de la question[1835], avait vu juste en considérant "qu'il ne saurait être admis une fraude à la loi par le détournement de l'adoption de son but et la création d'un lien de filiation contraire à l'ordre public.". Il y avait détournement de l'institution de l'adoption parce que "la volonté d'adopter est destinée à suppléer une hérédité absente et non à suppléer une hérédité interdite."[1836]. Et il y avait fraude à la loi par détournement de l'adoption parce que l'adoption "n'était qu'un moyen de créer un lien de filiation en contournant l'interdiction de procéder à l'établissement légal de la filiation fulminée dans le cadre de la filiation « selon la nature »."[1837].

Néanmoins, la Cour de cassation a choisi de fonder la cassation de l'arrêt d'appel, qui avait renversé la solution du tribunal de grande instance, sur le fait que "la requête en adoption présentée par M. Y... contrevient aux dispositions d'ordre public édictées par l'article 334-10 du Code civil interdisant l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu".[1838]

[1832] Note au D. 1991, p. 380 et s.

[1833] Jurisclasseur civil *précité*, art. 343 et s., n°53.

[1834] Cf. *supra*, 1ère partie, Domaines du détournement d'institution, p. 161.

[1835] V. Dominique FENOUILLET, *L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit*. Dr. Famille 2003, n° 29.

[1836] Dominique FENOUILLET, *L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit*. Dr. Famille 2003, n° 29, p. 6.

[1837] Dominique FENOUILLET, *L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit*. Dr. Famille 2003, n° 29, p. 6.

[1838] Civ. 1ère, 6 janvier 2004 ; Bull. civ., I, n°2, p. 2. D. 2004, 362, concl. SAINTE-ROSE, note VIGNEAU ; somm. 1419, obs. GRANET-LAMBRECHTS ; JCP 2004, II, 10064, note LABRUSSE-RIOU ; I, 109, obs. RUBELLIN-DEVICHI ; Defrénois 2004, 594, obs. MASSIP ; AJ famille 2004, 66, obs. BICHERON ; Dr. Fam. 2004, n°16, note FENOUILLET ; RJPF 2004-3/34, note GARE ; RLDC 2004/3, n°107, note DEKEUWER-DEFOSSEZ ; Petites Affiches, 8 avril 2004, note VOISIN ; RTD civ. 2004, p. 75, obs. HAUSER ; Dr. Famille 2003, n° 29. Dominique FENOUILLET, *L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit*. La Cour suprême a-t-elle hésité à recourir à la notion de fraude, en l'absence de texte équivalent aux dispositions de l'article 339, alinéa 2 du Code civil, fondant l'action du ministère public pour contester les reconnaissances faites « en fraude des règles régissant l'adoption » ? Mais comme le rappelle Madame FENOUILLET, "Un tel texte n'est pas nécessaire, alors qu'il n'est question que de permettre au juge de rejeter la requête en adoption qui lui est présentée : l'adage

Le détournement d'institution peut donc devenir le « moyen efficace » d'accomplir la fraude à la loi.

523. Le droit international privé montre des utilisations de la nationalité assez caractéristiques de cette situation.

Analysant les exemples de divorces frauduleux par changement de nationalité, Bernard AUDIT[1839] a présenté quelques exemples particulièrement révélateurs, d'utilisation de la naturalisation ou du changement de nationalité, comme moyens de fraude.

Un exemple cité par Monsieur AUDIT illustre, dans un autre domaine, une utilisation dévoyée du droit de la nationalité : "Dans une affaire *Abel*, une demande en dation de conseil judiciaire pour prodigalité avait été intentée devant le tribunal de la Seine. L'intéressé, qui résidait depuis plusieurs années en Angleterre où il poursuivait ses études, obtint la nationalité anglaise. Il invoqua alors l'incompétence des juridictions françaises. Les juges repoussèrent l'argument, au motif qu'en sollicitant la nationalité anglaise, « le prodigue avait eu pour but de se soustraire à l'instance régulièrement introduite contre lui », ce qui revient à opposer la fraude sans la nommer." [1840]. Malgré l'affirmation qui précède, il semble que, dans cet exemple, Bernard AUDIT[1841] doutait d'être en présence d'une véritable fraude à la loi. Et il s'en expliquait : "si l'on comprend que les juges aient relevé la coïncidence entre le changement de nationalité et l'instance introduite, on peut cependant remarquer qu'il n'est peut-être pas opportun de fonder la solution sur la fraude. Car en refusant de donner effet à la naturalisation anglaise, on implique que l'intéressé est demeuré français, donc que la naturalisation a été accordée légèrement. En l'occurrence, la loi anglaise exigeait une résidence de cinq ans … Puisque l'intéressé vivait depuis cinq ans en Angleterre, il n'était pas choquant de le voir acquérir la nationalité anglaise. Mieux vaut réserver la sanction de la fraude en tant que telle pour les cas de faux conflit.".

Dans cette affaire, la fraude à la loi avait été facilitée par l'existence d'un détournement d'institution, puisque les règles sur le changement de nationalité ont été le moyen de réaliser la fraude.

Monsieur AUDIT[1842] présentait une autre décision très intéressante, car proche dans la formulation de ses motifs, de la notion de détournement d'institution : "le tribunal civil d'Aix

Fraus omnia corrumpit suffit évidemment à fonder un tel rejet.". Le fait est que, par son laconisme, la formule utilisée par la Cour de cassation laisse la voie ouverte, pour une telle interprétation.

[1839] Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°309, p. 238.

[1840] Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°310, p. 238/239.

[1841] Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°310, p. 239.

[1842] Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°335, p. 255. Trib. Civ. Aix, 23 janvier 1928, *Clunet* 1928, 1195.

rejeta la demande en divorce d'une Italienne naturalisée française en se fondant sur les droits acquis du mari, mais non sans avoir affirmé au préalable que le tribunal avait le droit de rechercher si la naturalisation avait été obtenue « **non pour ses fins naturelles, mais uniquement pour écarter les dispositions de la loi compétente** »[1843], puis relevé que la demanderesse s'était « empressée » de demander le divorce sitôt obtenu le décret de naturalisation et affirmé que « le tribunal pourrait, sur ce seul motif, refuser de tenir compte de la naturalisation ainsi obtenue ».".

Monsieur AUDIT[1844] rappelait cependant qu'il "n'est pas logique d'envisager le fait de solliciter la nationalité du for pour bénéficier d'une prérogative quelconque (que ce soit la possibilité de divorcer ou toute autre) puisse en soi constituer une fraude : ce n'en sera une que si le naturalisé ne se comporte pas comme un national, une fois la naturalisation obtenue.". Or, cette même question est également au cœur des mariages « fictifs »[1845].

524. Bien que le détournement d'institution puisse parfois apparaître comme le « moyen efficace » de frauder la loi, il a été démontré que la fraude se différencie du détournement d'institution, car bien souvent, le détournement apparaît *ab initio*, le but poursuivi ne correspondant pas au but de l'institution.

Le fait que le détournement d'institution puisse servir de moyen de commettre une fraude à la loi illustre l'idée que "Finalement la fraude à la loi est difficile en présence d'un corps de règles, simples, dont l'application est surveillée et qui sont comprises par les citoyens. La fraude à la loi, inversement, se répand en présence des régimes juridiques s'ajoutant les uns aux autres, sans logique ni cohérence." [1846].

Malgré l'étroitesse des liens qui unissent la règle de droit à l'institution juridique, force est de constater que ces deux notions recouvrent des réalités différentes, dans l'utilisation qui peut en être faite par les sujets de droit. Ces derniers peuvent se servir d'une institution, ensemble de règles de droit, pour en détourner la finalité, mais ils peuvent aussi, en cherchant à se soustraire à l'application d'une règle de droit à caractère obligatoire, frauder la loi.

Les développements qui précèdent montrent que c'est sans doute avec la fraude à la loi que le détournement d'institution entretient les relations les plus complexes.

En revanche, la distinction est beaucoup plus facile à faire entre le détournement d'institution et la notion de simulation.

[1843] C'est nous qui soulignons.

[1844] Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°336, p. 256/257.

[1845] Cf. *supra*, 1ère partie. Preuve du détournement d'institution, p. 228 et s.

[1846] Gérard LYON-CAEN, *La fraude à la loi en matière de licenciement*, Droit social, avril 1978, p. 67 et s. , spéc. p. 73.

SECTION III : LA DISTINCTION ENTRE LE DETOURNEMENT D'INSTITUTION ET LA SIMULATION

525. L'objectif de la simulation est de tromper sous le couvert de qualifications fausses[1847]. La simulation, écrivait Michel DAGOT[1848], "apparaît comme une manifestation du mensonge dans le domaine juridique". Il poursuivait, pour expliquer que : "le simulateur ne se contente pas du simple mensonge, verbal ou écrit, dissimulant la vérité ; il va jusqu'à créer une apparence."[1849].

La notion de simulation a déjà été évoquée à propos des détournements de l'institution du mariage, puisque ceux-ci sont généralement qualifiés par la doctrine de mariages « fictifs ou simulés ».

Proposer deux qualifications différentes, pour rendre compte du même phénomène, mérite donc quelques explications.

Après avoir étudié la notion de simulation (§1), il conviendra de la rapprocher du détournement d'institution (§2).

§1- La notion de simulation

526. La simulation met en présence deux actes : "d'une part, la simulation aboutit à la création d'une apparence, c'est à dire d'une situation ostensible, que tout le monde connaît ou peut connaître, par opposition à la réalité qui demeure cachée sinon de tous, du moins de plusieurs"[1850].

Pour RIPERT et BOULANGER[1851] "la simulation est le fait de créer une fausse apparence dans la conclusion d'un contrat ... En toute hypothèse, elle implique l'existence d'une convention secrète qui double la convention apparente pour en détruire, en modifier ou en déplacer les effets.".

Madame DEBOISSY rapporte que la simulation ne se limite pas aux seuls contrats, mais peut également atteindre des actes unilatéraux, ou même collectifs : "l'acte occulte déborde du

---

[1847] Florence DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, LGDJ 1997, n°1, p. 1 qualifie la simulation de "création volontaire d'une contradiction entre l'apparence et la réalité en vue d'induire les tiers en erreur". Cf. Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°1, p. 9: la simulation "peut dès lors être définie comme la création volontaire d'une apparence trompeuse".

[1848] Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°1, p. 9. Cf. Jean-Denis BREDIN, *Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé*, RTD. civ. 1956, p. 261, n°7, p. 265.

[1849] Cf. Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 156 et s.

[1850] Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°1, p. 9. François TERRE, *Introduction générale au droit*, 7ème éd., Précis Dalloz, 2006, n°467, p. 381.

[1851] Georges RIPERT et Jean BOULANGER, *Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol.* Tome II, Obligations. Droits réels. LGDJ, 1957, n°586, p. 222.

strict cadre conventionnel ; la doctrine relève depuis bien longtemps que la simulation est concevable sans convention et qu'elle peut jouer dans les actes unilatéraux ... De même, la jurisprudence a fait application de la théorie de la simulation alors même que la contre-lettre n'était pas un contrat ; elle a par exemple retenu la qualification de simulation en matière testamentaire ... Ces quelques exemples suffisent à montrer que l'acte occulte peut être indifféremment un acte conventionnel, unilatéral ou collectif." [1852].

527. Le droit civil sanctionne la simulation par l'inopposabilité aux tiers de l'acte occulte : l'article 1321 du Code civil dispose que "Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes : elles n'ont point d'effet contre les tiers.".
Le droit fiscal, terrain favori de la simulation, est encore plus sévère, puisque l'article 1840 du Code général des impôts frappe l'acte occulte de nullité.
Madame DEBOISSY[1853] voit dans la sanction de la simulation une illustration du rôle de la morale dans le droit.
Simulation et détournement d'institution semblent proches, dans la mesure où leur existence traduit le dévoiement d'instruments juridiques[1854].

§2- Simulation et détournement d'institution

528. Avant d'envisager les relations entre simulation et détournement d'institution, un rapprochement intéressant peut être fait avec les réflexions menées sur les liens entre fraude à la loi et simulation. En effet, simulation et fraude sont parfois très proches, au point que certains auteurs ont suggéré une fusion des deux notions[1855] : le concept de fraude à la loi "est

[1852] Florence DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, LGDJ 1997, n°64 et s., p. 27.
[1853] Florence DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, LGDJ 1997, n°7, p. 3 : "On assiste actuellement au retour en force de la morale au premier plan des préoccupations de l'époque sous la forme de l'éthique.".
[1854] Florence DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, LGDJ, 1997, n°333, p. 123. Madame DEBOISSY explique que "Recourir à la fictivité, c'est vouloir tout à la fois une chose et son contraire, la conclusion d'un acte et l'absence d'acte, la création d'une situation juridique et la négation de celle-ci. La manipulation est totale : l'instrument juridique devient pure technique au service d'une fin qui lui est étrangère.".
[1855] V. Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°514, p. 41, qui écrit, à propos de la détermination du siège social d'une société : "si l'on entend par siège réel … le lieu où sont effectivement localisés les éléments qui constituent la vie même de la société, l'exigence d'un siège sérieux est impliquée dans celle d'un siège réel ; cette exigence pourvoit à la prévention et à la sanction de la fraude. Il n'y a donc pas davantage lieu de distinguer le siège fictif du siège non sérieux qu'il n'y a lieu de distinguer la simulation de la fraude et l'exception de simulation de l'exception de fraude. Les auteurs qui distinguent l'une et l'autre font de la réalité du moyen le critère de la distinction. Mais, s'agissant du siège social d'une société, un siège « simulé » n'est jamais tout à fait inconsistant ; la société disposera au moins d'une boîte aux lettres au lieu du siège désigné, et le plus souvent d'un bureau … Il est alors difficile de dire où cesse le siège fictif et où commence le siège réel non sérieux.". Cf. également, n°523, p. 418.

utilisé en droit civil où il conduit au déguisement d'un acte juridique derrière les apparences d'un autre, aux fins d'éluder une prohibition.".[1856]

Pourtant ces deux notions doivent être soigneusement distinguées.

Pour Michel DAGOT[1857], "L'acte simulé est, au sens plein du terme, un acte fictif qui n'a qu'une valeur apparente : cette valeur apparente est en fait très importante, puisque les tiers ... sont en droit de s'en tenir à la seule apparence ... L'acte simulé, en totalité ou en partie, suppose donc quelque chose d'imaginaire. A l'inverse, l'acte frauduleux est réel, car il a été réellement voulu et dans son entier.".

L'auteur insiste sur ce critère de distinction : "Sur le plan conceptuel, il existe une antinomie complète entre les deux notions : l'acte simulé est fictif, l'acte frauduleux est réel. Certes, la simulation est souvent inspirée par une pensée de fraude, mais elle ne l'est pas toujours."[1858]. Et l'auteur ajoute que la simulation "n'est pas un moyen de violer la loi, comme la fraude, mais bien plutôt un moyen d'en cacher la violation."[1859].

Gérard LYON-CAEN[1860] distingue ainsi fraude et simulation : "doubler un acte apparent d'un acte destiné à rester secret, c'est recourir à une simulation. Celle-ci peut constituer aussi une fraude s'il s'agit d'éviter l'application d'une loi gênante ; mais il est superflu de rappeler que la simulation à elle seule n'entraîne pas l'irrégularité de la contre-lettre. La simulation, quoique rare, n'est pas inconnue en Droit du travail où l'on rencontre des contre-lettres ; elle n'est pas de plein droit frauduleuse.".

529. Des comparaisons fortes intéressantes ont également été menées entre simulation et abus de droit. Par exemple, REYNAUD[1861], après avoir tenté un rapprochement entre abus de droit[1862] et simulation, conclut qu'"il ne faudrait pourtant pas confondre l'abus de droit avec

---

[1856] Gérard LYON-CAEN, *La fraude à la loi en matière de licenciement*, Droit social, avril 1978, p. 67 et s., spéc. p. 67.

[1857] Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°56, p. 50.

[1858] Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°57, p. 51.

[1859] Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°57, p. 51. V. Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, p. 156 et s.

[1860] *La fraude à la loi en matière de licenciement*, Droit social, avril 1978, p. 67 et s., spéc. p. 68. François TERRE, *Introduction générale au droit*, 7ème éd., Précis Dalloz, 2006, n°468, p. 382.

[1861] Lucien-Henri-Camille REYNAUD, *L'abus du droit*. Thèse, Paris, 1904, p. 51/52. Cf. à propos du pouvoir Emmanuel DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, Méthodes du droit, 2005, p. 105 : "un pouvoir juridique n'est jamais occulte, il a pignon sur rue.".

[1862] Le parallèle entre abus de droit et détournement d'institution peut être effectué sans difficultés ici, REYNAUD définissant l'abus de droit comme le détournement du droit de son but économique et social. REYNAUD écrivait : "Si nous serrons encore de plus près cette notion, nous voyons que l'exercice abusif du droit consiste à dissimuler un acte illicite au moyen d'un acte parfaitement valable, à le cacher sous le masque du droit." (*opus cité*, p. 52). Lorsqu'une donation est déguisée en vente, on peut donc se demander s'il n'y a pas détournement de l'institution de la vente, puisque le sujet de droit s'est servi des règles composant l'institution juridique, non pas pour effectuer un transfert à titre onéreux de la propriété d'un bien, mais pour dissimuler une opération effectuée à titre gratuit. Dans ce cas le détournement d'institution réalisé n'est-il pas le « moyen efficace », pour reprendre l'expression de José VIDAL, de réaliser une simulation ?

la simulation. Comme l'acte abusif, l'acte simulé se présente à nous comme tout à fait régulier et pleinement conforme au droit. Ne peut-on pas dire que celui qui fait une donation déguisée sous vente pour dépouiller ses héritiers réservataires, commet au sens large de notre notion, un abus du droit de vente, puisqu'il s'en sert pour obtenir un résultat que la loi prohibe expressément, puisque évidemment il détourne l'institution de son but économique et social ? Mais si l'on précise davantage, on verra que l'abus et la simulation se distinguent par leur contexture et par leur sanction ... Dans la simulation, nous relevons deux actes nettement distincts :

1° L'acte apparent, la vente dans notre exemple précédent

2° L'acte réel, c'est à dire la donation, toujours dans le même exemple.

Dans l'abus du droit, au contraire, on ne rencontre pas cette dualité. Il y a un acte unique, qui engendre des résultats dont les uns sont licites, les autres illicites, qui dépasse les limites dans lesquelles il devrait se renfermer.".

530. Le détournement d'institution touche, pour sa part, à l'utilisation d'une institution juridique dans un but autre que celui pour lequel elle a été créée.

Fraude à la loi et détournement d'institution présentent deux caractères communs, qui les distinguent de la simulation : d'une part, la situation créée (aussi bien dans un cas que dans l'autre) est bien réelle et d'autre part, cette situation n'a pas pour but de masquer une autre situation occulte[1863]. Comme le relevait, à juste titre, José VIDAL, "quelle que soit la variante employée, la simulation tend toujours à cacher la violation de la règle juridique"[1864]. Cet élément ne se retrouve ni en matière de fraude, ni dans le cadre du détournement d'institution.

En effet, de même que pour la fraude à la loi, l'utilisation de l'institution est bien réelle, les utilisateurs de l'institution remplissent bien toutes les conditions matérielles de mise en jeu de l'institution[1865].

Dès lors, les notions de détournement d'institution et de simulation ne peuvent être que distinctes : "il ne saurait y avoir simulation si les parties ont accepté toutes les conséquences de l'acte ostensible : ainsi en est-il lorsque les parties ont fait une convention dont l'effet principal n'est pas celui qu'elles ont visé. C'est l'hypothèse de « l'emploi d'un procédé

[1863] Pour Michel DAGOT, "le fraudeur réalise un acte réel : il n'y a pas contradiction entre deux situations, la situation apparente et la situation réelle.". Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°350, p. 350. Cf. Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 260.

[1864] José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 164.

[1865] Cf. *supra*, 1ère partie, p. 214.

détourné en vue d'atteindre un certain résultat » que l'on peut rapprocher de la simulation, mais qui ne peut y être confondu."[1866].

Par ailleurs, dans la simulation « classique », deux actes relevant de deux catégories juridiques distinctes vont être conclus : une donation sera déguisée en vente, ou un prêt en donation. Dans le détournement d'institution, si l'on prend l'exemple du mariage dit « simulé », il n'y a qu'un seul « acte »[1867], c'est le mariage donnant naissance à un statut dont seuls certains effets vont être recherchés par les époux.

531. La simulation présente encore un autre trait caractéristique, qui la distingue du détournement d'institution. Il s'agit de la nécessité pour le juge, de procéder à la requalification du montage effectué, pour faire apparaître la simulation.

José VIDAL[1868] insiste sur l'importance du travail de qualification – ou devrait-on plus exactement dire – de requalification, dans la mise en échec de la simulation : "Lorsque les parties ont faussement qualifié un acte pour échapper à certaines des conséquences attachées par la loi à sa véritable nature, il suffit de démontrer que la dénomination donnée à l'acte par ses auteurs est erronée, et de rétablir sa véritable nature, pour faire apparaître une violation de la loi ou de la convention.".

Le travail de requalification, nécessaire pour restituer aux opérations leur véritable nature, est fondamental pour mettre à jour l'existence de la simulation. Il n'en est pas de même en ce qui concerne le détournement d'institution. Les utilisateurs de l'institution agissent en effet au grand jour, de façon ostensible, afin de bénéficier du statut ou de certains effets du statut de

---

[1866] Jean-Denis BREDIN, *Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé*, RTD. civ. 1956, p. 261, n°10, p. 266. Monsieur BREDIN poursuit, et l'illustration mérite d'être citée car elle correspond tout à fait à la problématique du détournement d'institution : "Les parties à un contrat d'adoption n'ont eu pour but que d'assurer la transmission d'un nom patronyme, ce qui n'est qu'un effet secondaire de l'adoption, ou même de réduire les droits de succession, ce qui n'est qu'un effet indirect. Mais les parties ont accepté de se soumettre à l'acte ostensible : elles ont accepté de se considérer comme père et fils adoptif. Elles n'ont pas modifié leurs rapports par une contre-lettre … Cette hypothèse est étrangère au domaine de la simulation, les parties ne sauraient invoquer un acte secret inexistant, de même qu'on ne saurait parler d'inopposabilité aux tiers. Ainsi défini, le « procédé détourné » est licite … Ce n'est que si le but visé était frauduleux que les Tribunaux pourraient intervenir ; mais pour frapper d'inefficacité la manœuvre, les Tribunaux n'affirment pas la nullité de l'acte, ils se contentent en général d'empêcher la réalisation du but illicite poursuivi … L'emploi d'un procédé détourné est donc illicite quand il constitue une fraude, en application du principe général *fraus omnia corrumpit*, mais on ne saurait rattacher sa validité ou son illicéité à l'existence d'une simulation … qui supposent l'existence d'un acte secret.".

[1867] Pour une thèse favorable à l'application de la simulation, non seulement aux actes, mais également aux faits juridiques cf. M. DAGOT, *opus cité*, n°230. Dans une telle perspective le raisonnement ne tient plus : il y a d'une part un acte juridique ostensible, le mariage et un fait juridique occulte : l'absence de vie de ce mariage. Il s'agit bien alors d'une simulation. Cf. Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 260.

[1868] José VIDAL. Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « *fraus omnia corrumpit* ». Dalloz, 1957, p. 201.

l'institution à laquelle ils veulent adhérer, mais ne cherchent en aucune façon à dissimuler leurs agissements.

532. Un exemple tiré de la jurisprudence est particulièrement révélateur. L'adoption simple avait en effet été utilisée par un fermier, pour faire échec au droit de renouvellement des baux ruraux de ses locataires. Désirant se libérer de cette adoption de « convenance » et de circonstance, le fermier invoquait à l'appui de sa demande en révocation de l'adoption, « l'apparence » qu'il avait en quelque sorte volontairement créée, pour soutenir qu'il y avait fraude au sens large.
Mais la Cour de cassation n'a pas suivi ce raisonnement et a rejeté la demande en révocation de l'adoption, en opposant au fermier l'adage « *nemo auditur* ... »[1869].
Ce n'est donc pas sur le terrain de la qualification donnée par les parties à l'opération que la Cour de cassation s'est placée, pour rétablir la réalité et éventuellement estimer qu'effectivement l'adoption devait être révoquée pour motifs graves, car ne correspondant pas à l'esprit de l'institution. La Cour suprême a estimé que l'adage « *nemo auditur* » permettait d'apporter une solution au problème.
La jurisprudence rendue en matière de détournement d'institution ne permet pas d'affirmer que les juges requalifient l'opération qui leur est soumise pour démasquer sa véritable nature. Les juges se livrent plutôt à un travail d'analyse, pour déterminer si telle ou telle institution a été utilisée conformément à sa finalité.

533. En outre, l'opération de qualification des actes, nécessaire pour caractériser l'existence ou non d'une simulation, ne peut être transposée lorsqu'une institution juridique est en cause, dans la mesure où une institution n'est pas un acte juridique. De ce point de vue encore simulation et détournement d'institution s'opposent.
Tout semble donc séparer « simulation » et « détournement d'institution », d'un point de vue théorique.

534. Pourtant, une zone de contact a été mise en lumière par la jurisprudence, à propos de l'institution du mariage[1870].

[1869] Civ., 1 ère 19 novembre 1991. Petites Affiches, 29 juillet 1992, n°91, p. 37, note MASSIP.
[1870] On pourrait également songer à rapprocher les solutions dégagées à propos du mariage, des décisions rendues en matière d'adoption et s'interroger sur le fait qu'en matière d'adoption, l'aspect de détournement de l'institution a été privilégié, au détriment des questions liées à la réalité du consentement exprimé par les sujets qui ont utilisé l'institution. La réponse passe peut être par le constat de l'incontournable exigence du consentement en matière de mariage, plus encore en cette matière qu'ailleurs (comp. en droit des sociétés, où l'on retrouve une même importance donnée au consentement des parties). Cette exigence imprime à l'institution

Certains individus ont eu recours au mariage, non pas afin de consacrer juridiquement leur lien avec une personne du sexe opposé, mais dans le but, notamment à l'occasion de périodes très troublées (guerres), d'obtenir un avantage attaché au mariage (très souvent la nationalité de l'autre époux), les « époux convenant à l'avance que le mariage serait purement fictif », c'est-à-dire, en fait, qu'ils n'avaient aucune volonté de faire vivre l'institution.
La jurisprudence, saisie de demandes de nullité de tels mariages, émanant souvent des époux eux-mêmes[1871], avait accepté de prononcer la nullité du mariage, d'abord en retenant la notion de simulation[1872].

535. Mais, assez rapidement, le raisonnement a évolué : "Tout consentement proprement dit au mariage, au sens de l'article 146, fait défaut lorsqu'il est établi qu'un homme et une femme, sans avoir aucunement la volonté, même momentanée, de se prendre pour époux, se sont simplement prêtés à un semblant de mariage, en vue uniquement d'un objet et d'un résultat particuliers entièrement étrangers à une union matrimoniale qu'ils n'entendaient point contracter ... en pareil cas, on se trouve, non en présence d'un véritable mariage, mais bien de la simple simulation d'un mariage, c'est à dire d'une pure apparence ne correspondant à aucune réalité juridique"[1873].
Dans cette décision, le Tribunal s'était, dans un premier temps, attaché à établir la nullité du consentement (condition impérative pour que la nullité du mariage soit prononcée : pas de nullité sans texte). Le consentement n'existe pas parce que les époux poursuivaient un objet et un résultat contraire à l'institution du mariage. Cette proposition ressemble à s'y méprendre à la définition du détournement d'institution ci-dessus rappelée, qui consiste, pour le sujet à utiliser une institution dans un but autre que celui pour lequel elle a été créée.
Dans un second temps, le Tribunal a déduit de la première proposition que le consentement n'étant pas réel, le mariage lui-même n'était donc qu'une pure façade, une simulation de mariage.

du mariage sa spécificité et explique sans doute que les solutions ont pour point de départ la question de la réalité du consentement. La même question de la réalité du consentement peut également se poser dans le cadre des détournements de l'institution de l'adoption, mais l'aspect de la violation de la finalité de l'institution apparaît plus essentielle. Cf. François TERRE, Dominique FENOUILLET, Droit civil. Les Personnes, la Famille, les Incapacités, 7ème éd. 2005, Précis Dalloz, n°361, p. 328 et s.

[1871] Il aurait été concevable d'opposer aux demandeurs en nullité l'adage « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » (nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude) et de rejeter leur demande, en les laissant en quelque sorte prisonniers du montage qu'ils avaient opérés. Les circonstances exceptionnelles dans lesquelles ces mariages étaient intervenus peuvent expliquer l'attitude de la jurisprudence, qui a préféré libérer les « époux » de la situation qu'ils avaient créée volontairement.

[1872] Cf. l'étude de la jurisprudence faite par Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Le mariage "simulé"*. RTD civ. 1960, p. 217 et s.

[1873] Trib. Civ. de la Seine, 7 janvier 1948. JCP 1948, II, 4430, note J. MAZEAUD ; RTD civ. 1948, p. 461 et s., obs. LAGARDE.

La première partie de l'analyse a, en général, été approuvée par de nombreux auteurs. Par exemple, José VIDAL[1874] expliquait que "le caractère institutionnel du mariage ne saurait faire obstacle à ce que soit exigé à la base un véritable consentement, réel et sincère ; si la volonté déclenche l'application du statut légal, encore faut-il que cette volonté soit sérieuse.".
En fait, pour que l'institution prenne vie, il faut à la base que la volonté intervienne.
C'est donc à ce moment là que la simulation peut avoir prise, car c'est "un phénomène qui touche à l'expression de la volonté"[1875]. Il est alors possible que la simulation soit le prélude au détournement d'institution.

536. Ces réflexions ont amené une autre question, liée au rôle de la volonté dans la « création » de l'institution. Les institutions juridiques sont autant de facultés mises à disposition des sujets de droit, dans les domaines les plus divers, qui laissent la liberté au sujet d'entrer ou de ne pas entrer dans l'institution, d'adhérer ou de ne pas adhérer à celle-ci. Mais la liberté se borne t'elle à entrer ou à ne pas entrer dans l'institution, ou bien va t'elle jusqu'à permettre, une fois la décision d'entrer prise, à l'utilisateur de ne retenir, parmi les effets de l'institution, que ceux qui correspondent au but qu'il poursuit, sans se soucier du but poursuivi par l'institution ?
Le consentement exprimé, en privilégiant certains aspects de l'institution, est-il alors bien réel[1876] ? En effet n'y aurait-il pas simulation à vouloir ne retenir que certains aspects d'une institution au détriment des autres, sans véritablement avoir l'intention d'en poursuivre la finalité ?

537. C'est précisément à de telles questions qu'a tenté de répondre Madame FOULON-PIGANIOL, dans un article consacré au "mariage « simulé »[1877]". Madame FOULON-

---

[1874] *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*.Thèse, Dalloz, 1957, p. 198.
[1875] Michel DAGOT considérait en effet que "La tendance contemporaine ... est de mettre l'accent sur l'aspect objectif des situations : cette évolution correspond au rôle croissant du législateur qui règle impérativement nombre de situations privées. Mais on oublie trop souvent que la naissance, la source même de cette situation reste sous la dépendance absolue de la volonté individuelle. Et cela suffit pour qu'à notre avis, la simulation puisse concerner une telle situation.". Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°233, p. 233. François TERRE, Dominique FENOUILLET, Droit civil. Les Personnes, la Famille, les Incapacités, 7ème éd. 2005, Précis Dalloz, n°361, p. 328 et s.
[1876] José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*. Dalloz, 1957, p. 198, écrivait à propos des mariages simulés : "Ce courant jurisprudentiel récent redonne donc toute sa force à la volonté réelle qui doit être préférée à la volonté déclarée ... C'est que le caractère institutionnel du mariage ne saurait faire obstacle à ce que soit exigé à la base un véritable consentement, réel et sincère ; si la volonté déclenche l'application du statut légal, encore faut-il que cette volonté soit sérieuse. La gravité même du mariage sur laquelle on a tant insisté ne commanderait-elle pas au contraire de refuser toute valeur juridique à ce qui n'est qu'un simulacre de mariage ?".
[1877] RTD civ 1960, p. 217 et s., spéc., n°°22, p. 238. V. Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°234, p. 234. L'auteur critique la position retenue par Madame FOULON-PIGANIOL, car il ne s'agit pas

PIGANIOL s'est interrogée sur le point de savoir si les époux avaient, en recherchant une des conséquences du mariage, contracté une véritable union. Elle estimait qu'on "en peut *a priori* douter s'il est vrai qu'en cette matière le consentement doit avoir un contenu particulier, impliquant que les parties manifestent une volonté précise et complète : celle d'accepter intégralement une situation juridique légalement déterminée. En convenant, au contraire, d'en éluder la plupart des effets, les intéressés n'ont-ils pas exprimé, ici, un consentement purement formel, ne correspondant à aucune réalité juridique ?".

José VIDAL[1878] a évoqué les mêmes difficultés : "Car ce mariage, lui existe ; il ne tombera pas avec les illusions du fraudeur. A t'il donc été réellement voulu ? L'intention des époux est-elle toujours en pareil cas de contracter un vrai mariage ? En d'autres termes, le consentement n'est-il pas simulé, et ne donne t'il pas naissance à un mariage purement apparent ?".

538. Le terrain du mariage simulé a permis à Michel DAGOT[1879], de soutenir l'idée qu'il y avait bien une véritable simulation dans ce domaine et ceci pour plusieurs raisons.

L'auteur est parti du postulat que, "Dans le mariage simulé, les parties ont feint un consentement ; elles n'ont nullement entendu se marier véritablement, et par le fait même créer une communauté de vie durable et entière."[1880].

Michel DAGOT[1881] a estimé qu'il "y a vraiment simulation, car les parties ont créé une apparence ne correspondant pas à la réalité, dans le but de tromper les tiers : cette apparence

"de savoir si les parties, en se mariant, ont pu ou non limiter les effets de leur mariage, comme on l'a prétendu, mais de savoir s'il y a eu effectivement mariage ou simplement apparence de mariage.". José VIDAL proposait d'analyser le mariage simulé comme une fraude, dans l'hypothèse où les époux ont "simplement eu l'intention de ne pas exécuter les obligations nées du mariage", et comme une simulation lorsque les époux ont "donné leur consentement sans intention de contracter un vrai mariage" (José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*. Dalloz, 1957, p. 200). Mais, lorsque les époux n'ont pas eu l'intention d'exécuter les obligations du mariage, n'ont-ils pas manifesté en réalité leur intention de ne pas contracter un véritable mariage. La distinction proposée par José VIDAL paraît quelque peu artificielle …

[1878] *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe "fraus omnia corrumpit"*. Dalloz, 1957, p. 196.

[1879] Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°234 et s., p. 234 et s. *Contra*, Jean-Denis BREDIN, *Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé*, RTD. civ. 1956, p. 261, n°25, p. 275 : "La théorie de la simulation n'est en effet d'aucun secours en l'espèce. Il n'existe pas d'acte secret, et s'il existait, il eut été bien incapable de neutraliser l'acte ostensible.".

[1880] Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°234, p. 234.

[1881] Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°234, p. 234. José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*. Dalloz, 1957, p. 198. José VIDAL approuvait la jurisprudence rendue dans ce domaine, qui "redonne donc toute sa force à la volonté réelle qui doit être préférée à la volonté déclarée ... C'est que le caractère institutionnel du mariage ne saurait faire obstacle à ce que soit exigé à la base un véritable consentement, réel et sincère ; si la volonté déclenche l'application du statut légal, encore faut-il que cette volonté soit sérieuse. La gravité même du mariage sur laquelle on a tant insisté ne commanderait-elle pas au contraire de refuser toute valeur juridique à ce qui n'est qu'un simulacre de mariage ?".

c'est un mariage, donc ici un acte juridique ; la réalité c'est l'absence de mariage ; il s'agit donc d'un cas de simulation absolue, de création de fiction".

S'agissant du consentement au mariage, Monsieur DAGOT[1882] a soutenu l'idée d'une absence de consentement réel au mariage, remplacé par "l'existence d'un consentement apparemment donné. Ce consentement a pour but de créer intentionnellement une apparence aux fins de tromper les tiers ...".

Pourtant, la thèse soutenue par Monsieur DAGOT prête le flanc à la critique, parce que la proposition de départ de l'auteur opère une confusion entre deux choses. Cette confusion entretient ensuite un défaut dans le raisonnement conduisant à admettre la simulation, en matière de mariage.

En fait, les parties expriment bien un consentement réel en se mariant, puisque c'est ce consentement qui va donner vie à l'institution du mariage et aux règles qui en découlent[1883]. Mais le consentement est « simulé », en ce sens que les parties ne poursuivent pas la finalité de l'institution, qui selon Michel DAGOT, consiste à « créer une communauté de vie durable et entière ».

539. Si la confusion a été entière dans la jurisprudence, comme par exemple dans la décision du Tribunal civil de la Seine évoquée précédemment, qui a tiré la conséquence que le mariage célébré en l'espèce était « une pure apparence », les décisions sont à l'heure actuelle beaucoup plus claires. Dans un arrêt du 8 juillet 2005[1884], la Cour d'appel de Versailles a précisé que "la véritable intention matrimoniale sans laquelle il n'y a point de consentement valable s'entend de la volonté de fonder une union librement consentie en s'obligeant mutuellement aux devoirs et obligations que le mariage induit entre l'homme et la femme qui le contractent, et que la recherche au travers du mariage d'un but étranger à l'institution équivaut à un défaut de consentement".

[1882] Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°248, p. 246.

[1883] Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°256, p. 253. L'auteur admettait que les époux "donnent leur consentement à un mariage" mais "sans vouloir devenir, ni se comporter effectivement comme des gens mariés.". Roger PERROT, par exemple, insistait sur la nécessité d'une réalité et d'une validité de la situation sur le plan juridique : "le procédé … doit être valable suivant ses règles propres ... Aussi bien, est-il nécessaire que cette apparence soit totale, complète, sous peine de révéler le subterfuge ... Or, il ne peut en être ainsi que dans la mesure où tous les éléments exigés pour la validité de cette technique de support sont d'ores et déjà réunis.". (*De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*. Sirey, 1953, n°102, p. 153). V. Jean HAUSER, obs. RTD civ. 2004,, n°8, p. 66, sous Civ. 1ère 28 octobre 2003, précité, qui note à propos de la décision en question : "On saluera d'abord la disparition de l'inexact fondement retenu par une jurisprudence dominante qui y voyait une nullité pour vice du consentement. Comme nous l'aons maintes fois écrit, aucun des consetements n'est vicié dans pareille opération puisque, par hypothèse, les deux époux sont d'accords et conscients. On notera d'ailleurs que dans les simulations concernant d'autres institutions, telle que l'adoption, il ne vient à l'idée de personne de prétendre que l'adoption serait nulle pour vice du consentement et qu'on parle d'abus, voire désormais, plus exactement à notre sens, de détournement.".

[1884] Cour d'appel de Versailles, 1ère ch., 8 juillet 2005 ; D. 2006, J., n°11, p. 772, note V. BONNET.

Le mariage est bien réel et a bien produit ses effets, puisque précisément la nullité en est demandée. Il paraîtrait en effet difficile de demander la nullité d'une situation qui ne serait pas réelle[1885] …

L'explication tient au fait que l'annulation du mariage doit être fondée sur un texte, en application du principe « pas de nullité sans texte ». Or, le cas de nullité qui a pu sembler le plus approprié pour appréhender ce type de situations est prévu à l'article 146 du Code civil, qui prévoit qu'il n'y a pas de mariage s'il n'y a pas de consentement. Puis, l'analyse consiste à considérer qu'en privilégiant certains effets du mariage au détriment des autres, les « époux » n'ont pas exprimé un consentement réel et n'ont pas souhaité adhérer à l'institution dans son entier. Ils ont « simulé », au sens de feindre, leur consentement afin d'obtenir le ou les avantages recherchés[1886].

540. Si simulation il y a dans ce domaine, elle concerne seulement le non respect de la finalité de l'institution. C'est la raison pour laquelle la simulation ne peut être décelée à l'entrée dans l'institution[1887], mais ne l'est qu'en cours de fonctionnement, car c'est à ce moment là que les parties laissent apparaître qu'elles ne poursuivaient pas, en réalité, les finalités de l'institution. Le consentement que les parties expriment à l'adhésion dans l'institution à un double objet : un consentement permettant d'ouvrir les portes de

---

[1885] Cf. Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°60, p. 54 : "Le mariage simulé est un mariage qui n'a pas été réellement voulu, et qui constitue une simple apparence ne correspondant à rien de réel, et qui n'a pas été suivie de l'instauration de la vie conjugale ; on l'a parfois qualifié de mariage sans affectio matrimonialis. A l'inverse, le mariage frauduleux est un mariage réel, mais conclu pour réaliser une fin normalement prohibée, différente de la fin normale du mariage ... Il y a mariage fictif si le mariage n'a pas été réellement voulu et n'a constitué qu'un simulacre. Par contre, le mariage est frauduleux si effectivement les époux ont entendu se marier.".

[1886] *Contra* José VIDAL. Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « *fraus omnia corrumpit* ». Dalloz, 1957, p. 200, qui voyait dans cette dernière hypothèse non pas une simulation, mais une fraude à la loi : "Un mariage contracté uniquement dans un dessein frauduleux peut être réel ou non. Les époux ont-ils donné leur consentement sans intention de contracter un vrai mariage ? Il y a simulation, mariage inexistant ou du moins nul. Les époux ont-ils simplement eu l'intention de ne pas exécuter les obligations nées du mariage ? Le mariage est valable, mais ne produira pas l'effet frauduleux escompté, s'il a été démontré qu'il n'a été conclu que dans ce seul dessein.". La distinction proposée par Monsieur VIDAL paraît pour le moins artificielle. En effet, lorsque les époux ont recours au mariage « simulé », par définition, ils donnent leur consentement sans intention de contracter un vrai mariage, car ils n'ont pas l'intention d'exécuter les obligations nées du mariage, pour reprendre les termes utilisés par l'auteur. L'ensemble forme un tout indissociable et Monsieur VIDAL se trompait certainement lorsqu'il affirmait que la sanction du mariage « frauduleux » devait être également dissociée dans l'hypothèse proposée. La sanction du mariage « simulé » doit tenir compte de l'ensemble du processus ayant abouti au mariage fictif. V. également l'analyse de François TERRE et Dominique FENOUILLET, qui considèrent que "Si le mariage est anéanti, c'est parce que la simulation est *frauduleuse*, la fraude consistant dans le recours au mariage à des fins étrangères au but de l'institution". (Droit civil. Les Personnes, la Famille, les Incapacités, 7ème éd. 2005, Précis Dalloz, n°361, p. 328, spéc. p. 329).

[1887] Cf. la jurisprudence consacrée au mariage, supra, 1ère partie, concernant les oppositions du ministère public au mariage « fictifs », p. 248. Ces procédures visent précisément souvent à démontrer que le mariage projeté est dépourvu de toute base réelle, les futurs époux « simulant » une vie commune, des liens d'affection en vue de convaincre du caractère sérieux de leur union … Si simulation il y a, elle se produit en réalité avant l'entrée dans l'institution.

l'institution, mais qui doit se doubler d'un consentement de suivre les buts fixés par l'institution[1888].

Le détournement d'institution intéresse l'utilisation d'une institution juridique. Il ne s'agit pas de bénéficier des effets d'un acte secret, mais de faire servir à une institution un rôle qu'elle n'avait pas été appelée à jouer. Ce qui va rester secret, ce sont les réelles motivations des utilisateurs de l'institution. Encore faudrait-il nuancer cette proposition, car c'est précisément la confrontation de ces motivations avec le but poursuivi par l'institution qui permet de faire apparaître le détournement d'institution, ce qui sous tend que ces motivations ne restent pas secrètes.

Ceci permet d'expliquer pourquoi le régime juridique de la simulation a tant de mal à s'imposer en l'espèce (nullité du mariage simulé[1889] alors que la sanction traditionnelle de la simulation est l'inopposabilité[1890]) ... Il n'y a pas simulation dans ce cas de figure, il y a détournement d'institution puisque les parties ne poursuivent pas les fins essentielles du mariage[1891].

Au fond, pour qu'une institution juridique soit pleinement réalisée, il faut, d'une part, accepter de bénéficier des règles qui en sont le support et, d'autre part, accepter d'en poursuivre la finalité. Si le consentement exprimé comporte ces deux aspects, l'institution prendra vie et se réalisera conformément à sa « destinée ». Dans le cas contraire, elle prendra vie mais faute de pouvoir se réaliser conformément à sa finalité, elle devra disparaître.

541. La question de la réalité de l'acte simulé renvoie, en outre, à son pendant qui est la notion de fictivité[1892] (le qualificatif de « fictif » a également été proposé par la doctrine pour appréhender la question des mariages « simulés »). Mais, comme le mariage a une existence bien réelle, la notion de fictivité[1893] ne permet pas davantage que celle de simulation,

---

[1888] Jean DABIN, note sous Trib. Civ. Bruxelles7, 4, 45, cité par Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°256, p. 254, note 105., considérait que le consentement en matière de mariage "est le portail d'une véritable institution.".

[1889] Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd., Quadrige, PUF, 2004, n°536, p. 1186.

[1890] Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°239, p. 240 et n°257, p. 254/255 : "Il est à la fois inutile et inexact de parler de nullité : inutile, car une fiction est, par définition, sans valeur, sauf dans la mesure où elle a pu constituer une apparence que les tiers sont en droit d'invoquer ; et inexact, car il est quelque peu contradictoire de vouloir annuler une fiction".

[1891] Cf. déjà en ce sens, Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 2ème éd., Sirey, 1939, p. 269 : "le mariage est susceptible de faire fraude à la loi, ayant été conclu par des époux ... en vue d'un but qui ne cadre pas avec l'esprit de l'institution.".

[1892] V. Florence DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, LGDJ, 1997, n°333, p. 123.

[1893] Fictif signifie en effet "créé en faux-semblant ; établi en façade soit dans le vide, soit en pure feinte, soit en paravent d'une autre opération destinée à demeurer cachée ; se dit d'une opération imaginaire dont l'apparence ou bien ne recouvre rien (société fictive, emploi fictif, facture fictive) ou bien masque l'acte occulte qui correspond à la volonté réelle des intéressés (vente fictive à un successible d'un bien qu'en réalité on lui donne).

d'appréhender efficacement ce genre de situations[1894] : les époux lorsqu'ils se marient entendent bien bénéficier du statut d'époux, le mariage est bien réel[1895], seulement les époux vont ensuite limiter, d'un commun accord, leur union à l'obtention d'un effet conféré par le statut d'époux, à l'exclusion des autres.

542. Pour être tout à fait exhaustif, encore convient-il de préciser que le mariage constitue une institution juridique, un statut, auxquelles les parties peuvent choisir d'adhérer, mais qui ne peut en aucun cas être abandonné à l'autonomie de la volonté[1896]. C'est peut-être, plus encore que toutes les autres, la raison qui permet de distinguer simulation et détournement d'institution, puisque le détournement d'institution a précisément pour but de poser des limites à l'autonomie de la volonté.

Syn. *apparent*, *simulé* (lorsque l'acte apparent dissimule un acte occulte)." (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. mise à jour, Quadrige, PUF, 2007, p. 408).

[1894] La même difficulté se présente en droit des sociétés, avec la notion de société fictive. Lorsque la société a réellement fonctionné, il n'y a pas de fictivité possible et le problème de la sanction dans ce type de situation se pose. En effet, dans de nombreux cas, l'administration fiscale échoue dans ses actions, parce que les sociétés dites fictives, ont eu une activité sociale, même réduite, le qualificatif de fictif tombe alors par la même occasion. (V. Florence DEBOISSY. *La simulation en droit fiscal*. Thèse, Dijon, LGDJ, 1997, p. 87 et s.). Ne serait-il pas plus judicieux (ou efficace), d'avoir recours à la notion de détournement d'institution, qui a le mérite de prendre appui sur une situation réelle ; la notion d'institution-corps de règles s'appliquant sans aucun doute à la société. La société « fictive » est un moyen pour un commerçant de créer un écran entre son patrimoine et celui de la société, ce qui peut avoir des avantages sur le plan fiscal et des sociétés. Madame DEBOISSY propose plusieurs illustrations de cette situation dans sa thèse (n°231, p. 87 et s.) et conclut : "Faut-il crier à la fictivité et condamner ce renouveau des utilisations sociétaires ?".

[1895] Cf. obs. LAGARDE, sous Tribunal de la Seine, 7 janvier 1948, RTD civ. 1948, p. 461 et s., spéc ;, p. 462 : "L'expression « mariage simulé » n'en est pas moins inexacte. L'officier de l'état civil, qui, dans le droit laïque, n'est pas un simple témoin, a bel et bien célébré le mariage ; à ses yeux, la cérémonie a été si peu un simulacre que la notification régulière a été faite en France. Seul a été simulé le consentement des époux.".

[1896] RIPERT et BOULANGER partageaient un tel point de vue, car ils estimaient "que la simulation est impossible, lorsqu'un acte est d'une nature telle qu'il échappe à l'effet d'une convention secrète. Ainsi en est-il de cet acte extra-patrimonial qu'est le mariage. Les tribunaux ont eu parfois à connaître de mariages qui ont été célébrés en considération d'un intérêt particulier immédiat, alors qu'il y avait volonté commune de ne pas établir le lien conjugal. La convention secrète ne peut alors servir qu'à provoquer une annulation en fournissant la preuve que l'acte ne remplit pas les conditions légales de validité.".

En suivant jusqu'au bout la logique du raisonnement, il apparaît que les institutions juridiques sont d'une nature telle qu'elles échappent aux effets d'une contre-lettre. V. Georges RIPERT et Jean BOULANGER, *Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol.* Tome II, Obligations. Droits réels. LGDJ, 1957, n°587, p. 223. ROUBIER allait dans le même sens : "la simulation ne peut être employée que dans les situations juridiques où prévaut le principe de l'autonomie de la volonté ; c'est à dire dans les situations juridiques subjectives : il n'a rien à voir avec les situations objectives. C'est la raison pour laquelle on ne saurait envisager l'hypothèse d'un « mariage simulé » ; c'est cependant un cas qui a, dans la période contemporaine, soulevé des controverses ... Il ne peut pas y avoir lieu d'appliquer en matière de mariage la théorie de la simulation dans les contrats, parce que la possibilité de détruire par une contre-lettre l'effet d'un acte ostensible ne peut exister que par application de la règle de l'autonomie de la volonté, et qu'une telle application est exclue dans une situation objective et institutionnelle comme le mariage. Les époux, une fois le mariage contracté, n'ont aucun moyen d'opposer un acte secret qui détruirait ce mariage. ... il faudrait attaquer la légitimité du titre ; or la simulation n'intéresse pas la légitimité, mais seulement l'opposabilité du titre ; elle est un moyen donné aux tiers pour repousser un acte secret qu'on voudrait leur opposer. La vérité a fini par apparaître, c'est que, ce qui était en cause en pareil cas, c'était la validité du consentement donné par les époux, et c'est sur ce terrain qu'il convient de se placer.". (P. ROUBIER. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Dalloz, 1963, n°33, p. 272/273).

543. Si l'autonomie entre détournement d'institution et simulation est bien réelle, une question mérite quand même d'être posée : la simulation peut-elle servir d'instrument d'un détournement d'institution ?

La même question a déjà été posée, mais en ce qui concerne les relations entre simulation et fraude à la loi : en effet, des simulations poursuivant un but frauduleux ont pu être constatées en jurisprudence.

Le droit du travail[1897], par exemple, est très souvent le théâtre de nombreuses simulations, lesquelles s'effectuent dans un but frauduleux. L'objectif premier est évidemment d'éluder les dispositions de cette discipline, protectrices des salariés, mais cet objectif se double souvent aussi, par ricochet, d'une seconde finalité qui est d'éluder les diverses obligations du droit de la sécurité sociale[1898].

Le phénomène n'est, malheureusement, pas récent et Michel DAGOT[1899] citait déjà, dans l'ouvrage consacré à « La simulation en droit privé », des décisions de la Cour de cassation qui avaient validé des donations déguisées "sous réserve de l'absence de fraude.". Les simulations frauduleuses telles que la donation déguisée pour éviter la saisie des biens du donateur, ou pour porter atteinte à la réserve ont été sanctionnées par le biais de la fraude, celle-ci prenant alors le pas sur celle de la simulation[1900].

544. D'autres phénomènes intéressants ont pu également être observés, dans le domaine des groupes de sociétés[1901].

Par exemple la question classique du cumul entre un contrat de travail et un mandat social, au sein de la même entité, soulève quelques difficultés lorsque le cumul à pour cadre un groupe de société[1902]. Les difficultés sont souvent liées en pratique au risque de simulation. Lorsque

---

[1897] V. Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°3, p. 15. Gérard LYON-CAEN, *La fraude à la loi en matière de licenciement*, Droit social, avril 1978, p. 67 et s., spéc. p. 70.

[1898] Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°44-2, p. 100.

[1899] Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°217, p. 217.

[1900] Michel DAGOT, *La simulation en droit privé*. LGDJ, 1967, n°217, p. 218.

[1901] *Le concept de groupe en droit du travail.* Paul-Henri ANTONMATTEI. In *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, sous la direction de Bernard TEYSSIE, Editions Panthéon-Assas, LGDJ, 1999, p. 12 et s., spéc. n°19, p. 15. La notion de groupe est, d'après cet auteur, difficile à cerner. Elle "fait, en effet, partie de ce que certains auteurs appellent aujourd'hui les OJNI (objets juridiques non identifiés).". Le groupe est défini comme "un conglomérat de sociétés ou d'entreprises où l'une des composantes exerce une domination sur les autres. C'est le concept de groupe le plus communément admis qui correspond à une réalité économique et financière.".

[1902] *L'exécution des relations de travail dans les groupes de sociétés.* Pierre-Yves VERKINDT. In *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, sous la direction de Bernard TEYSSIE, Editions Panthéon-Assas, LGDJ, 1999, p. 42 et s., spéc. n°94 et suiv., p. 63 et suiv. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°195, p. 280. La simulation peut également apparaître à l'occasion de l'embauche, par une société-mère, d'un salarié, dans le seul but d'exercer un mandat social dans l'une des filiales. Pierre-Yves VERKINDT précise en effet que "le contrat de travail sera considéré comme fictif si les relations de l'intéressé avec la société-mère sont restées dans les limites normales du contrôle exercé par un

le mandataire cherche à bénéficier du statut de salarié, il convient de s'assurer de la réalité du lien de subordination né du contrat de travail. Des doutes peuvent apparaître lorsque le titulaire d'un mandat social dans une société-mère, se trouve également être salarié d'une filiale. "Il est ... permis de se demander si l'employeur (le dirigeant de la filiale) disposera de la plénitude de son pouvoir de direction à l'égard d'un salarié qui peut par ailleurs en sa qualité de mandataire social de la société-mère exercer une influence décisive sur celui qui est, en tant que chef de l'entreprise filiale, son employeur."[1903].

Mais ces craintes doivent être écartées car il "est vraisemblable qu'en pareille situation, les juges saisis d'un litige relatif à l'existence d'un véritable contrat de travail exerceront une vigilance particulière sur la nature et la réalité de la subordination invoquée."[1904].

545. Un autre exemple a trait à ce qu'il est convenu d'appeler le « faux travail indépendant »[1905] ou « fausse sous-traitance »[1906]. "Le faux travail indépendant s'entend comme une relation entre un employeur et un salarié qui est dissimulé sous l'apparence[1907]

associé majoritaire sur les dirigeants de la filiale et qu'aucune autre fonction ne vient légitimer l'existence d'une prestation de travail spécifique." (*L'exécution des relations de travail dans les groupes de sociétés.* Pierre-Yves VERKINDT. In *Les groupes de sociétés et le droit du travail,* sous la direction de Bernard TEYSSIE, Editions Panthéon-Assas, LGDJ, 1999, p. 42 et s., spéc. n°95, p. 63. V. également *L'exécution des relations de travail dans les groupes de sociétés : le regard de l'avocat.* Jacques NICOLAS. In *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, sous la direction de Bernard TEYSSIE, Editions Panthéon-Assas, LGDJ, 1999, p. 65 et s., spéc. n°102, p. 67). A l'opposé une autre sanction touche de tels montages, lorsqu'il est avéré que la société-mère exerce en réalité, par l'intermédiaire du salarié, une gestion de fait de la filiale. "En effet, la gérance de fait peut se matérialiser au travers de la cogestion et de la subordination du dirigeant de droit. Or, le contrat de travail absorbant, d'une certaine façon, le mandat social, alimente cette subordination. Autrement dit, la société-mère va enserrer le dirigeant de droit de la filiale, placé en état de subordination juridique permanente, dans des directives étroites. Par suite, la société-mère encourt le risque d'être assimilée au dirigeant de fait et peut devenir à ce titre responsable civilement et pénalement de la gestion de sa filiale." (Sur l'*exécution des relations de travail dans les groupes de sociétés : le regard de l'avocat.* Jacques NICOLAS. In *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, sous la direction de Bernard TEYSSIE, Editions Panthéon-Assas, LGDJ, 1999, p. 65 et s., spéc. n°102, p. 67).

[1903] *L'exécution des relations de travail dans les groupes de sociétés.* Pierre-Yves VERKINDT. In *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, sous la direction de Bernard TEYSSIE, Editions Panthéon-Assas, LGDJ, 1999, p. 42 et s., spéc. n°94, p. 63.

[1904] *L'exécution des relations de travail dans les groupes de sociétés.* Pierre-Yves VERKINDT. In *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, sous la direction de Bernard TEYSSIE, Editions Panthéon-Assas, LGDJ, 1999, p. 42 et s., spéc. n°94, p. 63.

[1905] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°144, p. 227. V. la pratique du « faux bénévolat », dans le domaine du spectacle vivant ou enregistré, qui participe de la même logique : *Le contrôle du spectacle vivant et enregistré. Guide méthodologique.* DILTI, octobre 2003.p. 17 et s.

[1906] *Précis de réglementation sur le travail illégal,* DILTI (Délégation Interministérielle à la Lutte contre le Travail Illégal), 7ème éd., juillet 2002, Ministère des Affaires sociales, du travail et de la solidarité, p.37/38 : "Le faux travail indépendant n'est pas en soi une infraction prévue et réprimée par la législation. Il s'agit d'une appellation administrative qui vise une fraude sophistiquée bien particulière qui, une fois établie, amène à constater plusieurs infractions à la réglementation". *La fausse sous-traitance*. Guide d'intervention. DILTI, Juillet 2001, 4ème éd. mise à jour. La lutte contre le travail illégal et la fausse sous-traitance, DILTI, Avril 2003.

[1907] *APPARENCE,* Lexique de termes juridiques, R. GUILLIEN et J. VINCENT, sous la direction de S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, 17ème éd., Dalloz, 2010, p. 40 : "Etat d'une situation qui se présente sur la scène juridique de façon déformée. La situation juridique apparente peut même être, en réalité, inexistante. Des motifs de sécurité juridique inclinent parfois à déduire des conséquences juridiques d'une situation apparente

d'une fiction[1908] juridique de "sous-traitance". L'employeur se présente comme un donneur d'ordre, qui a recours au service de travailleurs indépendants[1909]. Dans ce type de situations, le travailleur « indépendant » présente toutes les apparences de la catégorie juridique, à laquelle il est sensé appartenir : "le pseudo travailleurs indépendants sont immatriculés et déclarés en tant que tels auprès des registres professionnels, de l'administration fiscale et des organismes de protection sociale."[1910]. Mais un examen de la situation réelle de ces travailleurs laisse apparaître que ceux-ci agissent dans le cadre d'un véritable « service organisé »[1911]**,** et par conséquent en état de subordination juridique[1912], voire même économique vis à vis de l'employeur.

(héritier apparent, mandataire apparent), afin de permettre aux tiers qui ont légitimement cru en cette situation, de s'en prévaloir.".

[1908] *FICTION*, Lexique de termes juridiques, R. GUILLIEN et J. VINCENT, sous la direction de S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, 17ème éd., Dalloz, 2010, p. 331 : "Procédé de technique juridique permettant de considérer comme existante une situation manifestement contraire à la réalité (ex. : dans le droit des successions, la fiction de la continuation de la personne du défunt par celle des héritiers) ; la fiction permet de déduire des conséquences juridiques différentes de celles qui résulteraient de la simple constatation des faits (dans l'exemple précédent, la fiction de « survie » du défunt permet d'éviter tout hiatus dans l'existence du droit de propriété sur les biens faisant partie de la succession).". Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 264. Pour l'auteur, le détournement d'institution doit être distingué de la fiction : le détournement d'institution "suppose en effet une non-adéquation de la finalité poursuivie par celui qui choisit l'institution considérée à la fonction assignée par l'ordre juridique à cette institution, alors que la seconde se définit objectivement, sans référence à la finalité poursuivie, comme la négation ou l'affirmation, contrairement à la réalité juridique, d'un élément de fait ou de droit".

[1909] L'indépendance est le maître mot permettant de caractériser le statut du travailleur indépendant (A. ARSEGUEL et P. ISOUX, *Les nouvelles frontières entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise*. In Les collaborateurs de l'entreprise : salariés ou prestataires de service ? Travaux de l'Institut de Droit des Affaires. PU Aix-Marseille III, 1995, p. 9 et s., spéc. p. 12). Par conséquent, le travailleur indépendant se reconnaît par : 1) son inscription à un registre professionnel (registre du commerce et des sociétés, répertoire des métiers, registre des agents commerciaux) ; 2) tenue d'une comptabilité avec établissement de devis, contrats commerciaux, facturation. Il peut travailler seul, ou avoir des salariés sous sa direction. (*La fausse sous-traitance*. Guide d'intervention. DILTI, Juillet 2001, 4ème éd. mise à jour, p. 40/41. F. DOROY, *La vérité sur le faux travail indépendant*, Droit social 1995, p. 641).

[1910] *Précis de réglementation sur le travail illégal*, précité, 6ème éd., septembre 1997, p. 43.

[1911] Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°44-4, p. 103 : "La subordination du salarié se reconnaît à ce qu'il est intégré à un service organisé et à ce qu'il participe à l'entreprise d'autrui.". V. également n°46, p. 107/108 : "Dès lors que des tâches sont assumées au sein d'une organisation fonctionnant sous la direction et la responsabilité d'un employeur, l'activité est considérée comme exercée « sous la dépendance » de cet employeur. Diverse circonstances interviennent alors comme autant d'indices de la participation à un service organisé : circonstances de temps (l'existence d'un horaire plus ou moins débattu avec l'intéressé lui-même), de lieu (la localisation de l'activité dans les locaux de l'entreprise), la fourniture du matériel ou d'une documentation". A. ARSEGUEL et P. ISOUX, *Les nouvelles frontières entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise*. In Les collaborateurs de l'entreprise : salariés ou prestataires de service ? Travaux de l'Institut de Droit des Affaires. PU Aix-Marseille III, 1995, p. 9 et s., spéc. p. 16/17 : "il y a service organisé : * en présence d'un pouvoir de direction et de contrôle ; * d'une intégration dans le cadre d'uns structure organisée par l'autre cocontractant ; * et quand l'activité est exercée pour le compte et au profit d'une entre prise qui assume le risque économique. Ces éléments qui doivent être cumulativement établis pour que soit prouvé le service organisé". V. également p. 25/26, sur l'évolution jurisprudentielle à propos de cette notion. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°290, p. 389.

[1912] Critère de qualification de contrat de travail, avec application du statut qui en découle. Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°44-3, p. 102 : "en vertu du contrat, l'employeur a autorité sur le salarié, il dirige son travail, il donne des ordres auxquels il faut obéir.". Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd.

Le faux travail indépendant consiste donc dans “le fait pour un employeur de faire travailler des salariés sous l’apparence du statut de travailleur indépendant afin d’échapper à l’application du Code du travail et aux obligations sociales et fiscales.”[1913].

Théoriquement, le choix du statut d’exercice d’une activité dépend uniquement des conditions dans lesquelles s’exercent cette activité et l’ordre public social s’oppose à ce que les parties aient recours au statut de travailleur indépendant, uniquement pour éluder le statut de salarié.[1914] C’est la raison pour laquelle les tribunaux n’hésitent pas à restituer à l’opération sa véritable nature, en requalifiant les faits et à sanctionner de telles fraudes au sens large.

L’opération de requalification se fait en recherchant l’existence des critères du statut de salarié, derrière les apparences de la sous-traitance, à savoir l’existence d’un lien de subordination juridique avec l’employeur[1915] : “La subordination juridique permanente est établie lorsqu’il est démontré que le donneur d’ordre organise, dirige et contrôle l’activité du travailleur et lorsqu’il se réserve la possibilité de le sanctionner par diverses mesures (ex. : des

2008, n°290, p. 389. A. ARSEGUEL et P. ISOUX, *Les nouvelles frontières entre le contrat de travail et le contrat d’entreprise.* In Les collaborateurs de l’entreprise : salariés ou prestataires de service ? Travaux de l’Institut de Droit des Affaires. PU Aix-Marseille III, 1995, p. 9 et s., spéc. p. 13.

[1913] *La fausse sous-traitance*. Guide d’intervention. DILTI, Juillet 2001, 4ème éd. mise à jour, p. 40. *La lutte contre le travail illégal et la fausse sous-traitance*, DILTI, Avril 2003, p. 5. Les buts recherchés par les entreprises ayant recours à la fausse sous-traitance sont assez variés en pratique : souplesse dans la gestion du personnel, moindre coût du travail, non respect des règles d’hygiène et de sécurité, non respect de la législation sur la durée du travail, non respect de la législation sur l’emploi des étrangers, le maintien artificiel des effectifs de l’entreprise au dessous des seuils sociaux ... (*La fausse sous-traitance*. Guide d’intervention. DILTI, Juillet 2001, 4ème éd. mise à jour, p. 11/12 : **souplesse dans la gestion du personnel** : “pas d’embauche, pas de licenciement, pas de période d’essai, pas d’horaire ou de durée du travail à respecter” ; **moindre coût du travail** : “le SMIC ou le salaire minimum prévu par la convention collective n’est pas respecté. Les charges sociales ne sont pas directement payées et supportées par celui qui bénéficie ou organise la fausse sous-traitance” ; **le non-respect des règles d’hygiène et de sécurité** : “soit on élude totalement les normes d’hygiène et de sécurité, soit on les fait supporter par des tiers” ; **non respect de la législation sur la durée du travail** : “les temps et les jours de repos, les jours de congés, le repos dominical” ; **maintien artificiel des effectifs de l’entreprise au dessous des seuils sociaux** : “ce qui évite de mettre en place des délégués du personnel, un comité d’entreprise ou de désigner un délégué syndical”.).

[1914] *La fausse sous-traitance*. Guide d’intervention. DILTI, Juillet 2001, 4ème éd. mise à jour, v. Assemblée Plénière, 4 mars 1983, Annexe n° 28 et Crim. 29 octobre 1985, Annexe 29 : “c’est sans erreur de droit qu’elle [la Cour d’appel] a estimé qu’il lui appartenait, dans une matière d’ordre public telle que le droit du travail, d’interpréter les contrats unissant les parties afin de leur restituer leur véritable nature juridique, la seule volonté des intéressés étant impuissante à soustraire des travailleurs au statut social découlant nécessairement des conditions d’accomplissement de leur tâche”. (Bull. Crim. 1985, n°335 ; Gaz. Pal. 7/01/1986, n°5 à 7, note Doucet).

[1915] *La fausse sous-traitance*. Guide d’intervention. DILTI, Juillet 2001, 4ème éd. mise à jour, p. 44/45. Voir également la jurisprudence citée et notamment Cass. Assemblée plénière, 4 mars 1983, annexe, n°28 : “il résulte des constatations des juges du fond que, bien qu’il fût qualifié à partir du 1er octobre 1970 de « conférencier extérieur » rémunéré par des « honoraires », M. Barrat continuait à assurer les tâches d’enseignement qui lui avaient été primitivement dévolues, suivant des programmes officiels, et au sein d’une organisation fonctionnant sous la direction et la responsabilité de l’Ecole des Roches, même s’il était tenu compte de ses convenances dans l’aménagement de ses horaires, en sorte que cette activité, exercée sous la dépendance d’un employeur, ne pouvait avoir un caractère libéral, la seule volonté des parties étant impuissante à soustraire M. Barrat au statut social qui découlait nécessairement des conditions d’accomplissement de son travail”. (Bull. civ., 1983, n°3; D. 1983, n°26, p. 381). A propos des hésitations qui peuvent naître, à propos de certaines conventions : « contrats de parrainage », ou d’« essaimage », cf. A. ARSEGUEL et P. ISOUX, *Les nouvelles frontières entre le contrat de travail et le contrat d’entreprise.* In Les collaborateurs de l’entreprise : salariés ou prestataires de service ? Travaux de l’Institut de Droit des Affaires. PU Aix-Marseille III, 1995, p. 9 et s., spéc. p. 22.

pénalités contractuelles pour retard, non exécution, malfaçon). La notion de « service organisé »[1916] est très souvent utilisée pour rendre compte des différents critères mis en œuvre. La démarche de requalification est possible, non seulement entre un donneur d'ordre et un ou plusieurs travailleurs indépendants, mais également lorsque le donneur d'ordre a constitué un réseau de sociétés commerciales, à la tête desquelles il a placé des gérants qui ne disposent d'aucune autonomie de gestion.".[1917]
En pratique, l'existence d'une subordination juridique se double très souvent d'une subordination économique[1918].

546. Les avantages pour un chef d'entreprise d'avoir recours au faux travail indépendant sont indéniables, car il lui est alors possible d'échapper au statut d'employeur, avec toutes les contraintes juridiques qui en découlent (droit du travail, de la sécurité sociale, droit fiscal). "Cette fiction juridique permet au donneur d'ordre d'échapper aux obligations liées au statut d'employeur (réglementation du travail en général), de bénéficier d'une souplesse maximum dans la gestion du personnel (embauche, licenciement, horaires, congé, etc.), d'acquérir des facilités de trésorerie en échappant au versement des charges sociales[1919], voire en fraudant sur la TVA facturée et de proposer des tarifs plus bas car il n'a pas à supporter les charges sociales ni le respect du SMIC"[1920].

547. De tels montages, qui s'appuient sur la simulation, ne peuvent-ils pas être qualifiés de détournements d'institution[1921] ?

[1916] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°290, p. 389.
[1917] *La fausse sous-traitance*. Guide d'intervention. DILTI, Juillet 2001, 4ème éd. mise à jour, p. 45. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°297 et s., p. 398 et s.
[1918] *La fausse sous-traitance*. Guide d'intervention. DILTI, Juillet 2001, 4ème éd. mise à jour, p. 47. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd. 2008, n°290, p. 389.
[1919] A. ARSEGUEL et P. ISOUX, *Les nouvelles frontières entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise.* In Les collaborateurs de l'entreprise : salariés ou prestataires de service ? Travaux de l'Institut de Droit des Affaires. PU Aix-Marseille III, 1995, p. 9 et s., spéc. p. 21/22 : "l'opération peut servir à éluder le paiement des cotisations patronales de sécurité sociale, à ne pas respecter les conventions collectives du travail et finalement à alléger le coût de la main-d'œuvre puisque l'employeur reçoit un travail net de charges sociales".
[1920] *Précis de réglementation sur le travail illégal*, précité, 6ème éd., septembre 1997, p. 43. *La fausse sous-traitance. Guide d'intervention*. DILTI, Juillet 2001, 4ème éd. mise à jour, p. 11/12. *La lutte contre le travail illégal et la fausse sous-traitance*, DILTI, Avril 2003, p.3. F. DOROY, *La vérité sur le faux travail indépendant*, Droit social 1995, p. 639/640.
[1921] A. CHIREZ, *La licéité des opérations de fourniture de main-d'œuvre* in Les collaborateurs de l'entreprise : salariés ou prestataires de service ? Travaux de l'Institut de Droit des Affaires. PU Aix-Marseille III, 1995, p. 68 :"l'opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre, qui a pour effet de causer un préjudice au salarié « détaché » ou de détourner les textes". L'intérêt de retenir la qualification de simulation ou de détournement d'institution tient à la sanction qui pourra être prononcée par le juge : inopposabilité pour la simulation, ou nullité, par exemple, voire des sanctions pénales, pour le détournement d'institution.

En effet, les faux travailleurs indépendants donnent les apparences juridiques de l'appartenance au statut de travailleur indépendant. Or, dans les faits ils ne se comportent pas comme tels, mais comme des salariés du donneur d'ordre.
L'institution du travailleur indépendant n'est pas utilisée conformément à sa finalité, puisqu'elle poursuit un but frauduleux.

548. Pourtant, le détournement d'institution ne peut, à lui seul, permettre d'appréhender ce phénomène, car l'institution existe bien réellement, ce qui est fictif, c'est le contrat liant donneur d'ordre et travailleur indépendant, mais aussi le comportement du travailleur indépendant. La simulation en matière de faux travail indépendant utilise en fait plusieurs types d'écrans pour donner l'illusion de l'indépendance du travailleur.
Les plus courants sont le contrat d'entreprise, le contrat de mandat, de commission ou de société. La difficulté tient à pouvoir faire en pratique la part entre le vrai et le faux.
Messieurs PELISSIER, SUPIOT et JEAMMAUD[1922] expliquent que "dans le contrat d'entreprise le client donnera parfois des instructions très précises et contrôlera de près l'exécution du travail. La Cour de cassation a adopté une solution nuancée : dans le contrat d'entreprise les ordres du maître de l'ouvrage concernent l'orientation générale du travail et le but à atteindre, mais l'entrepreneur conserve son indépendance quant aux moyens d'exécution. Au contraire dans le contrat de travail les ordres portent directement sur l'exécution du travail, dont les méthodes et les moyens ne sont pas abandonnés à l'initiative du salarié. La même difficulté se retrouve en matière de mandat, étant donné les instructions très précises que le mandant donnera souvent au mandataire rémunéré dans l'accomplissement de sa mission. Entre un « préposé » qui accomplit des actes matériels (contrat de travail), un agent ou un mandataire qui accomplit des actes juridiques au nom du mandant, et un commissionnaire qui agit en son nom propre mais pour le compte d'autrui la frontière est sinueuse. Il n'est jusqu'au *contrat de société* qui a parfois, et continue à cousiner avec le contrat de travail. D'abord lorsque des travailleurs s'associent mais de manière inégalitaire et non sans intégration ou subordination. Ensuite dans l'hypothèse des « mandataires sociaux » qui accomplissent, soit dans le cadre de leur mandat soit parallèlement à celui-ci, un travail de gestion.".

[1922] Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 20ème éd. 2000, n°141, p. 164 et s. (Le paragraphe consacré au travail indépendant n'a pas été repris dans la dernière édition de l'ouvrage, cf. 24ème éd. 2008).

549. Si la notion de détournement d'institution ne permet pas de donner une explication satisfaisante du processus mis en œuvre dans le cadre du faux travail indépendant, certaines institutions peuvent être détournées de leur finalité afin de permettre la réalisation de simulations à visée frauduleuse.

Lorsqu'un donneur d'ordre impose à son « sous-traitant » de créer une structure juridique de type par exemple SARL, afin de simuler l'appartenance du « sous-traitant » au statut de travailleur indépendant, le détournement d'institution de la société, qui s'opère à cette occasion, sert « d'élément constitutif » de la simulation. Ce genre de situations permet de mettre à jour des montages juridiques très élaborés. En effet la SARL n'est pas constituée dans le but de faire des bénéfices, qui est l'objectif légal fixé par les textes du droit des sociétés, mais afin de créer un écran permettant à la simulation de fonctionner. La société existe bien juridiquement, mais ce n'est qu'une coquille vide. De tels montages ont été beaucoup utilisés dans certains secteurs d'activités, tel le transport de petits colis (l'objectif étant d'éluder le statut de salarié), ou dans le commerce de détail non alimentaire (permettant de tourner notamment l'interdiction du repos dominical).

Le détournement d'institution de la société, réalisé à cette occasion, n'est pas sanctionné en tant que tel, la jurisprudence ayant choisi d'appréhender le processus de manière globale.

550. C'est certainement pour cette raison, que l'on ne rencontre pas d'exemples de détournement d'institution de la société en jurisprudence. En effet, soit le détournement d'institution fait partie d'un ensemble plus vaste (fraude à la loi ou simulation), soit d'autres règles − ou mécanismes − permettent de sanctionner le détournement, sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours au concept.

En fait, c'est la finalité de l'opération − fraude ou simulation − qui permet au juge d'avoir recours à la sanction la plus adéquate, pour appréhender le montage réalisé. Pour "apprécier la validité des actes, le tribunal doit-il les examiner séparément ou au contraire doit-il analyser l'ensemble des opérations effectuées, chacune d'elles pouvant être parfaitement régulière, prise en elle-même, mais les interactions existant entre elles et leurs conséquences sur le patrimoine étant de nature à révéler la fraude.

Chacune des séquences prises indépendamment (don manuel – vente) est parfaitement valable ; cependant la Cour de cassation invite les juges du fond à aller plus loin pour « prendre en compte la finalité des opérations »."[1923]

[1923] Florence DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, LGDJ, 1997, n°387, p. 143. Une illustration de ce qui précède figure dans un arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 2003 : la Cour a approuvé les juges du fond réaffirmant en préambule qu'il leur appartenait "de restituer leur véritable nature juridique aux contrats liant les parties, en l'espèce la société Exapaq Forez et ses prétendus sous-traitants ; que la circonstance que la plupart de

551. De la même manière, un raisonnement identique, au sujet de l'existence de détournement d'institution de la société, peut être mené à propos des situations de marchandage ou de prêt illicite de main-d'œuvre[1924]. Un arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 1998[1925], rendu en matière de marchandage, est à cet égard particulièrement révélateur. La Cour de cassation approuve les juges du fond qui, pour caractériser les éléments constitutifs du délit, ont retenu que "la société sogexpat, qui avait pour objet, selon les termes de ses statuts, la « mise à disposition de personnel », ne possédait ni le matériel, ni les matériaux nécessaires à l'activité de ses salariés ; que les juges relèvent que ces derniers n'avaient de relations qu'avec la société Comex Services qui organisait leur travail et à laquelle ils se trouvaient « de fait totalement dépendants et subordonnés », la société sogexpat apparaissant comme une « coquille vide » dont la « seule raison d'existence » était de fournir à sa société mère la main d'œuvre nécessaire".

Ici le droit pénal a permis d'apporter indirectement une sanction au détournement d'institution opéré, puisque le détournement d'institution de la société a été intégré comme élément constitutif du délit de marchandage[1926].

Il convient de remarquer, au passage, que de telles fraudes sont très complexes, dans la mesure où elles s'opèrent au prix de plusieurs contorsions des règles et des mécanismes

ceux-ci soient des personnes morales ne constitue pas un obstacle à l'exercice par les juges de leurs pouvoirs ... qu'enfin il importe de rechercher, au-delà des apparences juridiques, la réalité des relations ayant existé entre la société Exapaq Forez et ses prétendus sous-traitants ... en tout état de cause, il appartient à la Cour de rechercher si, allant au-delà des dispositions légales invoquées, la société Exapaq Forez a frauduleusement employé de véritables salariés ... que l'analyse des relations ayant existé entre la société Exapaq Forez et les prétendus sous-traitants démontre que ceux-ci se trouvaient en réalité placés dans un lien de subordination juridique permanente et de totale dépendance économique à l'égard de leur unique donneur d'ouvrage ; qu'ainsi la Cour est en mesure de conclure que les artisans sous-traitants ou les employés des sociétés sous-traitantes étaient des salariés de la société Exapaq Forez ... que cette société, en évitant le paiement de charges sociales et en contournant la réglementation du travail, s'est exonérée de toutes les difficultés liées à l'emploi de personnel et s'est assurée, accessoirement, d'importants profits" (Crim. 28 janvier 2003, Inédit, Légifrance, n° pourvoi 02-83656).

[1924] Article L8231-1 du Code du travail : « Le marchandage, défini comme toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail, est interdit ». Cf. Emmanuel DOCKES, *Droit du travail*, 3ème éd., 2008, Dalloz, Hypercours, n°253 et s., p. 229 et s.

[1925] La fausse sous-traitance. Guide d'intervention. DILTI, Juillet 2001, 4ème éd. mise à jour, Annexe n°19, p. 123.

[1926] Article L8234-1 du Code du travail : « Le fait de commettre le délit de marchandage, défini par l'article L. 8231-1, est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros.

La juridiction peut prononcer, en outre, l'interdiction de sous-traiter de la main-d'œuvre pour une durée de deux à dix ans.

Le fait de méconnaître cette interdiction, directement ou par personne interposée, est puni d'un emprisonnement de douze mois et d'une amende de 12 000 euros.

La juridiction peut également ordonner, à titre de peine complémentaire, l'affichage du jugement aux frais de la personne condamnée dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal et son insertion, intégrale ou par extraits, dans les journaux qu'elle désigne ».

juridiques[1927] : simulation, fraude à la loi et détournement d'institution sont successivement utilisés afin de tourner la législation sur le travail temporaire.

552. En matière de travail temporaire, d'autres fraudes à la loi ont été stigmatisées par la jurisprudence, notamment en ce qui concerne l'obligation pour l'entrepreneur de travail temporaire d'avoir une activité exclusive de mise à disposition de personnel. Certains professionnels ont donc cherché à constituer, à côté de leur entreprise de travail temporaire, d'autres sociétés, afin "de tourner l'exigence légale d'activité exclusive."[1928].

La Cour de cassation a une position très claire dans ce domaine. Elle a estimé que si "la disposition pénalement sanctionnée de l'article L 124-1 du Code du travail n'interdit pas nécessairement au représentant légal d'une société exploitant une entreprise de travail temporaire d'avoir d'autres occupations, ce texte trouve néanmoins son application lorsque, comme en l'espèce, la constitution de plusieurs sociétés n'a été qu'un artifice destiné à faire échec à ses prescriptions.". Les références de la Cour aux notions de simulation et de fraude à la loi sont incontestables. Or, il apparaît que la fraude est ici très sophistiquée, car plusieurs comportements anti-juridiques s'emboîtent les uns dans les autres pour réaliser la fraude : à la base, il y a à n'en pas douter un détournement de l'institution de la société, dont le seul but est de servir « d'écran » juridique aux véritables acteurs du montage. Le détournement d'institution aboutit à une véritable simulation, consistant à donner l'apparence d'une réelle autonomie juridique entre les diverses entités juridiques ainsi constituées et au final, cette simulation poursuit un but frauduleux puisqu'elle vise à éluder les dispositions de l'article L 124-1 du Code du travail, imposant l'exclusivité dans l'activité aux entreprises de travail temporaire.

Le détournement d'institution sert de moyen de fraude, ou de réalisation de la fiction[1929]. Il est en quelque sorte « l'élément matériel » de « l'infraction ».

[1927] Ainsi que le relève, à juste titre, Madame DEBOISSY (*La simulation en droit fiscal*), LGDJ, 1997, n°366, p. 134 : "Les montages fondés sur la fictivité sont reproduits à grande échelle par un nombre important de contribuables. Ils sont souvent sophistiqués et mettent en œuvre une technicité croissante. Plus profondément, les schémas envisagés sont déconnectés de la réalité et n'offrent aucune prise sur le réel : on éprouve un curieux sentiment d'irréalité à observer ces constructions artificielles, créées de toutes pièces à partir de brides de techniques juridiques. Les instruments juridiques se désincarnent pour devenir de simples enveloppes formelles, malléables à merci. Cette banalisation extrême des institutions juridiques ne laisse pas d'être inquiétante : l'institution devient un simple outil vide de toute finalité propre.".

[1928] V. Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°56, p. 124 (Crim. 15 juin 1984, Bull. crim., n°229, p. 604 ; Crim. 15 fév. 1983, Bull. Crim. n°56, p. 122 ; Crim. 7 juin 1983, Bull. n°173, p. 428) : "en raison de la confusion de leurs activités les trois sociétés formaient, en réalité un ensemble économique unique et que, par personnes morales interposées, les prévenus se livraient simultanément à des opérations de location de main-d'œuvre et de prestation de services, en violation de la loi", et Crim. 27 mars 1984, D. 1984, IR, 390 ; Liaisons sociales 1984, législ., n°5568, p. 15.

[1929] Simulation, fraude et fiction sont les qualifications proposées par le précis pour appréhender ce type de situations (7ème éd, p.38/39).

553. Une dernière différence se manifeste entre simulation et détournement d'institution, en ce qui concerne leur sanction respective. En principe, la sanction « classique »[1930] en matière de simulation consiste dans l'absence de nullité de l'acte simulé et dans l'inopposabilité de l'acte secret aux tiers. Alors que le détournement d'institution, lorsqu'il est sanctionné, se traduit soit par le refus d'accorder le bénéfice de l'institution dont l'utilisateur tente de tirer partie, ou par la nullité de l'opération si celle-ci avait aboutit à l'entrée dans l'institution.

L'affirmation qui précède doit pourtant être nuancée : dans certaines hypothèses, la sanction de la simulation a été réalisée par la nullité de l'acte (par exemple lorsque l'ordre public était en jeu). La nullité de la simulation peut également être prononcée, lorsque la simulation est un moyen au service d'une opération plus vaste : "La nullité frappe l'opération juridique tout entière lorsque le rapprochement de l'acte secret et de l'acte ostensible révèle que 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 le dessein de fraude. C'est donc l'ensemble du contrat qui doit tomber."[1931].

En outre, dans certains domaines, tels que le faux travail indépendant, une panoplie de sanctions spécifiques de la simulation qui a été commise existe, que ce soient des sanctions civiles : nullité absolue du contrat ayant permis la réalisation d'une infraction pénale[1932] (ou plutôt sociales) : article L 120-3 du Code du travail autorisant les organismes sociaux à demander, à certaines conditions, de façon rétroactive le paiement des cotisations et charges éludées ; fiscales : rappels des droits éludés, majoration de taxe professionnelle pour le donneur d'ordre, refus de déduction de TVA (article 271-II-1a du Code général des impôts) ... et enfin pénales : article L 324-10 du Code du travail (dissimulation d'emploi salarié) et autres infractions liées au non-respect des dispositions du Code du travail.

[1930] Georges RIPERT et Jean BOULANGER, *Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol.* Tome II, Obligations. Droits réels. LGDJ, 1957, n°596/597, p. 225.

[1931] Georges RIPERT et Jean BOULANGER, *Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol.* Tome II, Obligations. Droits réels. LGDJ, 1957, n°604, p. 227/228. V. *supra*, les développements concernant le marchandage et le prêt de main-d'œuvre prohibé, p. 456.

[1932] V. Gérard COUTURIER, *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996, n°54, p. 121 : qui précise que cette nullité absolue peut être soulevée « par l'utilisateur lui-même » (Soc. 5 juillet 1994, Bull. civ., V, n°299, p. 226). On ne manquera pas de rapprocher cette solution de l'application de l'adage « *nemo auditur* ... » à une hypothèse d'adoption pour faire échec au droit de renouvellement du preneur d'un bail rural. C'est certainement l'impératif d'ordre public qui explique la différence entre les deux décisions mais également le fait que ce contrat serve à commettre des infractions pénales.

554. La notion de simulation, telle qu'elle apparaît à la lumière des développements qui précèdent, ne peut donc pas se confondre avec celle de détournement d'institution. Il n'y a pas d'acte « caché », lorsqu'une institution est détournée de sa finalité. Tout au plus, ce sont les motifs poursuivis par les sujets de droit qui sont cachés … mais la vérité apparaît toujours lorsque ceux-ci cherchent à sortir de l'institution, car le juge découvre à ce moment là que l'institution n'était qu'un « montage », pour atteindre un but précis.

555. L'autonomie de la notion de détournement d'institution par rapport à la simulation ou à d'autres instruments telles que l'abus de droit, le détournement de pouvoir ou la fraude est donc bien réelle.

Mais l'autonomie du détournement d'institution est aussi une réalité, s'agissant de son régime juridique, plus particulièrement en ce qui concerne la sanction qui lui est applicable.

Chapitre II : Les spécificités du détournement d'institution sur le plan de la sanction

556. Le détournement d'institution, étudié en première partie, propose un éventail de sanctions assez variées, qui peuvent être des sanctions pénales (certes, indirectes, le détournement d'institution entrant dans la prévention de telle ou telle infraction), ou des sanctions civiles pouvant aller jusqu'à la nullité (mariage, conventions illicites dans le cadre des mères porteuses). De ce point de vue, le détournement d'institution ne se démarque pas de l'abus de droit, de la fraude, du détournement de pouvoir ou de la simulation, dans la mesure où diverses sanctions sont utilisées pour appréhender les utilisations dévoyées de ces mécanismes juridiques.

Jean-Louis BERGEL[1933], par exemple, a noté à propos de l'abus de droit et du détournement de pouvoir, mais le raisonnement est valable pour les autres mécanismes (fraude et détournement d'institution), que "le droit les sanctionne selon des procédés divers dont le plus fréquent est la responsabilité civile de l'auteur d'un abus de droit, mais qui peuvent aussi consister en des sanctions pénales, des amendes civiles, des nullités ou des indemnités.".

Malgré cette similitude, quant au choix de la sanction applicable, avec les notions voisines, le détournement d'institution est, en termes de sanction, et, contrairement à ce que pensent certains auteurs[1934], autonome.

Tout d'abord, certaines sanctions spécifiques à certains instruments, tels que l'abus de droit, par exemple, ne se retrouvent pas lorsqu'il y a détournement d'institution (Section I).

Face à l'éventail de sanctions qui se proposent à lui, le juge se trouve confronté au choix de la sanction à appliquer au comportement qui lui est soumis. Cette question du choix de la sanction conduit à se demander s'il ne serait pas utile de dédier au détournement d'institution certaines sanctions, que ce soit d'un point de vue civil ou d'un point de vue pénal, ce qui aurait le mérite de renforcer davantage son autonomie par rapport aux autres outils de protection du Droit (Section II).

SECTION I : L'EXCLUSION DE SANCTIONS CARACTERISTIQUES D'AUTRES NOTIONS

SECTION II : LE CHOIX DE LA SANCTION

[1933] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003, n°241, p. 276.

[1934] Cf. Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s.

SECTION I : L'EXCLUSION DE SANCTIONS CARACTERISTIQUES D'AUTRES MECANISMES

557. Certaines sanctions sont spécifiques à certains instruments, comme la responsabilité civile, qui est le propre de l'abus de droit (§1), la nullité relative, utilisée dans le cadre du détournement de pouvoir (§2) ou encore l'inopposabilité, traditionnellement réservée à la fraude à la loi ou à la simulation (§3).

§1- L'exclusion de la responsabilité civile

558. Quelle que soit la conception de l'abus de droit retenue par les auteurs, tous s'accordent sur la question de la sanction de l'abus de droit, qui passe nécessairement par l'application des mécanismes de la responsabilité civile[1935].

L'acte abusif un acte qui cause un préjudice[1936] à celui qui en subit les conséquences[1937]. La réparation de ce préjudice intervient alors, en application des règles de la responsabilité civile[1938].

Le préjudice est donc un élément nécessaire – mais non suffisant – de la démonstration de l'existence de l'abus de droit. Le mauvais exercice d'un droit qui ne causerait préjudice à

[1935] Certains auteurs ont cependant remarqué que "la sanction de l'abus ne consiste pas toujours en des dommages et intérêts : il peut s'agir d'amende, de nullité, d'inopposabilité, de déchéance ou plus simplement de priver une clause contractuelle de sa force." (Loïc CADIET et Philippe le TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Dalloz de droit civil, 2008, n°5, p.3). V également n°19, p. 7 : " L'abus de droit est une faute dans l'usage des droits ... L'abus de droit n'est sanctionné que sous la condition qu'il cause un dommage à autrui".

[1936] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits ...*, n°247, p. 337 ; n°315, p. 424 : "l'on peut affirmer que l'exercice inoffensif d'un droit, fût-il en contradiction avec le but de l'institution et, par exemple, malicieux, n'est point générateur de responsabilité.". V. récemment Cour d'appel de COLMAR, 3 septembre 2002, Gaz. Pal. 23/24 juillet 2003, p. 27 et s., note PRADERE, qui définit l'abus de droit de libre publication des décisions de justice, en précisant qu'il y a "abus lorsqu'à dessein de nuire, le titulaire du droit de porter à la connaissance de tout le litige dans lequel il est impliqué, et les péripéties judiciaires de ce litige, **en fait un usage préjudiciable à autru**i.". Parmi les éléments constitutifs de l'abus, la Cour relève qu'il "incombe encore aux parties demanderesses et intimées de montrer le caractère manifeste de l'intention nuisible qu'elles imputent à la société appelante, **et le préjudice qu'elles auraient subi**".

[1937] Evoquant une possible application de la théorie de l'abus de droit aux mariages « simulés », Madame FOULON-PIGANIOL s'interrogeait : "la notion d'abus de droit ne doit-elle pas être plus spécialement réservée aux situations dans lesquelles une atteinte est portée à l'intérêt privé d'un tiers et ne doit-elle pas entraîner, au premier chef, une réparation ?". Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Le mariage "simulé"*, RTD civ. 1960, p. 217 et s., spéc. n°27, p. 244.

[1938] G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens. Cité supra*, n°148, p. 65 ; n°151, p. 67 ; n°1092, p. 465. R. JANNOT, *De la responsabilité civile par suite de l'abus de droit*, Thèse, Paris, 1906, p. 112. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p. 25. J. BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de BAUDRY-LACANTINERIE, précité, n°225, p. 441.*La réparation du préjudice pourra intervenir soit en nature, soit par équivalent. Mais, ainsi que le constatent Messieurs LE TOURNEAU et CADIET (*Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 2008, n°6872, p. 6872) : "il est d'autres mécanismes correcteurs ... D'abord, à caractère *individuel*, comme l'annulation d'un acte, son inopposabilité ou la déchéance du droit exercé abusivement (ex. art. 378 à 381). Ensuite à caractère *social* : l'inopposabilité, en matière fiscale, des actes qui dissimulent la véritable portée d'une opération juridique.". G. COURTIEU, *Abus de droit. Notion.* Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386, fasc. 131-10, 2005, n°42 et s. Du même auteur, *Abus de droits et abus de pouvoirs.* Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386, fasc.- 131-20, 2005, n°12. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz 1952, p. 303.

personne ne serait pas sanctionné : c'est bien parce que l'acte cause un préjudice que l'abus de droit va être réalisé[1939].

559. Particulièrement topique, à cet égard, est la jurisprudence relative à l'abus du droit de propriété. Madame LEMEE[1940] indiquait qu'il n'y a abus du droit de propriété "que lorsque le propriétaire agissant dans les limites de son droit commet une faute subjective, et ce faisant cause à autrui un dommage.". Dans un arrêt très remarqué[1941], la Cour de cassation a précisé ce qui constituait selon elle un abus du droit de propriété : "l'exercice du droit de propriété qui a pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime ne pourrait autoriser l'accomplissement d'actes malveillants ne se justifiant par aucune utilité appréciable et *portant préjudice à autrui*[1942]".

A l'instar de ce qui ce passe en droit commun de la responsabilité civile, le préjudice ne pourra être réparé que parce qu'il est le résultat d'une faute préalable[1943], faute qui consiste, comme cela a été précisé précédemment, dans le mauvais usage d'un droit.

Il ressort de ce qui précède que le fondement de l'abus de droit est, pour une grande partie de la doctrine, l'article 1382 du Code civil[1944].

560. Tel n'est pas le cas du détournement d'institution, sanctionné notamment, pour sa part, soit par la nullité du résultat obtenu en violation de l'esprit de l'institution, soit par le refus de faire jouer à l'institution un rôle pour lequel elle n'a pas été créée[1945]. Le détournement d'institution n'a pas besoin de causer un dommage à autrui pour être sanctionné, car il n'a pas pour objectif de réparer un préjudice qui serait causé par l'utilisation détournée d'une institution.

[1939] Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale,* 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n°806, p. 793.

[1940] Jacqueline LEMEE, *Essai sur l'abus de droit*, Thèse, Paris XII, 1977, n°403, p. 268. Cf. G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens. Cité supra*, n°1090, p. 464.

[1941] Civ. 1ère, 20 janvier 1964. Gaz. Pal. 1964, I, 518 ; JCP 1965, II, 14, 035 ; RTD civ. 1964, 580 ; RTD civ. 1965, 117. Déjà en ce sens, COLMAR, 2 mai 1855, affaire DOERR, D. 1856, 2, 9.

[1942] C'est nous qui soulignons.

[1943] Ce qui permet de distinguer l'abus de droit de la théorie des troubles anormaux de voisinage. Cf. Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale,* 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n°792, p. 776. Jacqueline LEMEE, *Essai sur l'abus de droit*, Thèse, Paris XII, 1977, n°402, p. 286 ; n°804, p. 790.

[1944] Loïc CADIET et Philippe le TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. Dalloz de droit civil, 2008, n°5, p.3. Guy COURTIEU va même plus loin : "Le législateur a parfois estimé qu'il est indispensable non seulement de renforcer les sanctions de l'abus de droit mais encore d'assurer la réparation du préjudice social causé par l'abus. On peut y voir une illustration, voire une consécration, de la conception finaliste de l'abus de droit, puisque c'est le détournement de la finalité sociale du droit subjectif qui est sanctionné. On rencontre deux types de sanctions : le premier consiste à frapper l'auteur d'une amende civile ; le second relève du droit pénal.". (*Abus de droit. Notion*, Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386, fasc. 131-1, 1997, n°7, p. 4 ; n°53, p. 17).

[1945] Ce qui, en pratique, aboutit au même résultat.

Le détournement d'institution a pour objet de sanctionner l'utilisation défectueuse d'une institution. Si celle-ci cause un préjudice, elle le cause à l'ordre juridique dans son entier, mais ne vise pas systématiquement un sujet de droit en particulier.

En outre, la sanction de la nullité, qui est utilisée pour appréhender certaines détournements d'institution, n'est pas adaptée, selon certains auteurs à l'abus de droit car "La nullité conduit à l'absence de droit – *quod nullum est, nullum producit effectum* – Or, on ne saurait abuser d'un droit que si on en est bien titulaire."[1946].

561. La logique d'absence de réparation d'une faute se retrouve, d'ailleurs, en matière de détournement de pouvoir.

Monsieur GAILLARD note que la jurisprudence "n'exige, en aucune manière, pour annuler une décision entachée d'un détournement de pouvoir, que soit rapportée la preuve d'un quelconque préjudice."[1947].

562. Il en est de même en ce qui concerne la fraude à la loi car "Le problème posé par la fraude est celui de la validité en droit de l'acte frauduleux, et non celui de la réparation de ses conséquences dommageables."[1948].

La fraude à la loi suit, de ce point de vue, le même régime que le détournement d'institution. Guy COURTIEU[1949] rappelle en effet que "La fraude à la loi n'a pas nécessairement pour objectif ou en tout cas pour résultat, de porter tort à autrui. L'abus de droit est générateur de responsabilité civile cependant que la fraude à la loi est régulièrement sanctionnée par l'inopposabilité de l'acte incriminé."[1950].

563. Malgré tout, un auteur a cependant soutenu que les règles de la responsabilité civile avaient vocation à s'appliquer au détournement d'institution.

En effet, pour Madame FENOUILLET, "détourner une institution est un acte … qui cause un double dommage, à l'intérêt (privé ou général) directement atteint, d'une part, à l'ordre

---

[1946] Jacques MESTRE, Emmanuel PUTMAN, Marc BILLAU, *Traité de droit civil. Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n°195, p. 182.

[1947] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°176, p. 111.

[1948] José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 371. Gérard LYON-CAEN indiquait à propos de l'abus du droit que "Par l'abus dans l'exercice d'un droit, le juge assigne une finalité à l'exercice d'un droit, et considère que celui qui exerce son droit à mauvais escient engage sa responsabilité. Par la découverte d'une fraude, le juge met à nu un artifice destiné à échapper à une interdiction et anéantit *l'acte* : *fraus omnia corrumpit*." (*La fraude à la loi en matière de licenciement*, Droit social, avril 1978, p. 67 et s., spéc. p. 68).

[1949] Guy COURTIEU, *Abus de droit. Notion*, Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386, fasc. 132-10, 2005, n°16, p. 7.

[1950] Le cas de la fraude aux droits des tiers doit être réservé : il va de soi que la fraude ne peut être dénoncée que si elle cause un préjudice à quelqu'un, que si elle fait grief à la victime de celle-ci.

juridique indirectement touché, d'autre part, la responsabilité civile devrait effectivement permettre la condamnation du « tricheur » à des dommages-intérêts."[1951].

Malgré cette assertion, la jurisprudence n'a pas, à ce jour, prononcé de condamnation à des dommages et intérêts dans une affaire de détournement d'institution, alors que certaines affaires auraient pu l'y inciter (adoption pour couper les liens des enfants avec les grands parents par exemple).

La solution se justifie si l'on veut bien se rappeler que, contrairement au droit subjectif, l'institution se situe sur le plan du droit objectif, et la responsabilité civile se montre inefficace à sanctionner les atteintes à l'ordre objectif, car elle a une nature réparatrice qui ne convient pas aux violations du droit objectif, lesquelles appellent des sanctions plus énergiques et symboliques[1952].

D'ailleurs, Madame FENOUILLET en convient, puisqu'elle explique que "la fonction principalement réparatrice de l'institution de la responsabilité civile dans l'ordre juridique contemporain empêche cette institution de constituer une sanction efficace, les dommages-intérêts, calqués sur le préjudice et non sur la faute, ne remplissant que très imparfaitement une fonction de peine privée.".

564. De façon plus surprenante, la sanction du détournement de pouvoir, qui devrait s'inscrire selon le raisonnement précédent, dans une logique de réparation, s'agissant d'une prérogative d'ordre subjective, se voit néanmoins sanctionné par la nullité.

Détournement d'institution et détournement de pouvoir sont donc, de manière identique, sanctionnés par la nullité, mais sous la précision qu'en fait, la nullité qui frappe les montages en cause n'est pas la même. En effet, le détournement d'institution est sanctionné par une nullité absolue, alors que le détournement de pouvoir l'est par une nullité relative.

§2- L'exclusion de la nullité relative

565. Le détournement d'institution a été, dans certains cas qui ont été précédemment exposés, sanctionné par la nullité absolue de l'institution utilisée[1953].

Or, il se trouve que le détournement de pouvoir est également sanctionné par la nullité. Comme le détournement se traduit en pratique par des actes juridiques, ceux-ci sont souvent

---

[1951] Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s, spéc. p. 276.

[1952] Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s, spéc. p. 276.

[1953] Cf. *supra*, 1ère partie, sanction du détournement d'institution, la sanction de la nullité ou l'anéantissement de l'institution, p. 257.

frappés de nullité[1954] : "l'analogie avec le droit administratif invite à rechercher spontanément la sanction du détournement de pouvoir dans la nullité de l'acte ainsi vicié … De fait, c'est bien par la nullité que la jurisprudence sanctionne l'émancipation, la délibération de l'assemblée générale d'une société, la décision disciplinaire ou la désignation d'un représentant du personnel entachées d'un détournement de pouvoir."[1955].

C'est, en fait, la transposition pure et simple des solutions du droit administratif, au droit privé, qui explique la spécificité de la sanction du détournement de pouvoir. Il faut également reconnaître qu'en pratique, le seul fait d'obtenir l'annulation de la décision causant grief suffit à faire cesser le préjudice subi par la « victime » du détournement.

566. Néanmoins, la nullité prononcée en matière de détournement de pouvoir est particulière car, comme l'a noté Emmanuel GAILLARD, il s'agit une nullité relative et non pas absolue : "La nullité engendrée par le détournement de pouvoir est une nullité de protection. Protection de la (ou des) personnes, dans l'intérêt desquelles le titulaire du pouvoir devait agir."[1956].

La logique de la distinction entre Droit objectif (institution) et droit subjectif (droits subjectifs et pouvoirs), qui semblait mise à mal par l'utilisation de la sanction de la nullité, s'agissant du pouvoir, prérogative subjective, se retrouve ainsi à ce niveau. En effet, la nullité relative, utilisée en matière de détournement de pouvoir, s'inscrit dans une logique « subjective » de protection du sujet de droit.

567. Enfin, le détournement d'institution se démarque encore de la fraude à la loi et de la simulation, car il n'est pas sanctionné par l'inopposabilité de l'acte.

§3- L'exclusion de l'inopposabilité

568. Tout d'abord, l'inopposabilité doit être distinguée de la nullité. Selon José VIDAL, "la nullité aboutit à la suppression de l'acte vicié dans les rapports des parties comme à l'égard des tiers ; l'inopposabilité au contraire laisse subsister l'acte entre les parties ... L'acte

---

[1954] Cf. sur ce point les discussions doctrinales rapportées par Emmanuel GAILLARD dans *Le pouvoir en droit privé.* Economica, 1985, n°173, p. 110. L'auteur indiquait que "la qualification de détournement de pouvoir n'est pas nécessairement exclusive de la responsabilité civile de l'auteur de l'acte … Mais, là encore, ce concours occasionnel de qualification ne permet pas de conclure à l'identité des deux régimes : même lorsqu'ils se recoupent, le contentieux de l'acte et celui de la responsabilité de son auteur ne se recoupent pas.".

[1955] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé.* Economica, 1985, n°173, p. 109.

[1956] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé.* Economica, 1985, n°182, p. 114. Selon Monsieur GAILLARD, "C'est ce trait qui distingue le contrôle du détournement de pouvoir de celui de la cause illicite ou immorale et qui justifie la différence de leurs sanctions respectives.". (*ibid.*).

frauduleux n'est frappé d'inefficacité que dans la mesure seulement où il aboutit à un résultat contraire au droit : l'éviction par la ruse d'une règle obligatoire."[1957].

569. Ensuite, Jean-Louis BERGEL[1958] rappelle que "la fraude consiste seulement « à faire jouer une règle de droit pour tourner une autre règle de droit », autrement dit à tenter d'éluder une règle obligatoire par un moyen théoriquement efficace et avec une intention frauduleuse.".

Et il est admis que "la fraude doit avoir pour effet sa propre inefficacité. La règle obligatoire reste applicable et devra être exécutée malgré la « fraude »[1959]".

Bernard AUDIT[1960] expliquait que "La qualification de fraude entraîne à peu près nécessairement une solution répressive, sous forme d'un refus définitif de reconnaître les droits acquis « en fraude » à quelque effet que ce soit.".

Une particularité en matière de sanction de la fraude se manifeste en droit international : la fraude, expliquait Bernard AUDIT[1961], ne peut en effet y être sanctionnée que par l'inopposabilité. Lorsque la fraude est sanctionnée, "la portée de la sanction ne peut être que l'inopposabilité et non l'annulation, puisqu'il s'agit en toute hypothèse de se prononcer sur l'effet de droits acquis par l'application d'une loi étrangère et qu'il n'appartient pas à un juge donné d'annuler les actes passés par une autorité publique étrangère.".

Cependant Monsieur AUDIT[1962] réservait le cas où "certaines violations … sont … tellement graves, du fait de leur caractère délibéré, qu'elles doivent être sanctionnées malgré la prescription de l'action ; c'est le problème de la sanction de la fraude pour la fraude.".

L'inopposabilité est aussi la sanction traditionnelle de la simulation[1963], ce qui distingue encore la simulation du détournement d'institution[1964].

[1957] José VIDAL. *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*. Dalloz, 1957, p. 200. Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s, spéc. p. 266.

[1958] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 3ème éd., Dalloz, 1999, n°242, p. 260. V. 4ème éd. 2003, p. 277.

[1959] José VIDAL, *Thèse précitée*, p. 732.

[1960] Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°142, p. 111.

[1961] Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°173, p. 133.

[1962] Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°177, p. 135/136.

[1963] Cf. supra §2 Simulation et détournement d'institution, p. 443.

[1964] Nous ne reviendrons pas sur les développements consacrés à la distinction entre mariage « simulé » ou mariage à effets conventionnellement limités, qui correspond en fait davantage à une distinction entre détournement et déviation d'une institution. Cf. supra, 1ère partie, p. 134 et s. Dans la décision du Tribunal civil de la Seine du 7 janvier 1948 (JCP 1948, II, 4430, note J. MAZEAUD ; RTD civ. 1948, p. 461 et s., obs. LAGARDE, précitée), le Tribunal, bien qu'ayant affirmé l'existence d'une simulation, n'en avait pas moins prononcé la nullité de l'union litigieuse …

570. Le détournement d'institution, en ce qui le concerne, n'est pas sanctionné par l'inopposabilité d'une règle de droit, car, sauf lorsqu'il poursuit un but frauduleux, le détournement d'institution n'a pas pour objectif d'éluder une règle obligatoire.
L'inopposabilité d'une règle de droit à l'utilisateur est, dans une telle hypothèse, inutile et ne permet pas d'appréhender efficacement le comportement répréhensible.
L'inopposabilité n'est pas, comme nous l'avons vu, la sanction qu'a retenue la jurisprudence (pourtant encouragée dans ce sens par la doctrine), spécialement en matière de détournement de l'institution du mariage[1965], puisqu'elle n'a pas maintenu le mariage à titre de sanction du détournement d'institution, en privant d'efficacité l'effet recherché par les époux mais elle a annulé purement et simplement le mariage détourné de sa finalité.

571. En outre, dans certaines affaires de détournement d'institution, la sanction est intervenue en amont, empêchant le moyen utilisé − l'adoption − d'être « efficace », puisque les magistrats ont refusé de prononcer les adoptions sollicitées.
Le détournement d'institution se distingue donc, en termes de sanction, de la fraude à la loi et de la simulation, puisque l'inopposabilité n'est pas une sanction adaptée au détournement d'une institution, sauf lorsque celui-ci poursuit un but frauduleux.

572. Dans ce dernier cas, les relations entre fraude à la loi et détournement d'institution peuvent être complexes, car le détournement d'institution peut être intégré dans un « montage » juridique combinant l'utilisation de plusieurs instruments : détournement d'institution et fraude[1966], mais cela peut être également détournement d'institution et cause illicite[1967], ou détournement d'institution et abus de droit[1968].
Se pose alors un nouveau problème, qui est celui du choix de la sanction à apporter au montage qui a été réalisé.

[1965] Cf. supra, sanctions du détournement d'institution, p. 257 et p. 443. V. Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 270.
[1966] Cf. jurisprudence sur la désignation des délégués syndicaux, p. 52 et s.
[1967] Cf. jurisprudence sur les mères porteuses, p. 58 et s.
[1968] Cf. décision sur l'adoption dans le but de couper les liens des grands parents avec leurs petits enfants, p. 74.

SECTION II : LE CHOIX DE LA SANCTION

573. Si, comme la comparaison avec l'abus de droit, le détournement de pouvoir, la fraude ou la simulation l'ont montré, certaines sanctions sont exclues en matière de détournement d'institution, en revanche, dans certains cas, la question du choix de la sanction à retenir peut être amenée à se poser, lorsque le détournement d'institution est inclus dans un montage juridique plus vaste. Le détournement d'institution entre alors en « concurrence », avec d'autres instruments de défense de l'ordre juridique, et le juge va devoir déterminer quelle sanction sera appliquée (§1).
La tâche du juge, confronté au choix entre diverses sanctions, serait très certainement plus aisée si des sanctions étaient plus spécialement réservées au détournement d'institution (§2).

§1- Le choix de la sanction en cas de « concours idéal de qualification »

574. La question du choix de la sanction à retenir face au détournement de la finalité d'un mécanisme juridique se pose lorsque le juge se trouve confronté à une situation pouvant relever à la fois du détournement d'institution, de l'abus de droit, du détournement de pouvoir, de la fraude ou de la simulation[1969].
En effet, le détournement d'institution, ainsi que nous l'avons constaté précédemment, peut parfois devenir le moyen « efficace » de frauder la loi[1970]. Dans d'autres hypothèses, l'hésitation est permise entre détournement d'institution et détournement de pouvoir, voire même l'abus de droit (hypothèses de licenciements « abusif », grève politique) [1971].

575. José VIDAL[1972] développait, par exemple, l'hypothèse de fraude à la loi commise par l'usage d'un droit : il expliquait que : "La fraude suppose ainsi la mise en œuvre de moyens intrinsèquement licites. Le sujet passif élude la règle obligatoire en usant d'un *droit* ... Mais

[1969] Le droit pénal, qui s'est parfois trouvé confronté à de telles hypothèses de « concours idéal de qualification », a vu la question réglée par une jurisprudence constante, qui prévoit que "le fait unique doit être réprimé « sous sa plus haute expression pénale ... Une seule qualification doit donc être retenue, celle sanctionnée par la peine la plus grave."Cf. *supra*, p. 345 et s.
[1970] Monsieur AUDIT a vu dans certaines affaires de mariages « simulés » des fraudes à la loi de droit international. Or ces fraudes sont le résultat du détournement de l'institution du mariage. Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°341, p. 260. Trib. Civ. Seine, 7 janvier 1948, JCP 1948, II, 4430, note J. MAZEAUD ; RTD civ. 1948, p. 461 et s., obs. LAGARDE. Monsieur AUDIT expliquait : "il y avait fraude à la loi étrangère, et une fraude de droit international, les mariages ayant été contractés pour échapper à l'empire d'une loi dont le critère d'application était la nationalité. Il y avait également fraude à la loi du for lorsque le mariage avait été célébré sous l'empire de la loi du mari, qui conférait sa nationalité." (*opus cité*, n°342, p. 260).
[1971] Philippe SALVAGE, *Concours d'infractions. Concours idéal de qualification.* Jurisclasseur pénal, art. 132-1 à 132-7, fasc. 20, 2002, n°19 p. 6, *précité*, cf. p. 348 et s.
[1972] José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 341/342.

ces droits ... sont ici utilisés en vue d'une fin incorrecte ; ils n'ont pas été donnés à leur titulaire pour leur permettre d'éluder des règles obligatoires.". Et Monsieur VIDAL[1973] considérait que "Si l'on admet l'abus, et si sa sanction réside en l'inefficacité du droit, on voit l'interférence de la théorie de l'abus de droit, et de celle de la fraude. Celui qui use d'un droit en vue d'éluder une règle obligatoire, en vue de réaliser une fraude, abuse de ce droit."[1974]. Il en découlait logiquement, selon lui, que "Si cet abus est sanctionné par l'inefficacité du droit, cette sanction supprime le problème de la fraude, car le moyen frauduleux n'étant plus juridiquement efficace n'est plus désormais susceptible de produire un résultat inattaquable."[1975].

José VIDAL[1976] expliquait encore que "L'abus de droit comme le détournement de pouvoir englobe la fraude, lorsque celle-ci est réalisée par la mise en œuvre d'un droit (ce qui laisse hors du champ de comparaison les fraudes commises par d'autres moyens que l'usage d'un droit) à condition toutefois qu'il soit efficacement sanctionné, c'est à dire qu'il frappe le droit dont l'usage a été abusif d'inefficacité. Pour que la fraude puisse ainsi être rapprochée de l'abus des droits, il faut donc d'abord supposer qu'elle a été réalisée par l'usage d'un *droit*.".

576. Un phénomène similaire a été observé par Emmanuel GAILLARD, à propos du détournement de pouvoir.

Monsieur GAILLARD[1977] a pris pour exemple le cas de l'hypothèse de "l'émancipation prononcée par le père d'un enfant mineur dans le but de faire échec à la décision de justice attribuant le droit de garde à la mère". Monsieur GAILLARD a expliqué que "prise dans un intérêt étranger à celui de l'enfant, l'émancipation est nulle en vertu de la théorie du détournement de pouvoir ; moyen objectivement licite consciemment mis en œuvre à seule fin de se soustraire à l'exécution d'une décision de justice, l'émancipation est inopposable au bénéficiaire de la décision, en vertu de la théorie de la fraude.".

577. En droit privé, dans les domaines où des « concours de qualification » ont été observés, la doctrine a précisé que la jurisprudence a souvent une attitude pragmatique face au comportement des sujets, qui ont recours aux instruments juridiques à leur disposition en

---

[1973] José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 354.
[1974] José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 354.
[1975] José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 354/355.
[1976] *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 355. V. Jean MOULY, *La fraude à la loi en droit du travail*, Thèse, Limoges, 1979, p. 418 et s.
[1977] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé.* Economica, 1985, n°168, p. 107.

violation de leur esprit. Le choix de la sanction (et donc du mécanisme « correcteur ») est fonction de la « peine » la plus apte à appréhender le comportement incriminé.
C'est en effet, en pratique, la sanction qui est envisagée qui entraîne le recours à telle ou telle qualification.

578. Ainsi, par exemple, s'agissant du détournement de pouvoir en concours avec la fraude, José VIDAL[1978] expliquait que c'est "l'efficacité de la sanction qui détermine qui du détournement de pouvoir ou de la fraude sera retenu par les tribunaux pour appréhender le comportement incriminé". Monsieur VIDAL[1979] citait, à titre d'exemple, le cas des émancipations abusives : "Il n'est jamais nécessaire de prouver que l'émancipation a été consentie par le père investi de la puissance paternelle dans un dessein frauduleux, il suffit simplement de démontrer qu'elle n'a pas été dictée par l'intérêt de l'enfant ; l'émancipation consentie dans un tout autre dessein étant nulle.".
Précisément, sur cet exemple, Monsieur GAILLARD notait que "la sanction du détournement est la réaction de la norme attributive de pouvoir, celle de la fraude, la réaction de la norme tournée par l'utilisation incorrecte du pouvoir."[1980]. Il ajoutait que "la solution d'un tel concours idéal de qualification sera trouvée dans l'application de la sanction du détournement de pouvoir, plus radicale que celle de la fraude, la nullité absorbant ici l'inopposabilité.".

579. Lorsqu'une institution détournée de sa finalité, se trouve en concours avec d'autres mécanismes juridiques, la jurisprudence retient la qualification qui lui paraît être la plus apte, dans l'espèce considérée, à appréhender le comportement indélicat.
Par exemple, dans certaines décisions concernant des utilisations détournées du mariage, dans lesquelles certains auteurs ont également vu, outre une simulation, des fraudes à la loi, Monsieur AUDIT[1981] a relevé que "dans toutes les espèces citées, la fraude n'a pas été sanctionnée en tant que telle. Sanctionner la fraude aurait consisté à maintenir les mariages litigieux, comme la Cour de cassation française l'a fait dans des hypothèses de droit interne. Si au contraire on a dans chaque cas permis aux parties d'invoquer une fraude à laquelle elles avaient participé, c'est par suite du manque de sympathie des juges pour les lois étrangères fraudées, que l'on aurait pu dans chaque cas déclarer contraires à l'ordre public.".

[1978] José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 345 et s.
[1979] José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 347/348.
[1980] *Le pouvoir en droit privé.* Economica, 1985, n°168, p. 107.
[1981] Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°342, p. 260/261.

580. Ainsi, suivant l'analyse que le juge fait des faits qui lui sont présentés, et de leur rattachement à telle ou telle catégorie, il a alors le choix d'utiliser la notion dont la sanction lui paraît la mieux adaptée, pour appréhender le plus efficacement le comportement indélicat.
Ceci permet d'expliquer pourquoi les juges se sont tournés vers la notion de détournement d'institution dans certaines situations, telles que les adoptions dans le but de créer un lien de couple, dans les années 1980. En effet les qualifications utilisées traditionnellement ne permettaient pas d'atteindre et de sanctionner efficacement le comportement de l'utilisateur de l'institution.
En demandant à adopter sa concubine, le sujet de droit marié a peut être abusé d'un droit (du droit à adopter), mais si un préjudice a été subi, c'est par l'ordre juridique ; il a peut être aussi éludé une règle obligatoire (l'interdiction de la bigamie), mais l'inopposabilité n'était sans doute pas la sanction la mieux adaptée à sa situation[1982] ; il n'a en tout cas détourné aucun pouvoir dont il serait titulaire. Par contre, il a détourné l'institution de l'adoption de son véritable but et le juge a choisi de sanctionner ce comportement, qui risquait de mettre à mal l'institution toute entière. Le juge a donc fondé la sanction, le refus de prononcer l'adoption, sur le détournement d'institution.

581. A l'inverse, il est apparu parfois que le détournement d'institution, d'abord choisi pour appréhender un comportement anti juridique (désignation d'un salarié comme délégué syndical afin de lui éviter une sanction disciplinaire ou un licenciement), a été supplanté par d'autres instruments comme la fraude à la loi[1983].
Ce qui surprend dans cet exemple, c'est l'attitude de la jurisprudence, qui n'a pas sanctionné ces désignations par l'inopposabilité, sanction traditionnelle de la fraude, mais par la nullité, sanction que l'on rencontre précisément en matière de détournement d'institution.
Dans ce cas précis, la solution peut être expliquée par le fait que la loi elle-même a donné au juge le pouvoir d'annuler la désignation litigieuse[1984].
En outre, il faut rappeler que Monsieur VIDAL n'attachait pas grande importance au recours à la nullité aux lieux et place de l'inopposabilité, car selon lui, l'étude de la jurisprudence montre "que les tribunaux n'attribuent pas dans ces cas à la nullité des conséquences

[1982] Une autre manière de voir consiste à dire que si le détournement d'institution est sanctionné, le moyen est alors privé d'efficacité, ce qui, là aussi, supprime la fraude.
[1983] Cf. *supra*, 1ère partie, émergence jurisprudentielle du détournement d'institution, p. 56.
[1984] Cf. *supra*, 1ère partie, introduction, p. 12. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008, n°897 et s., p. 1150. José VIDAL notait à propos de la sanction de la fraude à la loi qu'on "peut relever tout d'abord chez le juge une tendance indéniable à rattacher sa solution à une règle légale." (José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 214).

différentes de l'inopposabilité. Le plus souvent d'ailleurs les arrêts précisent que l'acte frauduleux n'est annulé *qu'à l'égard de la victime de la fraude*."[1985].

582. Le juge, confronté à la question d'un concours idéal de qualification entre détournement d'institution et d'autres instruments, apparaît donc opportuniste : les sanctions sont utilisées de la manière qui permet d'appréhender au mieux le comportement anti-juridique.
En fait, en pratique, ce qui détermine le choix du juge face aux diverses qualifications possibles, c'est la sanction qu'il souhaite apporter au comportement qu'il a à apprécier : l'atteinte à l'ordre juridique lui paraît elle intolérable ? Alors le détournement d'institution s'impose. Au contraire, lui apparaît-il nécessaire de voir le préjudice subi par la « victime » du détournement réparé ? Les sanctions seront celles de l'abus de droit.

583. La distinction entre les différentes notions de détournement d'institution, d'abus de droit, de détournement de pouvoir, de fraude à la loi ou de simulation se trouve donc facilitée, en se plaçant au niveau de la sanction qui affecte ces différents mécanismes : "En réalité, il suffit de songer au régime des sanctions de ces diverses techniques de contrôle pour éprouver le besoin de les distinguer plus nettement. N'enseigne-t-on pas en effet que l'abus de droit est générateur de responsabilité civile, que la fraude est sanctionnée par la simple inopposabilité alors que l'acte entaché d'une cause illicite ou immorale est frappé de nullité absolue ... la sanction du détournement de pouvoir ... [étant] la nullité relative."[1986].
Tout ceci confirme le fait que la distinction entre le détournement d'institution, l'abus de droit et le détournement de pouvoir ne se fait pas uniquement au niveau des notions d'institution, de droit subjectif ou de pouvoir, mais aussi au niveau du régime juridique des instruments servant à protéger ces « outils ».

584. Précisément, le détournement d'institution tel qu'il est actuellement appréhendé par la jurisprudence, mériterait de voir renforcée sa spécificité, au sein des divers instruments de protection de l'ordre juridique, en organisant encore davantage son régime juridique, par la mise en place des sanctions plus spécialement dédiées à la notion.

[1985] José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 392.
[1986] Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé.* Economica, 1985, n°168, p. 107.

§2- Création de sanctions spécifiques du détournement d'institution

585. Le détournement d'institution, présenté en première partie, a fait l'objet aussi bien de sanctions civiles, que de sanctions pénales, par la jurisprudence.
Sur le plan civil, le détournement d'institution, en tant qu'il sanctionne une violation de l'ordre juridique, ne devrait-il avoir pour sanction privilégiée la nullité (A)?
Sur le plan pénal, le détournement d'institution n'existe pas, avons-nous observé[1987], en tant qu'infraction. Mais il n'est pas interdit de se demander s'il ne serait pas opportun d'en créer une (B)?

A- Sur le plan civil : action en nullité de l'institution

586. L'idée de proposer une sanction dédiée du détournement d'institution a été formulée, en doctrine, par Madame FENOUILLET[1988]. Madame FENOUILLET a suggéré de retenir la nullité, "seule réaction adéquate consistant en l'anéantissement de l'institution considérée."[1989].
La nullité serait, bien entendu, une nullité absolue, puisqu'elle intervient dans un domaine où l'ordre public est en jeu[1990].
La jurisprudence consacrée au détournement d'institution n'a pas attendu une telle proposition pour s'engager dans cette voie, puisque la nullité a été utilisée aussi bien en droit du travail, à propos des désignations des délégués du personnel, qu'en droit de la famille, en ce qui concerne le mariage ou l'adoption[1991].

587. Mais une fois le principe de la sanction par voie de nullité posé, plusieurs points doivent être évoqués et méritent quelques précisions.
Tout d'abord, la nullité de l'institution doit-elle être l'unique sanction du détournement qui a été réalisé, ou le juge peut-il avoir recours à d'autres sanctions ?
A l'instar de ce qui se passe en matière d'abus de droit ou de fraude à la loi, la flexibilité dans le choix de la sanction ne doit-elle pas être laissée au juge, afin que le juge puisse recourir à celle qui est la mieux adaptée pour appréhender au plus près, le comportement anti juridique de l'utilisateur de l'institution ? C'est, précisément, de cette souplesse, que ces différents instruments tirent tout leur intérêt …

[1987] Cf. *supra*, Introduction et Sanctions pénales du détournement d'institution, p. 261.
[1988] Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 271.
[1989] *Ibid.*
[1990] Cf. *supra*, fondement de la sanction du détournement d'institution, p. 265.
[1991] Cf. *supra*, émergence jurisprudentielle du détournement d'institution et sanctions civiles du détournement d'institution, p. 248.

De fait, la jurisprudence consacrée au détournement d'institution est allée dans le sens d'une telle proposition, puisqu'elle a eu recours à d'autres sanctions que celles de la nullité[1992].

588. L'autre point qui doit également être abordé concerne la nécessité d'encadrer, ou non, la sanction du détournement d'institution, en insérant dans le Code civil un texte instituant une telle sanction.
Si une place devait être réservée au détournement d'institution dans le Code civil, il nous semble qu'elle pourrait s'inscrire à la fin du Titre préliminaire du Code civil, consacré à « De la publication, des effets et de l'application des lois en général. (Articles 1 à 6) ».
Un article 7 pourrait lui être consacré, qui stipulerait que « le détournement d'institution consiste à utiliser une institution juridique, dans un but étranger à celui pour lequel elle a été instituée.
L'institution détournée est nulle. ».

589. Il est certain que l'intégration de la notion de détournement d'institution dans le Code civil présenterait l'avantage de sécuriser cet instrument, en fixant des règles auxquelles le juge devrait se soumettre, limitant ainsi le risque d'arbitraire.
Mais l'efficacité du détournement d'institution, en tant qu'outil de protection de l'ordre juridique, ne serait-elle pas affectée par la codification ?
En effet, le juge a besoin qu'on lui laisse une marge de manœuvre, afin de lui permettre de cerner au plus près, les comportements de sujets de droit qui « jouent » avec les institutions. Si l'on veut garder au détournement d'institution une certaine souplesse, ne faut-il pas le laisser au rang de « principe général du droit », au même titre que les notions d'abus de droit, de détournement de pouvoir et de fraude à la loi ?
Une solution pourrait donc consister à laisser une certaine liberté au juge civil, pour caractériser l'existence et sanctionner le détournement d'institution, et créer une infraction pénale spécifique, de « détournement d'institution », afin de sanctionner les violations les plus graves de l'ordre juridique.

B- Sur le plan pénal : création d'une infraction de détournement d'institution

590. Là encore, Madame FENOUILLET a fait preuve d'initiative, en émettant l'hypothèse de la création d'une incrimination de « détournement d'institution ». Cette incrimination pourrait, selon elle, être intégrée dans le Code pénal, au sein du livre IV, "(Des crimes et

[1992] Cf. *supra*, sanctions civiles du détournement d'institution, p. 248.

délits contre la nation, l'Etat et la paix publique) … dans le chapitre III (Des atteintes à l'administration publique commises par les particuliers) du titre III (Des atteintes à l'autorité de l'Etat)"[1993].

Si la place choisie par Madame FENOUILLET, pour le détournement d'institution, peut faire l'objet de discussions[1994], en revanche l'idée même de la création d'une nouvelle infraction est intéressante, parce qu'elle prend en compte le fait que le droit pénal s'intéresse au détournement d'institution, en tant qu'élément constitutif de plusieurs infractions.

On pourrait alors dire que « Constitue un détournement d'institution le fait d'utiliser une institution d'ordre public contrairement à sa finalité ».

591. Ceci étant, plusieurs questions découlent de la création d'une telle infraction.

Par exemple, quelle nature doit-on accorder à une telle incrimination ?

Doit-on en faire un crime ?

Une telle position semble, à tout le moins, un peu exagérée. La qualification de crime est réservée, en effet, aux infractions les plus graves et le détournement d'une institution juridique, même s'il malmène l'ordre juridique, n'est pas à ce point attentatoire à l'autorité de l'Etat qu'on doive l'assimiler à de la Haute trahison ou à un acte de terrorisme.

La qualification de délit paraît alors plus adaptée. Quelle peine devra t'on réserver à ce délit ? L'emprisonnement ? D'autres mesures alternatives ?[1995] Mais l'emprisonnement se justifie t'il pour une telle infraction ? Est-ce qu'une peine d'amende ne serait pas davantage adaptée ?

D'autres questions surgissent encore : doit-on également réprimer la complicité dans le détournement d'institution (aide au mariage, détournement de l'adoption …) ? Quid de la tentative ? En ce qui concerne le mariage, il semble que le législateur ait opté pour une répression de la « complicité », puisqu'il réprime, en matière de détournement de l'institution du mariage, aussi bien la complicité que la tentative[1996].

[1993] Dominique FENOUILLET, *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 278.

[1994] Le détournement d'institution n'aurait-il pas davantage sa place dans le Livre V intitulé « Des autres crimes et délits », au sein du Titre II « Autres dispositions », en créant un chapitre Ier consacré aux « Infractions à l'ordre public ». Le chapitre unique actuel de ce titre deviendrait le chapitre II ? Car, si l'on suit la proposition de Madame FENOUILLET, on ne voit pas bien dans quel chapitre pourrait s'insérer le détournement d'institution : il ne s'agit pas d'une « atteinte à la paix publique », ni une « atteinte à l'administration commise par un particulier », ou encore une « atteinte à l'action de justice » … Une solution pourrait consister à ajouter un nouveau chapitre consacré aux « Atteintes à l'ordre public », qui viendrait s'insérer après les « Atteintes à l'action de justice ». Sous cette réserve, la proposition de Madame FENOUILLET peut être approuvée.

[1995] Cf. article 131-3 du Code pénal : pourraient sans doute être des sanctions « efficaces » du détournement d'institution : l'amende, le stage de citoyenneté, le travail d'intérêt général, la sanction-réparation (dans l'hypothèse où un préjudice serait résulté du détournement). L'ordre public étant en jeu, le stage de citoyenneté ou le travail d'intérêt général sont susceptibles de présenter un intérêt certain.

[1996] Cf Article L 623-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, cité supra, 1ère partie, p. 85 : « Le fait de contracter un mariage ou de reconnaître un enfant aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir,

592. La création d'une infraction de détournement d'institution ne va donc pas sans soulever un certain nombre de difficultés, qui, certes, ne sont pas insurmontables, mais qui amènent à réfléchir sur la place qu'il convient d'accorder à cette notion dans le système juridique contemporain.

Les institutions juridiques méritent-elles plus particulièrement une protection du droit pénal, alors que, par ailleurs, les autres instruments d'auto-défense du droit, qui ont été évoqués précédemment, ne font pas l'objet d'une telle sollicitude.

Les mesures mises en place par la jurisprudence actuelle ne sont-elles pas suffisantes pour sanctionner de manière efficace le comportement des sujets de droit ?

Il est difficile de répondre à de telles questions.

593. La notion de « détournement d'institution » est une notion encore trop récemment utilisée par la jurisprudence, pour avoir un recul suffisant quant à l'opportunité de mettre en place des sanctions spécifiques, que ce soit sur le plan civil ou sur le plan pénal.

L'avenir dira si le besoin de sanctions spécifiques du détournement d'institution deviendra nécessaire.

Dans une société où le Droit devient la panacée censée apporter un remède à tous les maux qui sont les siens, il serait bon de laisser le temps à la jurisprudence de faire œuvre constructrice, comme elle l'a fait pour l'abus de droit, le détournement de pouvoir ou la fraude à la loi.

594. Le détournement d'institution présente donc actuellement le visage d'un instrument dont les contours sont déjà marqués par l'existence d'un régime juridique propre, qui le distingue d'autres instruments tels que l'abus de droit, la fraude ou le détournement de pouvoir pour n'en citer que quelques uns.

Au régime juridique du détournement d'institution qui a été présenté correspond une notion spécifique, celle du détournement d'une institution juridique du but dans lequel elle a été institué.

La notion de détournement d'institution est également différente des notions d'abus de droit, de détournement de pouvoir ou de fraude, essentiellement parce qu'une institution juridique n'est ni un droit subjectif, ni un pouvoir, ni une loi.

un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 Euros d'amende.
Ces mêmes peines sont applicables en cas d'organisation ou de tentative d'organisation d'un mariage ou d'une reconnaissance d'enfant aux mêmes fins.
Elles sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 750 000 Euros d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée ».

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

595. L’étude et la confrontation du détournement d’institution avec les notions voisines montre, en fait, malgré certaines similitudes dans de nombreux domaines, une réelle autonomie du concept et un intérêt certain pour prendre en compte des situations non encore sanctionnées par le droit.

Le détournement d’institution a donc sa place au sein des outils de protection de l’ordre juridique, car il est le garant du respect des finalités des institutions juridiques, corps de règles de droit, qui ne doivent pas être totalement abandonnées à l’autonomie de la volonté des sujets de droit.

CONCLUSION

596. Au terme de cette étude, il apparaît que le détournement d'institution, s'il est proche de par son origine, sa notion et son régime de notions telles que l'abus de droit, le détournement de pouvoir ou la fraude à la loi, constitue néanmoins une notion autonome, qui a toute sa place d'instrument d'auto-défense du Droit dans notre système juridique.
En effet, parce qu'il consiste dans le détournement de la finalité d'une institution juridique, il permet d'appréhender des phénomènes de mauvaise utilisation intentionnelle d'institutions juridiques.

597. Les institutions sont des pièces maîtresses de l'organisation juridique, et, à ce titre, leur intégrité doit être préservée, si l'on veut conserver au système juridique sa cohérence interne.
Le détournement d'institution est donc un mécanisme qui s'inscrit dans un logique de réorganisation, de structuration du droit, il apparaît comme un message d'espoir face à ce que RIPERT considérait être le « déclin du droit ».

598. Mais, les institutions jouent aussi un rôle non négligeable dans l'évolution du droit, puisque les instruments juridiques à disposition du juriste étant, par définition, limités, les institutions juridiques peuvent être amenées à être utilisées pour remplir une fonction pour laquelle elles n'ont pas été créées à l'origine.

599. Toute la difficulté est alors, pour le juge saisi de la question de la validité de l'utilisation de l'institution détournée de sa finalité, de faire la part entre l'impératif d'adaptation du droit au fait[1997] et le nécessaire maintien de l'ordre juridique, exercice subtil s'il en est[1998].
Le juge a alors la redoutable mission de trouver un équilibre entre deux objectifs, en apparence inconciliables, et de dire le Droit, mais, ce faisant, il est au cœur de sa mission.

[1997] Ou de son inadaptation, cf. Daniel COHEN, *La légitimité des montages en droit des sociétés.* p. 261, spéc. p. 272. L'auteur parle de son « ineffectivité », qui n'est, en fait, que la traduction de son inadaptation.
[1998] V., à propos des montages en droit des sociétés, Daniel COHEN, *La légitimité des montages en droit des sociétés.* In *L'avenir du droit,* Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF,1999, p. 261, spéc. p. 273.

Laurent LEVENEUR[1999], faisant en cela écho à une célèbre maxime héritée du droit romain[2000], rappelait fort opportunément que “le droit n’est pas qu’une technique : c’est un art, l’art de ce qui est juste et ce qui est bon.”.

Le détournement d’institution s’inscrit précisément dans une telle perspective, afin de rappeler que l’instrumentalisation du Droit a des limites, limites tenant aux finalités poursuivies par les institutions.

600. L’existence et l’autonomie du détournement d’institution étant maintenant démontrées, une dernière interrogation mérite d’être examinée : quelle est la valeur, dans notre système juridique contemporain, du concept de « détournement d’institution » ?

En fait, comme avant lui le détournement de pouvoir, l’abus de droit ou le principe *fraus omnia corrumpit*, le détournement d’institution constitue un principe général du droit[2001], qui a été « découvert »[2002] par la jurisprudence[2003].

[1999] Laurent LEVENEUR, *Introduction*, p. 9/10, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001.

[2000] *Jus est ars bonis et aequi (l’art du bien et du juste).*

[2001] Les principes généraux du droit ont pour principale caractéristique de dominer l’ensemble du droit positif. La jurisprudence ne peut donc en revendiquer la paternité, tout au plus doit-elle se contenter de les trouver“ en suspension dans *l’esprit* de notre droit, tel que semblaient le leur révéler certains textes fragmentaires (ex. pour l’enrichissement sans cause, a. 555, 1437 ; pour la nullité des promesses de mariage, a. 146 ; pour le nominalisme monétaire, a. 1895).” Philippe JESTAZ, Encyclopédie Dalloz de droit civil, *Droit*, 1972, n°14, p. 3. (Maurice HAURIOU, *Police juridique et fond du droit*, RTD civ. 1926, p. 265 et s., spéc. p. 309, se demande “à quel titre ces principes d’équité font-ils partie de la légalité et motivent-ils la cassation pour violation de la loi ?”. Il répond à cette question en affirmant “ils font partie d’une superlégalité ; ils pourraient et devraient être insérés dans la constitution écrite, de même que le principe de la non-rétroactivité des lois ... Ce sont les principes constitutionnels du commerce juridique). Les décisions rendues à propos des maternités de substitutions sont, à cet égard, révélatrices de ce phénomène de « création » d’un principe général du droit, le détournement d’institution, qui est venu mettre en échec les règles relatives à l’adoption. En effet, dans toutes les affaires jugées dans ce domaine, les conditions d’application des textes régissant l’adoption étaient réunies, ce qui aurait dû conduire les magistrats à prononcer les adoptions sollicitées. Or, le principe du « détournement d’institution » aboutit à bloquer l’application de la loi. (Chaïm PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, 2ème éd., 1979, p. 48/49) parle de violation de la loi “en créant artificiellement une lacune *contra legem*”).

[2002] La méthode d’interprétation « traditionnelle », à savoir la méthode exégétique, basée sur le postulat que « le droit est entièrement contenu dans la loi écrite », recherche la signification d’un texte “par la seule analyse de ces textes eux-mêmes, à l’aide, au besoin des travaux préparatoires.” (B. STARCK, *Droit civil. Introduction générale.* Litec, n°129 et s. Chaïm PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, 2ème éd., 1979, p. 23/24 ; Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., 1994, n°142, p. 102.). Or, une telle méthode s’est parfois révélée insuffisante, notamment lorsque la question dont le juge était saisi était une question nouvelle, non intégrée dans la présupposition du texte. La méthode téléologique est donc venue à point nommé pour débloquer de telles situations, en se fondant “sur l’analyse de la finalité de la règle, sur son but social” et en faisant “prévaloir son esprit sur sa lettre, fût-ce en sacrifiant le sens terminologique des mots.” (Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 3ème éd, Dalloz, 1999, p. 247. Chaïm PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, 2ème éd., 1979, n°31, p. 52 : “Selon cette conception, le droit ne constitue pas un système plus ou moins fermé ... c’est un moyen dont le législateur se sert pour atteindre ses fins, pour promouvoir certaines valeurs.”).

[2003] Le détournement d’institution, comme principe général du droit, se démarque cependant de la fraude et de l’abus de droit par ses origines. En effet, contrairement à la fraude à la loi ou à l’abus de droit, le détournement d’institution n’a pas été recouvert du manteau du droit romain, pour donner une sorte de légitimité à sa « découverte » par la jurisprudence. En cela, il se rapproche de la théorie du détournement de pouvoir, pour laquelle le juge administratif a eu très tôt recours à la notion de « principe général du droit », sans ressentir le

“Les principes généraux sont des règles de droit objectif, non de droit naturel ou idéal, exprimées ou non dans les textes mais appliquées par la jurisprudence et dotées d’un caractère suffisant de généralité.”[2004].

“Par « principes généraux du droit » on entendrait plutôt les solutions de droit, qui sans former système (à la différence des institutions)[2005], sans non plus supporter d’exceptions, sont doués d’une grande généralité d’application nonobstant la diversité des cas d’espèce”[2006].

Il faut rappeler que “la consécration des principes généraux par la jurisprudence ... en fait une source de droit. Leur force obligatoire se rattache à celle de la loi et la Cour de cassation en assure le respect comme celui de la loi.”[2007].

Selon certains auteurs, les principes généraux du droit constitueraient, d’une certaine manière, le dernier rempart contre l’incohérence, avec les risques de perturbations qui en découlent, du système juridique. La Cour de cassation s’érigerait ainsi en gardien de la cohérence du système juridique via les principes généraux du droit[2008].

On mesure alors toute la portée symbolique de la consécration par la jurisprudence de ces principes généraux du droit et le détournement d’institution s’inscrit précisément dans une telle perspective, ce qui renforce encore l’intérêt qu’il convient de porter à la notion.

601. Bien que le qualificatif qui revienne souvent, sous la plume des auteurs qui se sont penchés sur ces principes généraux du droit que sont les notions d’abus de droit, de fraude à la

besoin de justifier ce recours à des maximes héritées du droit romain (ou supposées telles). Le juge administratif, étant amené à intervenir dans un domaine (le droit public) où tout était à construire sur le plan des principes juridiques, a eu sur ce point un indéniable avantage par rapport à son homologue judiciaire. Ce dernier a du avoir recours, au moins dans un premier temps, pour justifier la liberté qu’il prenait par rapport aux textes, ou pour faire face à la carence de textes, à l’écran du droit romain. (Maurice HAURIOU, *Police juridique et fond du droit*, RTD civ. 1926, p. 265 et s., spéc. p. 276).

La « création » du détournement d’institution par la jurisprudence ne s’est donc pas accompagnée d’un tel subterfuge. L’explication pourrait certainement reposer dans le fait que les mentalités ont évolué, et que l’existence des principes généraux est désormais suffisamment admise en droit privé pour que le juge n’éprouve plus le besoin de cacher son interprétation créatrice sous des dehors susceptibles de rassurer la communauté des juristes.

[2004] Jean-Louis BERGEL, *Théorie général du droit*, 3ème éd., 1999, n°74, p. 91.

[2005] L’auteur précise (p. 106) que “quelle que soit la signification attribuée à la notion de « principes généraux du droit » … l’on ne saurait reconnaître en eux, non plus, des « institutions juridiques », au sens précédemment donné, d’une somme de règles articulées en système. Du moins faudra-t-il, pour qu’il en soit autrement, que le « principe général » envisagé se trouve être au principe d’un système ce qui est le cas pour le principe de la responsabilité des dommages, mais pas pour le principe de la non rétroactivité des lois.”.

[2006] Jean DABIN, *Théorie générale du Droit*, nouvelle éd., Dalloz, 1969, n°91, p. 105.

[2007] Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 3ème éd., Dalloz, 1999, n°84, p. 97.

[2008] Cf par exemple, à propos de la fraude, Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, *Le mariage “simulé”*, RTD civ. 1960, p. 217 et s., spéc. p. 245, n°28 : “il semble que l’adage « *fraus omnia corrumpit* » puisse cependant intervenir en l’espèce pour maintenir l’ordre juridique, car il fait partie de la coutume et constitue un principe général du Droit.”. V. Florence DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, LGDJ 1997, n°20, p. 7, qui estime que “la simulation est aussi un facteur de perturbation de l’ordre juridique.”.

loi, ou d'institution[2009], soit celui d'« insaisissable », la réflexion engagée à propos du détournement d'institution viendra sans doute contribuer à éclairer ces différentes notions.

602. A l'issue de l'étude consacrée au détournement d'institution familiale, Madame FENOUILLET se demandait, en guise de conclusion, si "cet effort de conceptualisation du détournement d'institution permet-il de conclure à l'existence d'une véritable théorie générale ?"[2010].

Qu'il nous soit permis d'en être convaincu et d'avoir persuadé le lecteur de nous suivre dans cette voie.

Le détournement d'institution est sans doute à l'aube d'une longue carrière, souhaitons lui autant de succès que ses notions-sœurs.

[2009] J. CHEVALLIER, *ouvrage collectif*, CURAPP, PUF, 1981, p.6.

[2010] Dominique FENOUILLET, Le détournement d'institution familiale, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s., spéc. p. 282.

INDEX

A

abus, 11, 15, 17, 18, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 56, 57, 61, 69, 75, 89, 90, 92, 118, 120, 121, 122, 123, 129, 140, 141, 142, 143, 144, 147, 148, 149, 150, 153, 154, 157, 158, 163, 176, 179, 185, 186, 187, 193, 195, 200, 201, 202, 213, 217, 218, 219, 220, 221, 224, 228, 245, 246, 258, 259, 264, 267, 275, 277, 278, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 300, 304, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 327, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 337, 338, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 363, 364, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 376, 377, 378, 380, 383, 384, 386, 387, 388, 389, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 400, 401, 402, 403, 405, 420, 421, 422, 424, 425, 426, 428, 433, 437, 439, 444, 445, 451, 453, 465, 466, 467, 468, 469, 473, 474, 475, 476, 478, 479, 480, 482, 484, 485, 486
abus de confiance, 17, 56, 57, 141, 142, 143, 144, 148, 149, 150, 291
acte juridique, 31, 87, 99, 117, 118, 222, 249, 298, 299, 306, 325, 381, 386, 415, 422, 427, 433, 444, 446, 447, 451
adoption, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 22, 23, 47, 48, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 95, 102, 106, 107, 112, 113, 115, 130, 133, 143, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 178, 194, 211, 212, 213, 215, 216, 218, 219, 220, 221, 223, 224, 225, 226, 230, 232, 233, 234, 238, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 250, 251, 252, 253, 255, 256, 257, 258, 259, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 272, 275, 278, 279, 280, 285, 291, 292, 301, 302, 303, 305, 306, 326, 327, 328, 329, 341, 342, 390, 399, 405, 408, 413, 414, 416, 417, 418, 419, 420, 425, 429, 430, 431, 436, 437, 439, 446, 447, 451, 464, 470, 473, 477, 479, 481, 485
adoption à but successoral, 78, 166, 233, 414
adoption plénière de l'enfant du conjoint, 12, 152
adoption simple, 23, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 73, 76, 79, 80, 81, 82, 83, 153, 154, 162, 163, 164, 167, 169, 171, 216, 251, 252, 253, 255, 285, 292, 328, 447
adultère, 61, 63, 68, 164
agent, 24, 38, 120, 142, 143, 145, 146, 213, 219, 244, 316, 323, 334, 335, 336, 340, 341, 356, 374, 381, 434, 460
alliance, 75, 115
Assemblée plénière, 13, 14, 69, 71, 73, 74, 107, 152, 221, 242, 247, 256, 265, 272, 290, 326, 365, 430, 436, 458
autorité parentale, 10, 25, 70, 81, 101, 112, 117, 131, 144, 153, 161, 162, 169, 170, 171, 172, 173, 176, 177, 178, 179, 212, 218, 234, 302, 341, 343, 345, 381, 384, 393, 438
autorité publique, 102, 115, 399, 472

B

bail, 35, 117, 156, 180, 253, 303, 371, 431, 464
bloc de droit, 49, 51, 106, 107, 108, 137
bon père de famille, 117, 320
branche du droit, 16, 115, 117
but, 11, 12, 13, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 26, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 48, 50, 51, 53, 54, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 72, 74, 75, 76, 78, 79, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 88, 90, 91, 94, 95, 99, 104, 107, 108,109, 110, 111, 112, 113, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 138, 139, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 165, 166, 173, 175, 177, 178, 179, 180, 181, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 194, 195, 196, 198, 199, 200, 202, 203, 205, 206, 207, 210, 211, 212, 213, 214, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 229, 230, 231, 232, 234, 236, 238, 241, 243, 244, 246, 247, 249, 250, 253, 255, 256, 257, 259, 264, 265, 266, 267, 271, 273, 274, 275, 277, 278, 279, 280, 281, 286, 287, 289, 290, 291, 292, 293, 296, 301, 303, 305, 309, 310, 311, 312, 316, 317, 318, 319, 323, 324, 326, 327, 328, 329, 330, 333, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 346, 347, 349, 351, 352, 353, 354, 356, 358, 364, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 379, 382, 387, 389, 390, 392, 396, 398, 399, 400, 401, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 425, 426, 431, 432, 433, 434, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 444, 445, 446, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 467, 473, 475, 477, 480, 482, 485
but économique et social, 32, 33, 37, 38, 40, 41, 120, 317, 318, 444, 445

C

cause, 15, 20, 31, 32, 33, 37, 48, 61, 63, 67, 69, 70, 71, 74, 75, 77, 78, 80, 84, 86, 102, 106, 118, 119, 120, 121, 122, 130, 132, 134, 141, 149, 150, 153, 154, 162, 166, 171, 172, 188, 201, 203, 204, 205, 206, 213, 214, 218, 219, 221, 222, 224, 225, 231, 250,253, 257, 259, 267, 268, 277, 284, 285, 286, 295, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 313, 317, 319, 320, 322, 324, 329, 331, 333, 334, 335, 339, 340, 341, 344, 353, 357, 358, 363, 364, 366, 373, 377, 386, 387, 388, 390, 392, 395, 407, 409, 412, 415, 418, 424, 426, 430, 437, 447, 454, 462, 467, 468, 469, 470, 471, 473, 478, 485
cause finale, 118
changement de régime matrimonial, 180, 184
Code du travail, 11, 12, 20, 21, 52, 53, 56, 57, 114, 191, 193, 199, 200, 204, 205, 207, 237, 260, 262, 263, 387, 393, 458, 462, 463, 464
comité central d'entreprise, 114, 391, 392
comité d'entreprise, 52, 53, 56, 57, 114, 189, 215, 263, 309, 391, 392, 458
comité d'établissement, 113, 391, 392
comite d'hygiène et de sécurité, 114
composition binaire à cheville, 92

concept, 16, 17, 21, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 44, 45, 47, 51, 52, 54, 67, 68, 69, 72, 74, 90, 92, 94, 95, 96, 97, 100, 105, 107, 108, 109, 123, 125, 127, 139, 144, 205, 207, 209, 229, 266, 277, 281, 282, 293, 308, 319, 331, 333, 339, 353, 370, 381, 382, 443, 455, 461, 483
concubinage, 61, 132, 216, 231
concubins homosexuels, 64, 130, 171
congé sabbatique, 56, 57, 115, 215, 218, 229, 230, 248, 254
contractualisation, 97, 101, 102, 105, 106, 108, 109, 113, 114, 126, 131, 137, 155, 179, 211, 267, 269, 278, 279, 280, 301, 302, 303, 307, 485
contrat, 15, 17, 20, 21, 32, 57, 61, 67, 68, 70, 72, 81, 84, 88, 93, 97, 101, 102, 103, 105, 108, 109, 113, 114, 117, 120, 126, 134, 137, 141, 150, 152, 155, 156, 157, 179, 185, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 204, 205, 207, 211, 213, 222, 229, 230, 234, 236, 237, 247, 254, 256, 257, 259, 265, 267, 268, 269, 273, 275, 278, 279, 280, 286, 290, 299, 301, 302, 303, 305, 306, 310, 323, 327, 340, 351, 370, 372, 377, 386, 387, 400, 405, 424, 428, 442, 443, 446, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 464
corps, 10, 11, 14, 16, 57, 61, 70, 72, 73, 84, 88, 93, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 116, 120, 122, 124, 125, 126, 137, 139, 144, 145, 158, 160, 173, 175, 184, 185, 188, 199, 214, 217, 243, 247, 256, 259, 264, 265, 271, 279, 302, 307, 362, 364, 366, 384, 385, 386, 390, 393, 396, 398, 404, 441, 454, 483
corps de règles, 57, 84, 93, 94, 96, 97, 98, 100, 101, 102, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 116, 122, 124, 139, 160, 173, 175, 184, 185, 199, 214, 217, 271, 279, 362, 364, 384, 385, 386, 390, 396, 398, 441, 454, 483
Cour de cassation, 2, 3, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 23, 30, 41, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 64, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 91, 104, 106, 107, 117, 130, 133, 134, 142, 143, 144, 147, 152, 156, 159, 162, 163, 164, 167, 169, 170, 171, 172, 176, 177, 178, 180, 181, 188, 189, 190, 191, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 203, 215, 217, 221, 223, 225, 231, 232, 233, 234, 237, 241, 242, 243, 245, 247, 255, 261, 262, 265, 269, 272, 275, 282, 286, 290, 291, 295, 296, 302, 303, 306, 310, 326, 328, 329, 352, 365, 388, 389, 390, 391, 395, 396, 406, 407, 408, 409, 411, 412, 413, 414, 419, 424, 425, 431, 436, 439, 440, 447, 455, 460, 461, 462, 463, 468, 476

D

délégué syndical, 12, 53, 54, 55, 92, 157, 215, 218, 260, 262, 265, 266, 390, 458, 477
déni de justice, 130
détournement, 1, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 96, 101, 102, 103, 104, 106, 107, 108, 109, 112, 114, 115, 117, 118, 120, 121, 123, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 165, 167, 168, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 228, 229, 230, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 269, 270, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 316, 317, 318, 319, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 371, 372, 373, 374, 380, 383, 384, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 396, 397, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 408, 410, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 451, 453, 454, 455, 457, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487
détournement d'institution, 1, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 67, 68, 69, 71, 72, 74, 76, 77, 78, 80, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90,91, 92, 93, 96, 101, 102, 106, 107, 108, 109, 112, 114, 115, 121, 123, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 137, 138, 139, 140, 141, 143, 152, 153, 155, 156, 158, 159, 160, 161, 163, 165, 167, 168, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 184, 185, 186, 189, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 199, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 228, 229, 232, 233, 234, 235, 236, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 258, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 269, 270, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 280, 281, 282, 283, 284, 286, 287, 288, 291, 292, 295, 297, 298, 301, 302, 303, 304, 306, 307, 308, 312, 317, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 341, 342, 343, 346, 347, 348, 349, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 358, 359, 360, 361, 365, 366, 367, 383, 384, 386, 387, 388, 391, 392, 396, 397, 400, 401, 402, 403, 404, 406, 408, 410, 413, 414, 415, 416, 418, 419, 420, 421, 422, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 453, 454, 455, 457, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487
détournement de pouvoir, 17, 23, 24, 25, 26, 27, 37, 39, 123, 132, 136, 140, 141, 142, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 155, 176, 199, 219, 220, 221, 244, 245, 246, 282, 283, 284, 285, 286, 290, 291, 293, 297, 298, 300, 304, 305, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 316, 318, 319, 325, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 363, 364, 366, 367, 368, 369, 371, 373, 374, 380, 383, 384, 386, 388, 389, 390, 392, 397, 400, 401, 402, 403, 405,

420, 421, 422, 433, 437, 465, 466, 467, 469, 470, 471, 474, 475, 476, 478, 480, 482, 484, 485
divorce, 40, 48, 51, 65, 73, 77, 103, 105, 112, 115, 131, 140, 154, 165, 173, 178, 180, 181, 212, 236, 267, 280, 299, 333, 336, 344, 386, 398, 409, 431, 435, 441
doctrine, 15, 19, 23, 25, 26, 30, 31, 32, 33, 37, 39, 40, 41, 44, 45, 48, 55, 58, 69, 76, 80, 81, 83, 89, 90, 91, 93, 95, 97, 99, 101, 102, 103, 106, 108, 109, 114, 115, 118, 119, 121, 122, 124, 126, 129, 134, 142, 144, 145, 147, 148, 149, 151, 154, 155, 156, 158, 159, 161, 165, 166, 170, 173, 174, 175, 176, 177, 179, 181, 185, 186, 187, 192, 195, 198, 200, 206, 210, 211, 218, 219, 222, 228, 237, 245, 249, 261, 262, 266, 267, 268, 270, 274, 275, 276, 278, 279, 281, 282, 285, 286, 288, 289, 290, 291, 292, 296, 301, 305, 306, 307, 308, 310, 311, 312, 313, 314, 316, 317, 320, 321, 322, 325, 326, 328, 338, 339, 340, 342, 344, 345, 347, 349, 351, 352, 353, 355, 356, 361, 363, 364, 367, 368, 370, 371, 375, 376, 377, 378, 379, 382, 384, 385, 386, 387, 395, 398, 400, 401, 405, 407, 412, 413, 416, 422, 442, 443, 453, 468, 473, 475, 479
dol, 13, 39, 61, 75, 78, 151, 178, 234, 246, 252, 326, 341, 350, 431, 437
Droit, 1, 2, 3, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 31, 34, 37, 40, 44, 47, 48, 52, 53, 56, 57, 58, 59, 63, 64, 65, 66, 70, 75, 79, 80, 81, 86, 87, 88, 89, 91, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 114, 116, 117, 119, 120, 122, 124, 125, 126, 127, 133, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 143, 144, 145, 147, 148, 149, 150, 151, 154, 158, 161, 164, 165, 166, 168, 169, 170, 172, 173, 174, 176, 178, 179, 180, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 212, 220, 222, 223, 237, 241, 242, 244, 246, 249, 254, 258, 260, 261, 263, 269, 270, 271, 272, 274, 275, 276, 277, 278, 280, 281, 287, 288, 290, 294, 295, 299, 300, 301, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 315, 316, 317, 320, 321, 322, 323, 325, 329, 334, 337, 340, 342, 343, 344, 346, 347, 349, 350, 351, 353, 355, 358, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 372, 373, 374, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 386, 387, 388, 390, 393, 394, 395, 397, 398, 399, 400, 405, 407, 408, 410, 412, 413, 414, 416, 418, 420, 425, 427, 441, 444, 448, 449, 452, 453, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 462, 463, 464, 466, 467, 468, 469, 471, 477, 482, 484, 485
droit d'alerte, 56, 113, 114, 215, 246, 391, 392
droit d'ester en justice, 118, 122, 370
droit de la famille, 11, 12, 15, 47, 58, 59, 67, 87, 115, 132, 137, 140, 143, 147, 160, 161, 172, 173, 176, 182, 211, 215, 223, 230, 255, 257, 259, 260, 267, 268, 269, 282, 283, 286, 292, 293, 294, 295, 296, 302, 306, 307, 309, 310, 341, 365, 406, 430, 479
droit de propriété, 11, 32, 34, 41, 42, 121, 245, 289, 320, 322, 334, 338, 368, 370, 371, 373, 374, 375, 424, 457, 468
droit des successions, 21, 95, 166, 211, 412, 457
droit du travail, 11, 15, 16, 19, 47, 51, 52, 57, 113, 134, 140, 147, 156, 175, 182, 185, 188, 189, 190, 192, 193, 200, 202, 207, 215, 229, 236, 251, 254, 257, 258, 260, 261, 269, 272, 282, 283, 305, 309, 310, 322, 339, 341, 346, 354, 373, 389, 393, 430, 455, 456, 458, 459, 475, 479
droit objectif, 93, 99, 100, 109, 111, 118, 139, 219, 228, 271, 274, 294, 307, 318, 344, 349, 355, 362, 363, 364, 365, 366, 371, 375, 376, 384, 385, 470
droits subjectifs, 24, 31, 33, 34, 35, 38, 42, 43, 120, 121, 245, 289, 293, 294, 295, 296, 307, 313, 314, 315, 316, 317, 319, 323, 329, 338, 344, 347, 349, 350, 351, 352, 361, 362, 364, 367, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 380, 382, 385, 389, 471
droits-fonctions, 120, 339, 369, 370, 380

E

effets de l'institution, 91, 102, 131, 135, 158, 169, 185, 269, 404, 406, 410, 414, 415, 449
enfant, 10, 12, 13, 14, 15, 20, 37, 40, 47, 48, 51, 58, 60, 61, 62, 63, 65, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 82, 85, 87, 88, 91, 104, 105, 106, 107, 109, 110, 112, 117, 126, 130, 135, 136, 137, 138, 144, 149, 152, 153, 154, 156, 157, 158, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 177, 178, 212, 213, 216, 218, 221, 223, 224, 226, 233, 234, 235, 243, 244, 247, 252, 256, 258, 259, 264, 265, 266, 268, 271, 272, 275, 278, 279, 287, 291, 299, 302, 303, 304, 305, 313, 326, 327, 328, 338, 341, 346, 354, 364, 374, 376, 379, 384, 399, 400, 406, 408, 410, 412, 413, 419, 420, 430, 431, 439, 453, 475
enfant incestueux, 80, 81, 162, 163, 165, 167, 170, 272, 279, 439
enfant légitime, 12, 51, 59, 71, 104, 162, 164, 166, 168, 408, 413
enfant naturel, 51, 106, 161, 162, 163, 164, 165, 167, 177, 212, 221, 223, 235, 243, 244, 328, 354, 408, 413
enfant naturel adultérin, 163, 164, 165
enfant naturel simple, 161, 162
ensemble de règles, 17, 57, 94, 95, 99, 108, 109, 110, 112, 114, 116, 125, 170, 173, 176, 183, 203, 206, 214, 271, 279, 364, 365, 384, 385, 391, 392, 393, 432, 441
entreprise, 11, 20, 21, 33, 52, 54, 55, 56, 57, 93, 95, 99, 100, 101, 113, 114, 134, 147, 151, 185, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 194, 195, 196, 197, 198, 201, 202, 203, 219, 223, 229, 230, 237, 246, 250, 260, 269, 276, 309, 310, 311, 324, 340, 354, 392, 393, 394, 395, 396, 456, 457, 458, 459, 460, 463
esprit, 11, 17, 21, 23, 24, 25, 27, 32, 33, 35, 36, 40, 42, 43, 45, 61, 62, 66, 68, 74, 79, 88, 90, 91, 95, 97, 105, 108, 110, 111, 113, 120, 121, 122, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 132, 133, 135, 140, 141, 143, 147, 148, 151, 153, 154, 155, 158, 169, 175, 179, 182, 185, 192, 199, 201, 210, 211, 216, 221, 224, 246, 247, 262, 267, 270, 273, 274, 276, 278, 279, 281, 286, 288, 289, 292, 294, 300, 302, 303, 308, 309, 317, 318, 319, 322, 323, 329, 330, 331, 334, 335, 337, 340, 343, 345, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 356, 357, 358, 360, 364, 366, 369, 370, 371, 372, 374, 379, 380, 399, 400, 401, 405, 406, 414, 416, 421, 437, 447, 453, 467, 468, 476, 485
esprit de l'institution, 23, 42, 90, 122, 129, 153, 179, 185, 201
esprit des droits, 23, 33, 36, 40, 42, 43, 90, 120, 121, 122, 141, 147, 151, 175, 267, 288, 289, 300, 308, 317, 318, 322, 330, 334, 343, 350, 353, 356, 357, 369, 370, 371, 401, 406, 421, 453, 467

F

famille, 2, 3, 12, 13, 14, 19, 22, 37, 39, 44, 47, 48, 58, 59, 60, 63, 64, 65, 66, 67, 69, 70, 74, 75, 76, 79, 80, 81, 82, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 93, 94, 96, 97, 101, 102, 103, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 117, 124, 126, 130, 131, 133, 135, 136, 137, 138, 140, 143, 152, 154, 155, 156, 158, 162, 164, 166, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 178, 179, 180, 182, 191, 211, 212, 218, 220, 226, 231, 232, 236, 242, 243, 249, 250, 251, 252, 253, 255, 258, 259, 261, 263, 267, 269, 271, 275, 278, 279, 280, 282, 299, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 311, 313, 326, 342, 343, 364, 367, 370, 374, 376, 379, 400, 407, 408, 410, 414, 418, 419, 420, 426, 437, 438, 439, 453, 485
filiation, 12, 13, 14, 48, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 65, 66, 69, 70, 71, 72, 75, 76, 80, 81, 82, 87, 88, 89, 91, 103, 107, 113, 115, 125, 150, 152, 153, 154, 162, 163, 164, 166, 167, 168, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 179, 212, 213, 216, 218, 221, 232, 247, 259, 267, 272, 302, 307, 327, 342, 399, 408, 413, 414, 436, 439
fin, 15, 21, 22, 26, 27, 31, 33, 36, 38, 39, 44, 47, 49, 57, 72, 73, 77, 78, 81, 85, 91, 93, 103, 104, 117, 118, 119, 120, 121, 124, 125, 126, 131, 137, 138, 141, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 151, 153, 154, 155, 156, 158, 159, 166, 167, 170, 183, 186, 192, 194, 199, 200, 201, 203, 204, 205, 219, 225, 229, 234, 242, 244, 256, 258, 263, 264, 267, 268, 270, 275, 276, 277, 278, 279, 290, 293, 295, 296, 300, 303, 305, 309, 311, 313, 328, 329, 330, 334, 337, 338, 339, 343, 344, 346, 349, 350, 351, 369, 372, 374, 378, 386, 387, 392, 398, 404, 407, 410, 411, 437, 438, 443, 452, 475, 477, 480
finalité d'une institution juridique, 29, 92, 118, 122, 218, 307, 484
finalité de l'institution, 20, 56, 62, 77, 78, 79, 83, 91, 107, 111, 117, 124, 126, 128, 130, 131, 133, 135, 136, 152, 154, 156, 159, 160, 185, 203, 215, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 228, 232, 247, 270, 299, 301, 302, 303, 354, 390, 395, 396, 406, 409, 413, 415, 416, 419, 430, 432, 448, 451, 452
fonction sociale, 34, 45, 121, 156, 268, 286, 312, 319, 324, 329, 330, 338, 350, 351, 353, 357, 371, 372, 374, 377
fondement, 13, 15, 35, 41, 60, 76, 85, 86, 88, 94, 124, 128, 137, 138, 144, 162, 172, 176, 181, 187, 197, 201, 204, 205, 208, 220, 222, 231, 233, 237, 238, 239, 241, 243, 244, 245, 247, 254, 255, 256, 258, 259, 261, 264, 266, 270, 279, 299, 301, 316, 328, 332, 338, 343, 348, 349, 352, 354, 355, 358, 368, 371, 377, 387, 390, 395, 419, 426, 430, 436, 451, 468, 479
fraude, 11, 13, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 39, 41, 43, 50, 54, 55, 56, 60, 61, 64, 65, 68, 75, 76, 77, 78, 80, 83, 88, 112, 147, 149, 151, 156, 157, 162, 163, 165, 172, 174, 178, 180, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 197, 200, 202, 204, 205, 206, 207, 216, 217, 228, 233, 234, 245, 246, 252, 253, 255, 256, 258, 261, 262, 275, 277, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 292, 296, 297, 298, 300, 303, 304, 308, 310, 311, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 348, 349, 350, 351, 352, 354, 355, 357, 358, 359, 360, 366, 374, 380, 383, 389, 398, 400, 402, 405, 420, 421, 422, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 443, 444, 445, 446, 447, 449, 450, 452, 453, 455, 456, 461, 463, 464, 465, 466, 467, 469, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 482, 484, 485, 486
fraude à la loi, 19, 20, 22, 23, 24, 39, 43, 50, 54, 55, 56, 68, 76, 77, 88, 112, 156, 163, 172, 178, 180, 185, 186, 188, 189, 192, 193, 197, 200, 202, 206, 217, 228, 246, 258, 261, 262, 275, 277, 282, 283, 284, 285, 297, 300, 304, 308, 311, 325, 326, 327, 329, 330, 333, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 349, 350, 352, 354, 355, 357, 358, 359, 360, 374, 380, 383, 400, 402, 420, 421, 422, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 443, 444, 445, 452, 453, 455, 461, 463, 467, 469, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 482, 484, 485, 487
fraude aux droits des tiers, 41, 182, 187, 311, 469

G

grands-parents, 13, 23, 74, 75, 76, 79, 80, 91, 107, 152, 153, 212, 214, 226, 252, 326, 426

I

idée, 16, 24, 26, 27, 30, 31, 32, 33, 34, 37, 38, 39, 40, 41, 45, 49, 51, 94, 95, 96, 97, 100, 101, 102, 104, 105, 106, 109, 110, 111, 112, 113, 116, 117, 118, 120, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 135, 137, 143, 145, 146, 147, 149, 151, 154, 158, 166, 169, 188, 193, 194, 195, 196, 206, 219, 225, 230, 246, 258, 266, 267, 269, 273, 276, 281, 286, 289, 292, 293, 294, 296, 302, 311, 314, 315, 316, 317, 318, 320, 321, 324, 329, 334, 338, 339, 345, 349, 350, 351, 352, 355, 358, 364, 367, 370, 372, 373, 385, 389, 390, 395, 400, 404, 405, 406, 431, 441, 450, 451, 479, 481
inceste, 65, 162, 163, 439
institution, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 142, 143, 150, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 165, 166, 167, 169, 170, 171, 172, 173, 175, 176, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 188, 189, 190, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 291, 292, 293, 294, 295, 297, 299, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 317, 318, 319, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 335, 337, 338, 342, 343, 349, 352, 354, 355, 356, 358, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 374, 375, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 422, 425, 426, 428, 429, 430, 431, 432, 436, 437, 438, 439, 441, 442, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 451, 452, 453, 454, 455, 457, 459, 460, 461,

462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 484, 485, 487
institution juridique, 18, 28, 41, 47, 91, 92, 93, 99, 100, 101, 102, 103, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 117, 118, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 137, 138, 139, 156, 157, 175, 183, 193, 199, 205, 206, 214, 222, 229, 267, 273, 286, 297, 304, 325, 326, 360, 361, 362, 363, 365, 366, 383, 384, 387, 391, 392, 397, 398, 399, 422, 426, 438, 445, 447, 453, 482
instrument, 116, 128, 138, 139, 191, 192, 267, 268, 273, 282, 304, 306, 307, 349, 355, 358, 366, 385, 433, 438, 443, 455, 480, 482, 484
intention, 14, 24, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 51, 57, 65, 66, 77, 84, 86, 91, 120, 121, 122, 132, 136, 146, 150, 151, 153, 155, 159, 178, 188, 192, 200, 201, 219, 224, 225, 226, 228, 229, 230, 231, 232, 235, 236, 244, 250, 254, 271, 276, 291, 293, 297, 312, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 328, 334, 336, 339, 340, 350, 353, 355, 356, 357, 368, 373, 374, 394, 410, 411, 412, 415, 416, 418, 419, 425, 427, 432, 434, 438, 449, 450, 451, 452, 467, 472
intérêt de l'enfant, 14, 39, 62, 71, 73, 74, 82, 112, 153, 162, 168, 170, 171, 175, 176, 177, 179, 232, 302, 346, 381, 393, 476

J

juge, 10, 12, 13, 16, 18, 25, 27, 32, 37, 39, 53, 54, 55, 56, 71, 74, 77, 82, 91, 104, 113, 114, 115, 129, 130, 131, 133, 134, 135, 136, 146, 151, 170, 173, 175, 176, 177, 181, 188, 189, 196, 198, 201, 204, 205, 206, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 218, 219, 220, 223, 224, 228, 229, 237, 238, 240, 241, 242, 243, 245, 246, 248, 250, 251, 254, 255, 257, 266, 267, 270, 273, 274, 276, 277, 278, 280, 281, 287, 311, 312, 318, 319, 322, 323, 335, 338, 339, 343, 345, 348, 349, 350, 352, 354, 356, 358, 360, 364, 365, 366, 371, 374, 387, 388, 391, 395, 396, 420, 439, 446, 459, 461, 465, 466, 469, 472, 474, 477, 478, 479, 480, 484, 485, 486
juge des référés, 113, 114, 391
jugement d'adoption, 13, 328

L

législateur, 13, 15, 18, 19, 20, 27, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 44, 62, 64, 72, 76, 81, 86, 87, 102, 105, 114, 116, 121, 122, 123, 125, 128, 129, 130, 132, 135, 138, 144, 146, 148, 150, 151, 152, 154, 156, 158, 163, 165, 166, 171, 182, 185, 193, 194, 199, 204, 210, 211, 213, 214, 216, 218, 219, 220, 221, 231, 240, 241, 242, 264, 267, 268, 271, 272, 276, 280, 286, 300, 304, 310, 311, 314, 317, 318, 337, 339, 340, 341, 352, 353, 354, 356, 371, 377, 387, 389, 393, 399, 401, 405, 408, 449, 468, 485
légitimation par mariage, 162, 165, 167, 168
licenciement, 11, 12, 20, 52, 53, 54, 55, 56, 133, 140, 156, 157, 193, 198, 199, 200, 202, 204, 205, 206, 214, 220, 221, 223, 229, 238, 246, 254, 262, 265, 266, 305, 311, 326, 349, 386, 387, 388, 389, 390, 432, 441, 444, 455, 458, 459, 469, 477
liens de famille, 101, 115, 131

M

mariage, 16, 19, 21, 22, 27, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 51, 64, 65, 75, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 117, 125, 126, 131, 132, 135, 136, 137, 152, 153, 155, 156, 158, 159, 162, 163, 164, 165, 166, 168, 169, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 211, 215, 216, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 230, 231, 232, 235, 236, 238, 240, 244, 248, 249, 250, 252, 255, 256, 257, 258, 259, 261, 263, 264, 267, 268, 269, 270, 272, 275, 280, 283, 284, 286, 301, 305, 306, 333, 336, 342, 353, 365, 398, 400, 402, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 422, 426, 431, 435, 436, 437, 438, 442, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 466, 467, 472, 473, 474, 476, 479, 481, 485
mariage blanc, 84, 85, 104, 115, 177
maternités de substitution, 14, 15, 19, 71, 72, 73, 87, 160, 173, 174, 215, 225, 233, 238, 241, 247, 264, 267, 281, 284, 328, 352, 365, 430, 485
mécanisme, 17, 18, 22, 24, 25, 28, 33, 69, 90, 92, 93, 95, 98, 99, 101, 109, 116, 118, 121, 128, 135, 138, 141, 142, 148, 149, 150, 151, 177, 179, 214, 215, 222, 249, 267, 273, 283, 284, 285, 286, 287, 290, 292, 293, 294, 296, 312, 313, 315, 321, 325, 332, 333, 336, 337, 347, 349, 350, 358, 360, 366, 377, 386, 392, 396, 406, 433, 474, 476, 484
mécanisme juridique, 93, 118, 135, 141, 142, 148, 149, 215, 283, 284, 285, 287, 290, 292, 294, 332, 333, 349, 358, 406, 474
mère porteuse, 14, 58, 68, 69, 70, 71, 73, 74, 88, 89, 157, 158, 166, 170, 256, 257, 264, 265, 302, 430
mineur, 117, 125, 135, 136, 140, 143, 144, 151, 175, 243, 253, 309, 328, 346, 475
mobile, 33, 118, 136, 146, 197, 219, 220, 299, 306, 321, 340, 353, 356, 357, 358, 368, 425
motif, 20, 42, 50, 60, 72, 73, 77, 114, 119, 121, 123, 124, 139, 160, 165, 186, 189, 200, 201, 203, 204, 205, 206, 212, 219, 244, 253, 256, 259, 296, 297, 299, 305, 322, 326, 340, 353, 354, 356, 386, 387, 389, 391, 414, 424, 431, 436, 440, 441
moyen, 15, 22, 24, 39, 40, 41, 45, 53, 55, 59, 66, 69, 71, 77, 83, 84, 85, 93, 99, 104, 117, 118, 119, 120, 124, 141, 144, 145, 153, 156, 162, 163, 165, 169, 173, 178, 182, 183, 188, 189, 192, 194, 196, 197, 198, 201, 218, 225, 226, 240, 242, 246, 249, 259, 261, 262, 263, 266, 270, 276, 277, 293, 295, 303, 310, 314, 324, 325, 326, 330, 335, 336, 337, 346, 349, 371, 379, 380, 387, 388, 402, 415, 419, 422, 427, 430, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 443, 444, 454, 463, 464, 472, 473, 474, 475, 477, 485

N

nationalité française, 50, 68, 81, 82, 83, 85, 91, 104, 136, 177, 181, 220, 221, 225, 230, 231, 232, 249, 256, 260, 263, 407, 409, 410, 413, 417, 419
Nouveau Code du travail, 52, 54, 56, 114, 198, 205
nullité, 43, 48, 49, 50, 51, 55, 56, 69, 70, 73, 74, 85, 86, 91, 117, 122, 134, 155, 174, 180, 181, 204, 216, 223, 236, 248, 251, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 281, 294, 295, 299, 301, 302, 346, 352, 365, 387, 389, 406, 409, 411, 416, 436, 443, 446, 448, 451, 452, 453, 459, 464,

466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 476, 477, 478, 479, 480, 485
nullité relative, 117, 467, 470, 471, 478

O

objectif, 31, 38, 41, 43, 45, 65, 94, 118, 119, 123, 129, 137, 146, 149, 190, 195, 198, 217, 219, 220, 221, 223, 224, 271, 288, 294, 312, 318, 328, 329, 331, 337, 344, 350, 356, 363, 364, 365, 366, 373, 375, 376, 384, 390, 394, 396, 397, 412, 428, 442, 449, 455, 461, 468, 469, 470, 471, 473
obligation, 18, 22, 33, 35, 77, 78, 94, 103, 113, 117, 119, 120, 144, 176, 181, 194, 196, 203, 206, 222, 235, 237, 240, 241, 259, 263, 273, 289, 290, 304, 325, 378, 427, 428, 463
obligation alimentaire, 113, 117, 181
officier d'état civil, 115, 249
ordre juridique, 28, 45, 93, 94, 95, 96, 122, 127, 139, 269, 271, 281, 292, 294, 296, 297, 350, 351, 354, 365, 372, 426, 428, 430, 433, 457, 469, 470, 474, 477, 478, 479, 480, 481, 483, 484
ordre public, 14, 45, 49, 51, 69, 70, 72, 85, 104, 115, 132, 156, 163, 171, 174, 204, 210, 242, 244, 256, 259, 260, 263, 264, 268, 269, 270, 272, 273, 276, 277, 300, 302, 303, 304, 305, 327, 329, 333, 365, 387, 428, 432, 437, 439, 458, 464, 476, 479, 481

P

parenté, 59, 63, 70, 75, 78, 79, 115, 162, 171, 233, 329, 349, 414
période d'essai, 57, 115, 156, 157, 197, 198, 199, 200, 201, 254, 286, 405, 458
politique juridique, 138, 139
préjudice, 38, 54, 55, 56, 57, 85, 122, 142, 144, 150, 178, 184, 186, 261, 264, 286, 287, 294, 295, 296, 313, 324, 334, 368, 391, 424, 425, 426, 459, 462, 467, 468, 469, 470, 471, 477, 478, 481
prérogative, 31, 38, 40, 41, 42, 121, 134, 135, 141, 142, 146, 148, 151, 153, 199, 201, 238, 271, 286, 287, 289, 292, 293, 294, 297, 316, 318, 319, 321, 323, 334, 337, 338, 339, 341, 347, 356, 357, 362, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 389, 390, 391, 392, 393, 401, 405, 424, 441, 470, 471
propriété, 10, 32, 33, 34, 42, 93, 101, 107, 110, 111, 118, 121, 124, 125, 183, 187, 222, 275, 279, 289, 300, 305, 317, 324, 363, 364, 382, 391, 395, 400, 444, 468

R

régime de communauté légale, 183
régime de communauté réduite aux acquêts, 183
régime matrimonial, 105, 117, 180, 182, 183, 184, 378, 402, 411, 412
régimes matrimoniaux, 110, 182, 183, 184, 245, 283, 310, 311, 364, 402, 405
règle de droit, 17, 36, 73, 80, 81, 94, 95, 98, 100, 108, 109, 112, 120, 123, 126, 156, 157, 162, 163, 165, 167, 170, 222, 272, 276, 279, 281, 286, 299, 307, 326, 329, 330, 333, 334, 340, 349, 350, 355, 360, 363, 365, 371, 397, 398, 399, 400, 405, 426, 427, 428, 429, 431, 437, 439, 441, 472, 473

S

sanction, 13, 16, 18, 23, 25, 35, 49, 56, 74, 76, 77, 78, 86, 100, 109, 115, 130, 138, 141, 171, 177, 178, 186, 187, 201, 203, 204, 208, 209, 214, 220, 224, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 251, 252, 253, 254, 255, 257, 258, 260, 261, 262, 263, 265, 266, 273, 274, 276, 279, 287, 289, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 311, 315, 328, 329, 330, 332, 335, 342, 343, 345, 346, 348, 349, 350, 352, 353, 354, 355, 358, 370, 387, 388, 395, 412, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 426, 429, 430, 434, 440, 443, 445, 452, 453, 454, 456, 459, 461, 462, 464, 465, 466, 467, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481
sanction du détournement d'institution, 13, 74, 115, 138, 204, 208, 220, 238, 239, 240, 241, 244, 247, 253, 255, 258, 261, 262, 274, 328, 352, 355, 419, 421, 426, 429, 470, 473, 479, 480
société, 10, 19, 21, 33, 34, 45, 56, 57, 73, 93, 94, 99, 101, 109, 112, 120, 122, 123, 125, 126, 137, 141, 143, 149, 151, 153, 154, 158, 172, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 196, 198, 200, 229, 237, 242, 243, 257, 258, 263, 266, 268, 271, 275, 277, 279, 309, 310, 311, 318, 324, 327, 363, 364, 371, 374, 378, 388, 399, 405, 416, 443, 453, 454, 455, 460, 461, 462, 463, 467, 471, 482
subrogation, 183
système, 11, 19, 26, 46, 58, 67, 73, 74, 97, 105, 114, 116, 117, 122, 123, 125, 126, 127, 137, 138, 143, 171, 192, 193, 206, 241, 261, 264, 266, 267, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 280, 282, 283, 292, 296, 301, 304, 305, 320, 321, 325, 337, 344, 345, 349, 350, 351, 352, 355, 359, 364, 379, 390, 426, 482, 484, 485
système juridique, 11, 19, 26, 46, 97, 105, 115, 117, 123, 137, 192, 261, 264, 270, 271, 272, 273, 274, 276, 282, 283, 292, 296, 301, 304, 320, 325, 337, 349, 350, 351, 352, 355, 359, 364, 379, 426, 482, 484

T

technique juridique, 40, 99, 102, 125, 137, 138, 139, 140, 222, 270, 329, 351, 363, 399, 457
tierce opposition, 13, 60, 61, 66, 75, 78, 107, 178, 181, 233, 234, 240, 246, 248, 251, 252, 253, 328, 341, 414, 430, 431, 436
tuteur, 117, 144, 167, 194, 199, 230, 237, 290

U

unité économique et sociale, 188, 190

V

vente, 117, 183, 191, 230, 377, 422, 444, 445, 446, 453, 461
volonté, 32, 44, 48, 49, 50, 53, 66, 67, 68, 86, 94, 96, 102, 105, 106, 108, 119, 120, 123, 127, 133, 137, 138, 139, 142, 144, 150, 152, 159, 162, 167, 177, 178, 181, 182, 188, 189, 196, 204, 218, 222, 223, 224, 225, 231, 232, 243, 245, 268, 269, 270, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 281, 300, 301, 302, 307, 326, 327, 335, 338, 340, 341, 351, 354, 366, 374, 375, 381, 382, 385, 386, 387, 388, 394, 404, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 416, 417, 418, 419, 420, 428, 431, 433, 439, 448, 449, 450, 451, 453, 454, 458, 483

volonté individuelle, 127, 133, 137, 138, 139, 269, 281, 327, 449

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

Ouvrages de droit privé et public

- AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 2e éd., T. I, 1843
- AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5ème éd., T. 6, Paris, 1920, par Emile BARTIN
- AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, T. VI-2, 8ème éd., 1989, par DEJEAN DE LA BATIE
- AUBRY et RAU, *Droit civil français*, T. 6, 6ème éd., par Paul ESMEIN, Librairies Techniques Juris-Classeurs, 1951
- AUBY et DRAGO, *Traité de contentieux* administratif, T. II, 3ème éd., 1984
- BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul), Traité de droit international privé, Tome 1, 8ème édition, LGDJ, 1993
- BENABENT (Alain), *Droit civil. La famille*. 10ème éd., Litec, 2001
- BENABENT (Alain), *Droit civil. Les Obligations*, 11ème éd., Monchrétien, 2007
- BENABENT (Alain), *La liberté individuelle et le mariage,* RTD civ. 1973, n°3, p. 443
- BERGEL (Jean Louis), *Théorie générale du Droit*, 4ème éd., Dalloz, 2003
- BEUDANT (Robert) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (Paul), T. IX bis, *Les contrats et les obligations*. Paris, 1952, par René RODIERE
- BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, T. IX bis, par R. RODIERE, Paris, 1952
- BONNARD (Jérôme), *Introduction au Droit*, 3ème édition, Ellipses, éd. Marketing SA, 2004
- BONNECASE (Julien), *Introduction à l'étude du Droit. Notions élémentaires*, 3ème éd., Sirey, 1939
- BONNECASE (Julien), *Introduction au Droit. Le problème du Droit devant la Philosophie, la Science et la Morale*, Sirey, 1926
- BONNECASE (Julien), *La science du droit civil. Considérations sur son état présent*, Rev. Gén. Droit 1931, p. 175
- BONNECASE (Julien), *Où en est le droit civil ?* Cahiers de la nouvelle journée, IV, 1925

- BONNECASE (Julien), *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de G. BAUDRY-LACANTINERIE,* T. I, Sirey, 1924,

- BONNECASE (Julien), *Supplément au Traité théorique et pratique de G. BAUDRY-LACANTINERIE,* T. III, Sirey, 1926

- BONNECASE (Julien), *Un nouvelle mystique. La notion d'institution,* Revue générale de droit 1932, p. 135 et s.

- BORE (Jacques , Louis), *La cassation en matière civile,* Dalloz Action, 2009

- BRETHE DE LA GRESSAYE (Jean), Recueil Dalloz, 1973 , v. Institution, n°1

- BRETHE DE LA GRESSAYE (Jean), LABORDE-LACOSTE (Marcel), *Introduction au Droit,* Sirey, 1947

- BUFNOIR (Claude), *Propriété et contrat, Propriété et contrat. Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations,* Paris, 1900

- CAMPION (L.), *De l'exercice anti-social des droits subjectifs. La théorie de l'abus des droits,* Paris/Bruxelles, 1925

- CAPITANT (Henri), *De la cause des Obligations,* Dalloz, Paris, 1923

- CARBONNIER (Jean), *Droit civil, Les Biens. Les Obligations*, Vol. 2, Quadrige, PUF, 2004

Droit civil, Les Obligations, T. 4, 15ème éd., novembre 1991

Droit civil, T. I, La famille, PUF, 14e éd. rev. et mise à jour, 1991

Droit civil. Introduction, 25ème éd. refondue, PUF, 1997

Droit civil. Introduction, Les Personnes, La Famille. Vol. 1, Quadrige, PUF, 2004

Droit Civil. Les Personnes. T. 1, PUF, coll. Thémis, 20ème éd. Mise à jour, 1996

Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, 10ème éd., LGDJ, 2001

Sociologie juridique, 2ème édition, Quadrige, PUF, 2004

- CHAPUS (René), *Droit administratif général*, T. I, 14ème éd., Montchrétien, 2000

- CICERON, *Topiques*, 23, 90, *Institution*

- COLIN (Ambroise) et CAPITANT (Henri), *Cours élémentaire de droit civil français*, T. II, 10ème éd., par Léon JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 1948

- CORNIL (Georges), *Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée*, Paris, 1924

- CORNU (Gérard), *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 12ème éd., Domat Droit, Montchrétien, 2005

- CORNU (Gérard), *Linguistique juridique*, 3ème éd., Montchrétien, 2005

- CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Mise à jour, PUF, 2007

- COULOMBEL (Pierre), *Introduction à l'étude du Droit et du droit civil*, LGDJ, 1969
- COUTURIER (Gérard), *Droit du travail. 1. Les relations individuelles du travail.* 3ème éd. mise à jour, PUF, 1996
- COZIAN (Maurice), VIANDIER (Alain) et DEBOISSY (Florence), *Droit des sociétés*, 14ème éd. Litec, 2001 et 21ème éd. Litec, 2008
- DE LAUBADERE (A.), VENEZIA (J.L), GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, T. I, 16ème éd., LGDJ, 2001
- DELMAS-MARTY (Mireille), *Droit pénal des affaires*, T. 2, 3ème éd. ref., PUF, 1990
- DEMOGUE (René), *Traité des obligations en général*, T. IV, *Source des obligations*, Paris, 1924
- Dictionnaire Berger de droit romain (Encyclopedic Dictionary of roman law, Adolf BERGER), American philosophical society, 1953
- DOCKES (Emmanuel), *Droit du travail*, Dalloz, Hypercours, 3ème éd. 2008
- DOCKES (Emmanuel), *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, Méthodes du droit, 2005
- DOUCHY-OUDOT (Mélina), Droit civil 1ère année. Introduction, personnes, famille, 5ème éd., Dalloz, Hypercours, 2009
- *Droit de la famille*, sous la direction de Pierre MURAT, Dalloz Action, 2008
- D*roit des médias*, sous la direction de Charles DEBBASCH, Dalloz 2002
- DU PASQUIER (Claude), *Introduction à la théorie général et à la philosophie du Droit*, 3ème éd., Delachaux et Niestlé SA, 1948
- Etude du Conseil d'Etat, *La révision des lois de bioéthique*, 6 mai 2009, p. 47 et s.
- FLOUR et AUBERT, *Les Obligations. Le fait juridique*, 13ème édition, par Éric SAVAUX, Dalloz, 2009
- FREUND (G.), Grand dictionnaire de la langue latine (Trad. N. THEIL, T.2, MDCCCLXII)
- GAILLARD (Emmanuel), *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985
- GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, T. V, 3ème éd., Sirey, 1924
- GAUDEMET (Y.), *Rép. cont. adm. Dalloz, v. détournement de pouvoir et de procédure*, 1989
- GENY (François), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1ère éd. PARIS, Octobre 1899
- GENY (François), *Science et technique en droit privé positif*, T. III, Sirey, 1921
- GHESTIN (Jacques), GOUBEAUX (Gilles.), *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994
- GHESTIN (Jacques), *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3ème éd., LGDJ, 1993

- GIBRILA (Deen), *Société. Dispositions générales. Nullité de société, d'actes ou de délibérations.* Jurisclasseur sociétés, 11, 1999, art. 1832 à 1844-17, fasc. 80
- GIFFARD, *Précis de Droit romain,* T.I, 4e éd., Dalloz, 1951
- GOY (R.), *La notion de détournement de procédure*, Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN, Cujas, 1975
- GRIDEL (Jean-Pierre), *Notions fondamentales du droit et droit français. Introduction. Méthodologie. Synthèses*, Dalloz, 1992
- GUILLIEN (Raymond) et VINCENT (Jean), *Lexique de termes juridiques*, 17ème éd., par Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER, Dalloz, 2010
- HAUSER (Jean), HUET-WEILLER (Danièle), Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille, 2ème édition, LGDJ, 1993
- HAURIOU (Maurice), *Principes de droit public*, Sirey, 1910
- IHERING (Rudolf VON), *L'esprit du Droit romain dans les différentes phases de son développement*, Trad. O DE MEULENAERE, 3e éd. revue et corrigée, T. 1, 1936
- IHERING (Rudolf VON), *L'Evolution du Droit (Zweck in Recht).* Trad. Sur la 3ème éd. Allemande par O. DE MEULENAERE, PARIS, Librairie A. Marescq, 1901
- JOSSERAND (Louis), *De l'abus des droits*, Paris, 1905
- JOSSERAND (Louis), *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits,* 1ère éd., Dalloz, 1927
- JOSSERAND (Louis), *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits* ; 2ème éd., Dalloz, 1939
- LARGUIER (Jean) et CONTE (Philippe), *Droit pénal des affaires*, 11ème éd., A. Colin, 2004
- LARROUMET (Christian), *Introduction à l'étude du droit privé*, T. 1, 5ème éd., Economica, 2006
- LAURET (Bianca), *Droit pénal des affaires, 7*ème éd., Economica, 2001
- LE TOURNEAU (Philippe) et CADIET (Loïc) *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 2008
- LEAUTE (Jacques), *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français,* Sirey, 1946
- LEGAL (Alfred) et BRETHE DE LA GRESSAYE (Jean.), *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées* Sirey, 1938
- LEVY (E.), *Les fondements du droit,* Paris, Alcan, 1933
- LONG (Marcel), WEIL (Prosper), BRAIBANT (Guy), DELVOLVE (Pierre), GENEVOIS (Bruno), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17ème éd. Dalloz, 2009

- MALAURIE (Philippe) et AYNES (Laurent), *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Cujas, 1989 et 3ème éd. Defrénois 2008

- MALAURIE (Philippe) et AYNES (Laurent), *Droit civil, La famille,* par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, 3ème éd., Defrénois, 2008

- MALAURIE (Philippe) et AYNES (Laurent), *Droit civil. Introduction générale*, par Philippe MALAURIE et Patrick MORVAN, Defrénois, 2004

- MARTY et RAYNAUD, *Droit civil. Les Obligations*, 2ème éd., T. I, Les sources, Sirey, 1988

- MAYER (Pierre), HEUZE (Vincent), *Droit international privé*, 9ème éd., Montchrétien, 2007

- MAZEAUD (Henri , Léon et Jean), *Leçons de droit civil, Obligations,* T. II, vol. I, 9ème éd., par F. CHABAS, Montchrétien, 1998

- MAZEAUD (Henri et Léon) et TUNC (André), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, T. I, 6ème éd., Montchrétien, 1965

- MERLE (Roger) et VITU (André), *Traité de Droit criminel, Droit pénal spécial*, par A. VITU, T. 2, Cujas, 1982

- MESTRE (Jacques), PUTMAN (Emmanuel) et BILLAU (Marc), *Traité de droit civil. Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996

- MIAILLE (M.), *Une introduction critique au Droit*, F. MASPERO, 1982

- ODENT (Raymond), *Contentieux administratif*, T.VI, Les Cours du Droit, Paris, 1950

- PELISSIER (Jean), SUPIOT (Alain), JEAMMAUD (Antoine), *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24ème éd., 2008

- PERELMAN (Chaïm), *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*.2ème éd. Dalloz, Méthodes du droit, 1979

- PERROT (Roger), *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953

- PETIT (Bruno), *Introduction générale au Droit*, 6ème éd. 2006, Presses Universitaires de Grenoble

- PLANIOL (Marcel) et RIPERT (Georges), *Traité pratique de droit civil français*, 2e éd., T.I, *Les personnes,* par René SAVATIER, LGDJ, 1952

- PLANIOL (Marcel) et RIPERT (Georges), *Traité pratique de droit civil français*, 2e éd., T. 2, *La famille*, par A. ROUAST, LGDJ, 1926

- PLANIOL (Marcel) et RIPERT (Georges), *Traité pratique de droit civil français*, 2ème éd., T. VI, Obligations, par P. ESMEIN, LGDJ, 1952

- PLANIOL (Marcel), *Traité élémentaire de droit civil*, 9ème éd., T. 2, Paris, 1923

- RABELAIS (François), *La vie très horrifique du Grand Gargantua, père de Pantagruel*, publié en 1534

- RASSAT (Michèle-Laure), *Droit pénal spécial. Infractions de et contre les particuliers*, 5ème édition, Précis Dalloz, 2006

- REGOURD (Serge), *Droit de la communication audiovisuelle*, PUF, coll. Droit fondamental, 1ère éd., 2001

- RENARD (Gabriel), *La théorie de l'Institution. Essai d'ontologie juridique*, 1er volume, Sirey, 1930

- RENARD (Georges), *La philosophie de l'Institution*, Sirey, 1939

- RIPERT (Georges) et BOULANGER (Jean), *Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol.* Tome II, Obligations. Droits réels. LGDJ, 1957

- RIPERT (Georges), *Abus ou relativité des droits*, Rev. crit. lég. et jur. 1929, p. 33 et s.

- RIPERT (Georges), BOULANGER (Jean), *Traité de droit civil,* d'après le Traité de Planiol, T. II, Paris, 1957

- RIPERT (Georges), *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1925

- RIPERT (Georges), *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2ème édition, LGDJ, 1948

- RIPERT (Georges), *Les forces créatrices du droit*, 2ème éd., LGDJ, 1955

- RIVERO (Jean), WALINE (Jean), *Droit administratif,* 21ème éd., Précis Dalloz, 2006

- ROLAND (Henri), BOYER (Laurent), *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999

- ROMANO (Santi), *L'ordre juridique*, trad. de la 2ème éd. Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT, Dalloz, 1975

- ROUBIER (Paul), *Droits subjectifs et situations juridiques*. Dalloz, 1963

- ROUBIER (Paul), *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2e éd. rev. et aug., Sirey, 1951

- SALEILLES (Raymond), *Etude sur la théorie générale de* l'obligation, 2ème éd., Paris, 1901

- SALVAGE-GEREST (Pascale) et SALVAGE (Philippe), *Droit pénal et sûretés*, Mélanges - LARGUIER, Presses Universitaires de Grenoble, 1993, p. 281 et s

- SAVATIER (René), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1ère série, Panorama des mutations, 3ème éd., Dalloz, 1964

- SAVATIER (René), *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2ème éd., Paris, 1951

- SERIAUX (Alain), *Droit des Obligations*, 2ème éd. mise à jour, PUF, 1998

- STARCK (Boris), ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent), *Introduction au Droit*, 5ème éd., Litec, 2000

- STARCK (Boris), ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent), *Obligations. T.I, Responsabilité délictuelle*, 5ème éd., Litec, 1996

- TERRE (François), FENOUILLET (Dominique), Droit civil. Les Personnes, la Famille, les Incapacités, 7ème éd. 2005, Précis Dalloz
- TERRE (François), *Introduction générale au Droit*, 7ème éd., Dalloz, 2006
- TERRE (François), SIMLER (Philippe), LEQUETTE (Yves), Droit civil. Les Obligations, 10ème éd. 2009, Précis Dalloz
- TRUCHET (Didier), La notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, LGDJ, 1977
- VEDEL (Georges), DELVOLVE (Pierre), *Droit administratif,* PUF, T.II, 11ème éd. rev. et corr., 1990
- VERON (Michel), *Droit pénal spécial,* 12ème éd., Sirey, 2008
- VINCENT (Jean), GUINCHARD (Serge), *Procédure civile*, 27ème éd., Dalloz, 2003
- VINEY (Geneviève), Patrice JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité.* 3ème éd., LGDJ, 2006
- WEILL (Alex), TERRE (François), *Droit civil. Les Obligations.* 2ème éd., Précis Dalloz, 1975

THESE ET MEMOIRES

- ALBIGES (Christophe), *De l'équité en droit privé,* LGDJ, 2000
- ALTABERT (Victor), *Comparaison entre les théories jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoir en droit public*, Thèse Dijon, 1951
- AUDIT (Bernard), *La fraude à la loi,* Dalloz, 1974
- BERAUDO (J. P), *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, LGDJ, 1992
- COSTE-FLORET (Alfred), *La nature juridique du mariage*, Thèse Montpellier, Sirey, 1935
- COUTELAN (Jean), *Le détournement du pouvoir de police dans l'intérêt financier de l'administration,* Thèse, Paris, 1947
- DAGOT (Michel), *La simulation en droit privé*, LGDJ, 1967
- DEBOISSY (Florence), *La simulation en droit fiscal*, LGDJ, 1997
- DESPAX (Michel), *L'entreprise et le droit*, thèse, Toulouse, LGDJ, 1956
- DESQUEYRAT (André), *L'institution, le droit objectif et la technique positive. Essai historique et doctrinal*, Thèse, Sirey, 1933
- HALLOUIN (J.C.), L'anticipation, contribution à l'étude de la formation des situations juridiques, Thèse Poitiers. 1979
- JANNOT (R.), *De la responsabilité civile par suite de l'abus de droit,* Thèse, Dijon, Paris, 1906

- LAPARRE (Etienne), *La théorie de l'abus de droit et la théorie du détournement de pouvoir*, Thèse, Paris, 1913
- LEINSTER (Rémy) , *Efficacité et imperfection de l'incrimination de l'abus de confiance dans le droit des affaires*, Thèse, Nancy, 1980
- LEMEE (Jacqueline), *Essai sur l'abus de droit*, Thèse Paris XII, 1977
- LIGEROPOULO, *Le problème de la fraude à la loi*. Thèse, Aix, 1928
- LOKIEC (Pascal), *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004
- MOINE (Isabelle), *Les choses hors commerce, Notion et Régime*, Dijon, 1993
- MORACCHINI-ZEIDENBERG (Stéphanie), *L'abus dans les relations de droit privé*, Thèse, Bordeaux IV, 2002, p. 433 et s.
- MOULY (Jean), *La fraude à la loi en droit du travail*, Thèse, Limoges, 1979
- PORCHEROT (Ernest), *De l'abus de droit*, DIJON, 1901
- RAYNAUD (Pierre), *La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la Théorie Générale du Patrimoine*, thèse, Sirey, 1934
- REYNAUD (Lucien Henri Camille), *L'abus du droit*, Thèse, Paris, 1904
- SAVATIER (René), *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Paris, 1916
- TEISSEIRE (Raymond), *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, Paris, 1901
- TIRLEMONT (Paul), *Etude sur la nature juridique de la grève et sur l'abus du droit de grève par les ouvriers et par leurs syndicats*, Thèse, PARIS, 1904
- VAUVILLE (Frédéric), *Les pouvoirs concurrents en droit de la famille*, Thèse, Lille II, 1991
- WERTHE-TALON (Séverine), *Les droits discrétionnaires*, Thèse, Dijon, 2003
- WITZ (Claude), *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1980

ARTICLES

Articles généraux

- AMAUGER-LATTES (Marie-Cécile), *La faute du salarié*, D. 2001, chron., p. 2698
- ANCEL (Pascal), *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle*, JCP 1998, éd. E, n°6, p. 32

- ANTONMATTEI (Paul-Henri), *Le concept de groupe en droit du travail.* In *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, sous la direction de Bernard TEYSSIE, Editions Panthéon-Assas, LGDJ, 1999, p. 12 et s.
- ARSEGUEL (A.) et ISOUX (P.), *Les nouvelles frontières entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise.* In Les collaborateurs de l'entreprise : salariés ou prestataires de service ? Travaux de l'Institut de Droit des Affaires. PU Aix-Marseille III, 1995, p. 9 et s.
- ATIAS (C.) et D. LINOTTE (C.) , le mythe de l'adaptation du droit au fait : D. 1977, chr., p. 251
- AUBERT (Jean-Louis), Defrénois 1990, art. 34802, p. 744
- BARTHOUIL (Tanguy), *La filiation contractuelle : épilogue ou moratoire ? (Commentaire de l'arrêt du 31 mai 1991 de l'assemblée plénière de la Cour de cassation)*, RRJ 1991, 3, p. 846
- BASDEVANT-GAUDEMET (Brigitte), *Un contrat entre l'homme et le femme ? Quelques points à travers l'histoire en occident*, p. 17 et s, spéc., p.33, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001
- BEHRENS (O.), *Anthropologie juridique de la jurisprudence classique romaine*, Rev. Hist. Droit, n°68, juillet/septembre 1990, p. 337 et s., p. 352/353
- BENAC-SCHMIDT (F.) et LARROUMET (C.), Encyclopédie Dalloz de droit civil, *Responsabilité du fait d'autrui*, 1999
- BERNIGAUD (Sylvie), Les diverses filiations et les reconnaissances mensongères, Petites affiches, 3 mai 1995, n°53, p. 97
- BIEVER (Robert), in *L'abus de droit et les concepts équivalents*, Actes du colloque de droit européen. Luxembourg, 6-9 novembre 1989, Strasbourg, 1990, p. 16
- BLAISE (Henry), note JCP 1990, II, 21445
- BOSSE-PLATIERE (Hubert), *La présence des grands-parents dans le contentieux familial*, JCP 1997, I, n°4030, p. 267 et s.,
- BOSSE-PLATIERE (Hubert), *Le pacte civil de solidarité à égalité avec le mariage ?* Note sous CE, 28 juin 2002, JCP 2003, I, n°101, p. 16.
- BOUAZIZ (Paul), *Du pouvoir souverain vers un droit disciplinaire*, Droit ouvrier, décembre 1982, p. 449 et s.
- BOUAZIZ (Paul), *Fraude à la loi et licenciement pour motif économique*, Droit ouvrier, avril 1985, p. 121 et s.
- BREDIN (Jean-Denis), *Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé*, RTD. civ. 1956, p. 261

- BRODERICK (J. A.), *La notion d'institution de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français,* Arch. Phil. Du droit, n°13, 1968, p. 159
- BYK (Christian), *La loi relative au respect du corps humain,* JCP 1994, I, 3788
- CADIET (Loïc) et LE TOURNEAU (Philippe), *Abus de droit,* Rép. Dalloz de droit civil Rép. Civ. Dalloz, 1992, 2002, 2008
- CALAIS-AULOY (Jean), *L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit commercial français*, p. 221 et s.
- CALAIS-AULOY (M. T.), *De la limite des libertés à l'inutilité de la notion d'abus de droit. La notion de liberté privilégiée*, Petites Affiches du 13 décembre 1991, n°3, p. 12.
- CALBAIRAC (G.). Considérations sur la règle "*fraus omnia corrumpit*''. D. 1961, p. 169 et s.
- CATALA (Pierre), *Proposition de loi relative aux droits du conjoint survivant*, JCP 2001, Actualité, p. 861 et s.
- CEZAR-BRU et MORIN, *La faute, le risque et l'abus du droit,* Ann. Fac. Dr. Et des Lettres d'Aix, T. II, 1906, p. 91 et s.
- CHAMPENOIS-MARMIER (M. P.), *Filiation, généralités,* au Jurisclasseur civil, art. 343 et s., fasc. 2, 1985
- CHARMONT (Jean), *L'abus de droit*, RTD civ. 1902, p. 113 et s.
- CHEVALLIER (Jacques), *L'analyse institutionnelle, in L'institution (ouvrage collectif),* PUF, 1981
- CHEVALLIER-DUMAS (Françoise), *La fraude dans les régimes matrimoniaux,* RTD civ. 1979, p. 40 et s.
- CHIREZ (A.), *La licéité des opérations de fourniture de main-d'œuvre* in Les collaborateurs de l'entreprise : salariés ou prestataires de service ? Travaux de l'Institut de Droit des Affaires. PU Aix-Marseille III, 1995, p. 68
- COHEN (Daniel), *La légitimité des montages en droit des sociétés.* In *L'avenir du droit,* Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF,1999, p. 261
- COMMAILLE (Jacques), *Repenser politiquement le droit de la famille. L'exemple de l'homosexualité,* AJ Famille 11/2006, p. 401 et s.
- CONTIN (Raphaël) et HOVASSE (Henri), *L'autonomie patrimoniale des sociétés. Réflexions sur les finalités d'une organisation juridique des groupes*, D. 1971, chron., p. 197 et s., spéc. n°16 et s., p. 201
- COURTIEU (Guy), *Abus de droit et abus de pouvoir*, Jurisclasseur civil, article 1382 à 1384, 1997, 2005

- COURTIEU (Guy), *Abus de droit. Notion*, Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386, fasc. 131-1, 1997 et fasc. 131-10, 2005
- COURTIEU (Guy), *Abus du droit d'agir en justice,* Jurisclasseur civil, Art. 1382 à 1386, fasc. 131-30, 2005

- CORPART-OULERICH (Isabelle), *De l'intention matrimoniale ou le mariage était en blanc,* Gaz. Pal. 21 octobre 1993, Doct., 1257
- CUCHE (Paul), *Manifestations nouvelles d'autorité dans la vie sociale par le développement de l'institution*, Semaine sociale Lyon, Paris-Lyon, 1926
- CUQ (Edouard), *Institutions juridiques des Romains*, LGDJ, 1891
- DABIN (Jean), *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952
- DABIN (Jean), *Théorie générale du Droit*, nouvelle éd., Dalloz, 1969
- DE LA MARNIERRE (E.S.), *Commentaire de la loi 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption*, JCP 1966, I, 2028
- DE MONREDON (Emmanuel), *L'adoption aujourd'hui*, JCP 1992, I, 3607, n°15, p. 362
- DE MUNAGORRI (Rafael Encinas), *Qu'est ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social* ; D. 2004, chron., p. 711
- DELEVOYE (Jean- Paul), Le Monde, 21 octobre 2009, *Le sentiment d'injustice chez nos concitoyens inquiète par son ampleur*.
- DELOS (J. T.), *La théorie de l'institution. La solution réaliste du Problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif*, Arch. Phil. Droit 1931, p. 97 et s.
- DELOS (J. T.), *Les buts du droit : bien commun, sécurité, justice*. 3ème annuaire de l'institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1938, p. 36
- DESPAX (Michel), *Groupe de sociétés et institutions représentatives du personnel*, JCP 1972, I, 2465
- DESSERTEAUX (Marc), *Abus de droit ou conflit de droits*. RTD civ 1906, p. 119 et s.
- DETRAZ (Stéphane), *Rémanence et renaissance d'une institution : de la contrainte par corps à la contrainte judiciaire. Commentaire de l'article 198 de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*. Droit pénal, octobre 2004, p. 11 et s.
- Emmanuel DOCKES (Emmanuel), La finalité des grèves en question, Droit social sept/oct. 2006, p. 1 et s.
- DOROY (F.), *La vérité sur le faux travail indépendant*, Droit social 1995, p. 641
- DU MESNIL DU BUISSON (Godefroy), *Le juge de l'application des peines, entre le coupable et sa victime*, D. 1999, chron., p. 496 et s.

- DUMAS (Jean-Pierre), *La loi du 22 décembre 1976 sur l'adoption,* Defrénois 1977, 1ère partie, art. 31348, p. 417 François BOULANGER, *La toile de Pénélope ou le dernier visage de l'adoption après la loi du 22 décembre 1976,* JCP 1977, I, 2845

- DURRY (G.), *La conception jurisprudentielle de l'abus de droit,* RTD civ. 1972, p. 395 et s.

- ENCLOS (Philippe), *La requalification judiciaire de stages d'initiation à la vie professionnelle,* Droit social, juin 1991, p. 500 et s.

- FAVENNEC-HERY (Françoise), *S.I.V.P. et déclin du contrat de travail,* Droit social, juin 1988, p. 511 et s.

- FENOUILLET (Dominique), *Couple hors mariage et contrat,* p. 81 et s., spéc. p. 102, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001

- FENOUILLET (Dominique), *L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit*. Dr. Famille 2003, n° 29

- FIESCHI-VIVET (P.), D. 1989, somm. p. 203, spéc. p. 204

- FOULON-PIGANIOL (Claude-Isabelle), *Le mariage "simulé"*. RTD civ. 1960, p. 217 et s.

- FOULON-PIGANIOL (Claude-Isabelle), *Mariage simulé ou mariage à effets conventionnellement limités ?* D. 1965, chron., p. 14.

- GEORGEL (Jacques), *Jurisclasseur administratif,* fasc. 1152, 2, 1994

- GHESTIN (Jacques), *L'abus dans les contrats*. Gaz. Pal. 1981, 2, doct., p. 379 et s.

- GRIDEL (Jean-Pierre), chron. D. 1995, p. 275 et s.

- GRZEGORCZYK (Christophe), Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit, Archives de philosophie du droit, 1986, p. 282 et s.

- GURVITCH (Georges), *Les idées maîtresses de Maurice HAURIOU*, APD, 1931, p. 162

- HANNOUN (Charley), *Redressement et liquidation judiciaires, Dirigeants sociaux, Sanctions personnelles,* Jurisclasseur commercial, fasc. 2910, 1997

- HAURIOU (Maurice), *La théorie de l'Institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, Cahiers de la nouvelle journée, IV, 1925, p. 1 et s.

- HAURIOU (Maurice), note au Sirey 1905, 3, 17

- HAURIOU (Maurice), note au Sirey, 1910, p. 126 et s.

- HAURIOU (Maurice), *Police juridique et fond du droit*, RTD civ. 1926, p. 265 et s.

- JACOTOT (David) et BOURRIER (Christophe), *L'art de détourner la règle de droit : l'usage abusif de la période d'essai dans un contrat de travail à durée indéterminée*, D. 1996, chron., p. 343 et s.

- JAMIN (Christophe), *Typologie des théories juridiques de l'abus*. Rev. de la concurrence et de la consommation, cahier spécial, supplément juillet/août 1996, p. 7 et s.
- JEANDIDIER (Wilfrid), (*Jurisclasseur pénal, art. 314-1 à 314-4*, 2004
- JEANDIDIER (Wilfrid), *Droit pénal des Affaires*, 6ème éd., Précis Dalloz, 2005
- JESTAZ (Philippe), Encyclopédie Dalloz de droit civil, *Droit*, 1972
- JULIEN (Jérôme), Encyclopédie Dalloz de droit civil, *Responsabilité du fait d'autrui*, 2005
- KAYSER (P.), *Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle*, D. 1987, chron., p. 189
- KERBOURC'H (Jean-Yves), *Statut protecteur. Domaine d'application*, Jurisclasseur Travail Traité, vol. 3, fasc. 15-94, 2003
- *La fausse sous-traitance*. Guide d'intervention. DILTI, Juillet 2001, 4ème éd. mise à jour
- *La lutte contre le travail illégal et la fausse sous-traitance*, DILTI, Avril 2003
- LABBEE (Xavier), Le faux PACS et les vrais papiers, note sous Tribunal administratif de LILLE, 3 juillet 2002, D. 2004, J, p. 587 et s.
- LAMARCHE (Marie) et LEMOULAND (Jean-Jacques), « *Mariage* » in Répertoire Dalloz de droit civil, 2002
- LE BIHAN-GUENOLE (Martine), *La révocation de l'adoption*, JCP 1991, I, 3539
- *Le contrôle du spectacle vivant et enregistré. Guide méthodologique*. DILTI, octobre 2003, p. 17 et s.
- Le Monde du 30 mars 2009, (légalisation de la pratique des mères porteuses)
- LECUYER (Hervé), *Mariage et contrat* ,p. 57 et s., in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001
- LEFEBVRE (Charles), *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat ?* RHD, 1902, p. 300 et s.
- LEVENEUR (Laurent), *Introduction*, p. 6 in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001
- LOQUIN (Eric), *Le juif incapable*, in Le droit antisémite de Vichy. Le Genre Humain, 1996, p. 173
- LOQUIN (Eric), *Les principes républicains dans le Code civil. Réflexions sur la contribution du Code civil à l'émergence de principes républicains* ; in La République en droit français, sous la direction de Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, Economica, 1996, p. 240
- LYON-CAEN (Gérard), *La fraude à la loi en matière de licenciement*, Lég. social 1981, n°96, p. 34 ; Droit social, avril 1978, p. 67 et s.
- LYON-CAEN (Gérard), *Plasticité du capital et nouvelles formes d'emploi*, Droit social, Septembre-Octobre 1980, spéc n°3 et 8 et s.

- MARTIN (Raymond), *De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété*, RTD civ. 1975, n°10, p. 56 et s.
- MARTIN (Raymond), Les détournements de la procédure judiciaire, RTD civ. 2007, p. 723 et s.
- MARTY (Gabriel), *La théorie de l'Institution*, Annales Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse, T. XVI, fasc. 2, 1968
- MECARY (Caroline), *Homoparentalité : protection de l'enfant*, AJ Famille 11/2006, p. 398 et s.
- MICHAELIDES-NOUAROS (Georges), *L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil. Rapport général*. In *L'abus de pouvoirs ou de fonctions*. Travaux de l'Association Henri CAPITANT, T. XXVIII, 1977, Economica, 1980
- MORIN (Gaston), *L'abus du droit*, Revue de métaphysique et de morale 1929, p. 276 et s
- MORIN (Gaston), *Quelques observations critiques sur le concept de l'abus du droit. Etudes en l'honneur d'E. LAMBERT*, T. II, LGDJ, 1938, p. 467 et s.
- MORIN (Gaston), *Vers la réunion de la Technique juridique. Le concept d'institution*, APD 1931, p. 73 et s.
- MORVAN (Patrick), *Délit d'entrave*, Jurisclasseur Travail Traité, vol. 3, fasc. 15-92, 2000
- MURAT (Pierre), *Rattachement familial de l'enfant et contrat*, p. 145 et s., spéc. p. 149, in D. FENOUILLET et P. de VARENNES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001
- NEIRINCK (Claire), Filiation adoptive. Adoption plénière. Conditions préalables à l'adoption. Jurisclasseur civil, art. 343 et s., fasc. 20, 2003
- NEUER (J. J.), *Le contrat-institution, essai sur les modes de formation du contrat en droit privé*, Petites affiches, 19 juin 1995
- NICOLAS (Jacques), *L'exécution des relations de travail dans les groupes de sociétés : le regard de l'avocat.* In *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, sous la direction de - TEYSSIE (Bernard), Editions Panthéon-Assas, LGDJ, 1999, p. 65 et s.
- NICOLET (Jean), Rép. Dalloz Droit pénal, *Abus de confiance*,
- OPPETIT (Bruno), *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, JCP 1989, éd. suppl., n°5, p. 14 et s.
- OST (François), VAN DE KERCHOVE (Michel), *Le jeu, un paradigme pour le droit*, LGDJ, 1992
- OTTENHOF (Reynald), note sous Crim. 22 janvier 2003, Rev. Sc. Crim. 2003, p. 792

- PATARIN (Jean), *L'abus de pouvoirs ou de fonctions. Rapport de synthèse*, in Travaux de l'Association Henri CAPITANT, « l'abus de pouvoirs ou de fonctions », T. XXVIII, 1977, Economica, 1980, p. 529 et s.
- PELISSIER (Jean), *le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire*, Mélanges dédiés à Jean VINCENT, Dalloz, 1981, p. 273 et s.
- PHILIPPE (Catherine), *Volonté, responsabilité, filiation*, D. 1991, chron., p. 47
- PIGNARRE (Geneviève), *Sauf abus, l'employeur peut licencier un cadre pendant la période d'essai sans avoir à se justifier*, D. 1997, J., p 101 et s.
- PIROVANO (A.), *La fonction sociale des droits. Réflexions sur le destin des théories de JOSSERAND*, D. 1972, chron., p. 67
- POLLAUD-DULIAN (Frédéric), *Abus de droit et droit moral*, D. 1993, chron., p. 97
- POLLAUD-DULIAN (Frédéric), *Le droit moral en France, à travers la jurisprudence récente*, RIDA, juillet 1990, n°145, p. 127
- *Précis de réglementation sur le travail illégal*, DILTI (Délégation Interministérielle à la Lutte contre le Travail Illégal), 7ème éd., juillet 2002, Ministère des Affaires sociales, du travail et de la solidarité
- *Précis de réglementation sur le travail illégal*, précité, 6ème éd., septembre 1997, p. 43.
- PRELOT (Marcel), *La théorie de l'institution et la technique juridique*, Cahiers de la nouvelle journée, n°20, p. 207 et s.
- RAYMOND (Guy), *Jurisclasseur civil, Mariage, art. 180 à 193*, fasc. 100, 2001
- RAYMOND (Guy), note sous Cass. Civ. 20 novembre 1963, D. 1964, p. 467
- RAYNAUD (Pierre), *La réforme de l'adoption*, D. 1967, chron., n°31, p. 83
- RAYNAUD (Pierre), *l'enfant peut-il être objet de droit* ? D. 1988, chron., p. 109 et s.
- REBUT (Didier), Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386, Droit à réparation. Responsabilité du fait d'autrui. Domaine : responsabilité des commettants, fasc. 143, 1998
- RIVERO (Jean), *Apologie pour les "faiseurs de systèmes"*. D. 1951, chron., p. 99 et s., spéc., p. 102
- ROCHE (Thomas), FALCON DE LONGEVIALLE (Alice), *La notion de changement de finalité lors de l'utilisation d'éléments du corps humain à des fins scientifiques*, Gaz. Pal., 6,7 juin 2008, Actualité, p. 1468 et s.
- ROCHE (Thomas), *L'utilisation d'éléments et produits du corps humain à des fins de contrôle : une finalité en devenir*, http://www.village-justice.com/articles=5163, publication 20 mars 2009).
- ROSE (Jerry Sainte), *Vers une reconnaissance de l'homoparentalité ?* AJ famille 2006, p. 395 et s.

- ROTONDI (Mario), *Le rôle de la notion de l'abus du droit,* RTD civ. 1980, p. 66 et s.
- ROUAST (A.), *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés,* RTD civ. 1944, p. 1 et s.
- ROUBIER (Paul), *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs,* dans *Le rôle de la volonté dans le droit*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1957, p. 1 et s., spéc. p. 68/69
- SALEILLES (Raymond), *Rapport présenté à la première sous-commission de révision du Code civil, De l'abus de droit,* Bull. soc. Etudes lég. 1905, p. 339
- SALVAGE (Philippe), *Concours d'infractions. Concours idéal de qualification.* Jurisclasseur pénal, art. 132-1 à 132-7, fasc. 20, 2002
- SAVATIER (Jean), *L'unité économique et sociale entre personnes morales juridiquement distinctes,* Droit social, janvier 1986, p. 11 et s.
- SCIBERRAS (Jean-Christophe), *Le stagiaire dans l'œil du cyclone,* Droit social, décembre 1988, p. 795 et s.
- SERIAUX (Alain), *Droit naturel et procréation artificielle. Quelle jurisprudence ? ,* D. 1985, chron., p. 53
- SEVE (René), *L'institution juridique : imposition et interprétation,* Revue de métaphysique et de morale, n°3, 1990, p. 311 et s.
- SIMLER (Philippe), HILT (Patrice), Le « nouveau visage du Pacs : un quasi mariage », JCP 2006, Doctrine, p. 1495
- SOUWEINE (Carole), *Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal,* Mélanges LARGUIER, Presses universitaires de Grenoble, 1993, p.303 et s.
- THALLER (E.), *La méthode en droit commercial, in Les méthodes juridiques,* Paris, 1911, p. 146
- VAUVILLE (Frédéric), *La pratique de l'émancipation judiciaire ou l'ambivalence d'une institution marginale* ; D. 1990, chron. p. 283
- VEAUX (Daniel), *L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français,* in travaux de l'Association Henri Capitant, « l'abus de pouvoirs ou de fonctions », 1977. T. XXVIII, Economica, 1980, p. 77 et s.
- VERKINDT (Pierre-Yves), *L'exécution des relations de travail dans les groupes de sociétés*. In *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, sous la direction de Bernard TEYSSIE, Editions Panthéon-Assas, LGDJ, 1999, p. 42 et s.
- VIDAL (Roger), *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative,* Rev. dr. pub. 1952, p. 275
- VILLEY (Michel), *Essor et décadence du volontarisme juridique*, dans *Le rôle de la volonté dans le droit*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1957, p. 87 et s.

- WALINE (Marcel), *Qu'est-ce que le droit ?,* Année politique, octobre 1931, p. 358
- WAQUET (Philippe), *La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève,* chronique, RJS 3/95, p. 139 et s.

Détournement d'institution

- ATIAS (Christian), *Le contrat de substitution de mère,* D. 1986, chron., p. 67
- BOULANGER (François), *Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la* famille, JCP 1993, I, n°3665, p. 151 et s.
- FENOUILLET (Dominique), *Le détournement d'institution familiale*, Mélanges Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 237 et s.
- GOBERT (M.), *La maternité de substitution : réflexions à propos d'une décision rassurante*, Petites Affiches, 23 octobre 1991, n°32, p. 20
- GRILLET-PONTON (Dominique), *Le détournement fiscal de l'adoption simple : entre le cœur et la raison …*, Droit de la famille, janvier 1999, p. 6 et s.
- HAUSER (Jean), *Au mariage on peut tout trouver,* RTD civ. 1991, p . 296 et s
- HAUSER (Jean), *L'adoption à tout faire*. D. 1987, p. 205 et s.
- HAUSER (Jean), *Le droit de la famille et l'utilitarisme,* Mélanges TERRE, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 441 et s.
- HAUSER (Jean), obs. à la RTD civ. 1996, n°25, p. 382
- JESTAZ (Philippe), *Faux et détournement d'institution en droit français de la famille*, le faux en droit privé, sous la direction de Nicolas KASIRER, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Thémis, 2000, p. 1 et s.
- KIMMEL-ALCOVER (Anne), *les détournements de l'adoption,* Droit et société, vol. 29, 2000, p. 271 et s.
- MASSIP (Jacques), obs. Defrénois 1982, art. 32967, n°79
- MASSIP (Jacques), observations au Defrénois 1991, art. 35088, p. 950
- MASSIP (Jacques), observations au Defrénois 2004, n°38, 594
- RAYNAUD (Pierre), *Un abus de l'adoption simple, les couples adoptifs*. D. 1983, p. 39 et s.
- RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline), *La gestation pour le compte d'autrui,* D. 1985, chron., p. 147
- RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline), observations à la RTD civ. 1984, p. 307 ; RTD civ. 1990, p. 255
- RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline), *Procréations assistées et stratégies en matière de filiations,* JCP 1991, I, 3505, p. 183

- RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline), *Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption*, D. 1991, chron;, p. 209

JURISPRUDENCE

- Aix, 1ère ch., 29 avril 1988. JCP 1989, II, 21191, note Philippe PEDROT
- Aix, 6ème ch., sect. A, 5 septembre 2006, Droit de la famille, mars 2007, n°54, p. 26 et s., note Pierre MURAT
- Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 10 juin 1977, JCP 1977, II, 18730, conclusions *GULPHE*
- Assemblée Plénière, 4 mars 1983, *La fausse sous-traitance*. Guide d'intervention. DILTI, Juillet 2001, 4ème éd. mise à jour, Annexe n° 28
- Assemblée Plénière de la Cour de cassation, 19 mai 1988. D. 1988, p. 513, note LARROUMET ; Gaz. Pal. 1988, 2, p. 648, concl. DOWLING-CARTER
- Assemblée plénière de la Cour de cassation, 31 mai 1991, JCP 1991, II, 21752, obs. F. TERRE. D. 1991, p. 417 et s., note THOUVENIN. RTD civ. 1991, p. 517 ; Petites Affiches du 27/11/1991, p. 13 et s. note MASSIP et du 23/10/1991, p. 4 et s., note GOBERT, RRJ 1991, 3, p. 846, note Thierry BARTHOUIL
- Cass. ch. civ. 1er avril 1846, D.P 1846, I, p. 81, concl. DELANGLE
- CEDH E. B./ France, requête n°43546/02, JCP 2008, II, 10071, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; D. 2008, 2038, note P. HENNION-JACQUET
- Civ. 1ère, 20 janvier 1964. Gaz. Pal. 1964, I, 518 ; JCP 1965, II, 14, 035 ; RTD civ. 1964, 580 ; RTD civ. 1965, 117.
- Civ. 1ère 20 mai 1968, JCP 1968, II, 15686, 63
- Civ. 1ère 23 octobre 1973, Bull. civ., I, n°278 ; JCP 1974, II, 17689, DE LA MARNIERRE
- Civ. 1ère 10 juin 1981, Bull. civ. 1981, I, n°202 ; Defrénois 2002,I , 993, obs. MASSIP; RTDC civ. 1981, obs. NERSON et RUBELLIN-DEVICHI ; RTD civ. 1984, p. 303, obs. RUBELLIN-DEVICHI.
- Civ. 1 ère, 8 novembre 1982, Defrénois 1983, art. 33032, p. 443, note FLOUR et GRIMALDI, confirmant Paris, 26 juin 1981, Defrénois 1982, art. 32834, p. 258, note FLOUR et GRIMALDI. V. également obs. critiques PATARIN, RTD civ. 1982, 449 et RTD civ. 1983, 569.
- Civ. 3ème, 17 janvier 1984, Bull. civ., III, n°13
- Civ. 1ère 8 octobre 1985, Bull. civ. 1985, I, n°249, p. 224 ; RTD civ. 1986, p. 614, obs. PATARIN

- Civ. 21 juillet 1987, Defrénois 1988, art. 34186, p. 320, note Jacques MASSIP
- Civ. 1 ère , 13 décembre 1989, D. 1990, p. 273, rapport MASSIP ; JCP 1990, II, 21526, note SERIAUX ; Defrénois 1990, art. 34802, p. 743, obs. AUBERT
- Civ. 1ère 7 mars 1989, Gaz. Pal. 8 mars 1990, p. 131, note MASSIP ; Dalloz 1989, p. 477, note J. HAUSER
- Civ. 1ère, 26 juin 1990, JCP 1991, II, 21688, p. 210, note F. VAUVILLE.
- Civ. 1ère , 14 mai 1991, Bull. civ. 1991, I, n°157, p. 103; JCP 1991, II, 21760, note Frédéric POLLAUD-DULIAN; D. 1992, som. com., p. 15 ; RTD com. 1991, p. 592 et s., note André FRANCON ; RIDA 1992, p. 272, note Pierre SIRINELLI
- Civ., 1 ère 19 novembre 1991, Demoiselle Petit, Petites Affiches, 29 juillet 1992, n°91, p. 37, note J. MASSIP
- Civ. 1 ère 5 mai 1993, Bull. civ. ,I, n°156, p. 107, et RTD civ.1991, p. 296
- Civ. 1ère, 9 mars 1994, D. 1995, p. 275 ; D. 1995, J., p. 197 et s., note E. MONTEIRO, Petites Affiches 1994, n°116, p. 21, note MASSIP ; Petites Affiches 1994, n°155, p. 24, note X. DAVERAT
- Civ., 1 ère , 29 juin 1994, Bull. civ. , I, n°226 ; JCP 1994, 2153, p. 285 ; D. 1994, p. 581 ; JCP 1995, II, p. 15, note RUBELLIN-DEVICHI ; Gaz. Pal. 12-13 juillet 1995, n°193-194, somm. p. 60
- Civ. 1ère 28 février 1995 ; n° pourvoi 93-12774, www.legifrance.gouv.fr
- Civ. 1ère, 14 mai 1996, Bull. civ., n°204 ; RTD civ. 1996, p. 597, obs. Jean HAUSER
- Civ. 1ère 12 novembre 1998, n° de pourvoi 96-19701, www.legifrance.gouv.fr.
- Civ. 1ère, 19 janvier 1999 ; Dr. Famille 1999, n°23
- Civ. 1ère 16 février 1999, RTD civ. 1999, n°22, p. 372, obs. Jean HAUSER
- Civ. 1ère 8 juin 1999, Bull. civ., I, n°195, p. 128. RJPF 2000, 1/36, obs. J. VASSAUX ; Droit de la famille 1999, n°124, p. 18, note Pierre MURAT ; RTD civ. 1999, p. 610, obs. Jean HAUSER
- Civ. 1ère 6 juillet 2000, n° de pourvoi 98-10462 ; www.legifrance.gouv.fr.
- Civ. 1ère 24 octobre 2000, n° de pourvoi 98-19697, www.legifrance.gouv.fr.
- Civ. 2ème 5 juillet 2001, JCP 2002, II, 10139, note HOUTCIEFF
- Civ. 1ère 16 octobre 2001, Bull. civ., I, n°256, p.162 ; D. 2002, J., p. 1097, note François BOULANGER , Petites Affiches, 28 février 2002, n°43, p.21, note Jacques MASSIP ; Droit de la famille 2002, n°41, note P. MURAT
- Civ 2ème 7 mars 2002, RTD civ. 2002, p. 275, obs. Jean HAUSER
- Civ. 2ème 7 mars 2002, RTD civ. 2002, p. 276, obs. Jean HAUSER

- Civ. 1ère 28 octobre 2003, D. 2004, J., p. 21, note Jean-Pierre GRIDEL ; D. 2004, p. 2964, obs. J.J. LEMOULAND ; AJ Famille, p. 27, obs. F. BICHERON ; RJPF 2004, n°1, p. 19 ; Defrénois 2004, p. 143, obs. MASSIP ; Dr. Fam. 2004, n°15, note LARIBAU-TERNEYRE ; RTD civ. 2004,, n°8, p. 66, obs. Jean HAUSER

- Civ. 1ère, 9 décembre 2003, Bull. civ. 2003, I, n°252 ; Defrénois, 30 avril 2004, n°8, p. 592-594, note Jacques MASSIP

- Civ. 1ère, 6 janvier 2004 ; Bull. civ., I, n°2, p. 2. D. 2004, 362, concl. Sainte-Rose, note Vigneau ; somm. 1419, obs. Granet-Lambrechts ; JCP 2004, II, 10064, note LABRUSSE-RIOU ; I, 109, obs. RUBELLIN-DEVICHI ; Defrénois 2004, 594, obs. MASSIP ; AJ famille 2004, 66, obs. BICHERON ; Dr. Fam. 2004, n°16, note FENOUILLET ; RJPF 2004-3/34, note GARE ; RLDC 2004/3, n°107, note DEKEUWER-DEFOSSEZ ; Petites Affiches, 8 avril 2004, note VOISIN ; RTD civ. 2004, p. 75, obs. HAUSER ; Dr. Famille 2003, n° 29

- Civ. 1ère, 22 juin 2004, JCP 2005, II, 10006, p. 85, note Anne-France EYRAUD

- Civ. 1ère, 22 juin 2004, pourvoi n°02-10.136, Droit de la famille 2005, comm. 30, note Pierre MURAT

- Civ. 1ère, 25 janvier 2005. Gaz. Pal 2005, Somm., 2784 ; Jurinet, n° de pourvois 01-12.108 et01-12.109

- Civ. 1ère, 27 septembre 2005, D. 2006, J., p. 485 et s., note Théo HASSLER

- Civ. 1ère, 8 novembre 2005, D. 2006, J., p. 554

- Civ. 1ère 22 novembre 2005, Bull. civ. 2005, I, n°442, p. 369

- Civ. 1ère 24 février 2006, D. 2006, J., 897, note Vigneau ; pan. Jur, p. 1148, obs. GRANET ; p. 1421, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; Dr. Famille 2006, note MURAT ; AJ famille 2006, p. 159, obs. CHENEDE ; *Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? Réflexions sur « l'homoparentalité »*. Hugues FULCHIRON, p. 392 ; Caroline MECARY, *Homoparentalité : protection de l'enfant*, AJ Famille 11/2006, p. 398 et s.

- Civ. 1ère 28 février 2006, Bull. civ. 2006, I, n°125, p. 114

- Civ. 7 juin 2006, n° de pourvoi 05-15679, www.legifrance.gouv.fr.

- Civ. 1ère 11 juillet 2006 ; Bull. civ. 2006, I, n°384

- Civ. 1ère, 20 février 2007, D. 2007, AJ, p.721, obs. Christelle DELAPORTE-CARRE ; D. 2007, Etudes et commentaires, p. 1047 et s., note Daniel VIGNEAU

- Civ. 1ère, 13 mars 2007, Bull. civ., 2007,I, n°113

- Civ. 1ère 19 décembre 2007, Bull. civ. 2007, I, n°392 ; Dr. Famille 2007, n°28, note P. MURAT ; D. 2008, p. 1028, obs. L. MAUGER-VIELPEAU, JCP 2008, II, 10046, note Y. FAVIER ; RTD civ. 2008, p. ; Defrénois 2008, 1119, note MASSIP

- Civ. 1ère, 6 février 2008 ; Bull. civ. 2008,I, n°46 ; Dr. Famille 2008, n°59, note Pierre MURAT
- Civ. 1ère 17 décembre 2008, Bull. civ. 2008, n°289
- Civ. 1ère 11 février 2009, www.legifrance.gouv.fr.
- Civ., 27 avril 1933, Gaz. Pal., 1933, 2, p. 101 ; Grands arrêts, n°40
- Com. 5 juillet 1994, Bull. civ., IV, n°258 ; JCP 1994, II, 22323 ; RTD civ 1995, 119 ; JCP 1995, I, 3828, p. 107
- Com. 5 octobre 2004, JCP 2004, II, 10 191, note PIEDELIEVRE
- Com. 23 juin 2009, n° pourvoi 07-19542, www.legifrance.gouv.fr.
- Conseil Constitutionnel, Décision n°2006-542 DC du 9 novembre 2006
- Conseil d'Etat, *Pariset* et *Laumonnier-Carriol*.(26 novembre 1875, Rec. 934 et GAJA, 11ème éd., 1996, p. 26 et s.)
- Conseil d'Etat, *Société des autobus antibois*, 29 janvier 1932, D. 1932, 3, 61, note C. BLAEVOET
- Conseil des Prud'hommes de Longjumeau, 20 février 2006, JCP 2006, S., J., p. 19, note Patrick MORVAN
- Cour d'Appel d'AGEN 1er février 1996, Jurisdata n°044068
- Cour d'Appel d'AGEN, 26 avril 2006, www.legifrance.gouv.fr.
- Cour d'Appel d'AGEN, ch. 1, 22 février 2006, www.legifrance.gouv.fr.
- Cour d'Appel AIX-EN-PROVENCE, 6e chambre, 7 janvier 1994; Jurisdata, n°049375
- Cour d'Appel d'AIX EN PROVENCE, 6ème ch., sect. A, 5 septembre 2006, Dr. famille 2007, n°54, note Pierre MURAT
- Cour d'Appel d'AIX EN PROVENCE, 5 décembre 2007 ; n° RG 06/17298, www.legifrance.gouv.fr.
- Cour d'appel de BORDEAUX, 21 janvier 1988, D. 1988, J., p. 454, note Jean HAUSER
- Cour d'appel de BORDEAUX, 4 décembre 1991, D. 1993, J, p. 129, note T. DUBACLE
- Cour d'appel de BORDEAUX, 6 juin 1992, D. 1993, somm., p. 163.
- Cour d'Appel de BORDEAUX , 28 janvier 1997, Jurisdata n°040050
- Cour d'appel de BORDEAUX, 6ème ch. Civ. 19 avril 2005, Gaz. Pal. 1er/2 juillet 2005, J., p. 2 et s., note E. B. V.
- Cour d'Appel de BOURGES, 18 juin 1996, Jurisdata n°046599
- Cour d'appel de COLMAR, 2 mai 1855, affaire DOERR, D. 1856, 2, 9.
- Cour d'appel de COLMAR, 2ème ch. Civ., sect. A, 7 mars 2002, RJPF 2003, 6/36, note Thierry GARE

- Cour d'appel de COLMAR, 3 septembre 2002, Gaz. Pal. 23/24 juillet 2003, p. 27 et s., note PRADERE

- Cour d'appel de COLMAR, 11 janvier 2007, n° RG 05/03689, www.legifrance.gouv.fr.

- Cour d'Appel de DIJON, 1er juin 1983, en annexe à l'article de Paul BOUAZIZ, *Fraude à la loi et licenciement pour motif économique*, Droit ouvrier, avril 1985, p. 121 et s

- Cour d'appel de DOUAI, 6 mars 2000 ; Jurinet, n° RG 1999/04595

- Cour d'Appel de DOUAI, 14 janvier 2008, n° RG 06/6780, www.legifrance.gouv.fr.

- Cour d'Appel de GRENOBLE, 21 novembre 1988, D. 1989, somm. 203, Paul FIESCHI-VIVET

- Cour d'Appel de LYON, 16 juin 1952, Gaz. Pal. 1953, I, T. V° Mariage, n°1.

- Cour d'Appel de NIMES, 19 décembre 2006, n° RG 647, www.legifrance.fr.

- Cour d'Appel de PARIS, 15 fév. 1957, JCP 1957, II, 9988 ; RTD civ. 1958, 53

- Cour d'Appel de PARIS 16 octobre 1958 ; JCP 1958, II, 10897

- Cour d'Appel de PARIS, 4 mai 1965, D. 1965, 653

- Cour d'Appel de PARIS, 8 octobre 1976, D. 1977, J., p. 42 et s., note Pierre RAYNAUD.

- Cour d'Appel de PARIS, 1ère ch. suppl., 8 janvier 1981. Gaz. Pal. 1981, 2e semestre, p. 572, note VIATTE

- Cour d'Appel de PARIS, 1ère ch. suppl., 2 juillet 1982, RTD civ. 1984, p. 307, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI

- Cour d'Appel de PARIS, 1ère CH, 26 février 1985, JCP 1986, II, 20561, note François BOULANGER

- Cour d'Appel de PARIS, 1ère ch. suppl., 22 novembre 1985, Gaz. Pal. 1986, 1er sem., somm., p. 126

- Cour d'Appel de PARIS, 25 septembre 1986, D. 1987, 134, note MAYER et CALE

- Cour d'Appel de Paris, 15 juin 1990, 1ère CH, C, JCP 1991, II, 21653, note B. EDELMAN et C. LABRUSSE-RIOU ; RTD civ. 1990, p. 457, obs. RUBELLIN-DEVICHI ; D. 1990, p. 542, note BOULANGER

- Cour d'Appel de PARIS 1ère ch. Section C du 19 janvier 1993, Jurisdata, n°020114

- Cour d'Appel de PARIS, ch.1, section C, 25 juin 1993, Jurisdata, n°022540

- Cour d'Appel de PARIS, 1ère ch. C, 14 janvier 1994, D. 1994, I.R., p. 101

- Cour d'Appel de PARIS ch. 24, section B du 21 janvier 1994, Jurisdata n°020027

- Cour d'Appel de PARIS, 6 février 1996, Dr. Famille 1996, n°8, obs. Pierre MURAT ; RTD civ. 1996, p. 377, obs. Jean HAUSER

- Cour d'Appel de PARIS, 7 juin 1996, Jurisdata n°022573.

- Cour d'Appel de PARIS, 24 septembre 1996, Jurisdata n°023275

- Cour d'Appel de PARIS, 3 octobre 1996, Jurisdata n°023760

- Cour d'Appel de PARIS, 10 février 1998, Dr. Famille 1998, n°83, p. 14, note Pierre MURAT

- Cour d'Appel de PARIS, 1ère ch. C, 5 avril 2005, Gaz. Pal. 2005, 1er/3 mars, J., p. 8 et s., concl. GIZARDIN.

- Cour d'Appel de PARIS, 25 octobre 2007, D. 2008, p. 434 ; RTD civ. 2008, p. 96, obs. J. HAUSER

- Cour d'Appel de PAU, 19 février 1991, D. 1991, J, p. 380, note Véronique LARRIBAU-TERNEYRE

- Cour d'Appel de PAU 13 février 1995, RTD civ. 1996, p. 376, obs. Jean HAUSER

- Cour d'Appel de RENNES, 10 septembre 1987, Droit ouvrier, août 1988, p. 348.

- Cour d'Appel de RENNES, 4 juillet 2002, D. 2002, p. 2904, note F. GRANET ; Droit de la famille 2002, n° 142, p. 16, note Pierre MURAT

- Cour d'Appel de RIOM du 9 juillet 1981, JCP 1982, II, 19798, note ALMAIRAC.

- Cour d'Appel de RIOM, 27 juin 1988, D. 1989, somm. 203, Paul FIESCHI-VIVET

- Cour d'appel de ROUEN, Chambre de l'instruction, 5 janvier 2006, n°2005/00817 ; www.legifrance.gouv.fr.

- Cour d'Appel de ROUEN, Chambre de l'instruction, 16 février 2006, n°2006/00067 ; www.legifrance.gouv.fr.

- Cour d'Appel de ROUEN, Chambre de l'instruction, 9 mars 2006, 2006/00132 ; www.legifrance.gouv.fr.

- Cour d'Appel de TOULOUSE, 1 ère ch., 21 mars 1995, Jurisdata, 043583.

- Cour d'Appel de VERSAILLES, 9 mai 1986. D. 1987, J, p. 5 et s., note J-P KARAQUILLO ; Droit Ouvrier 1986, p. 344

- Cour d'Appel de VERSAILLES, 14ème ch., 15 juin 1990, JCP 1991, II, 21753, note LAROCHE-GISSEROT ; D.1991, p. 268, note HAUSER.

- Cour d'appel de VERSAILLES, 5ème ch., 6 novembre 1990; Gaz. Pal. 1991, 2e sem., pan. jur., p. 6, n°4

- Cour d'appel de VERSAILLES, 1ère ch. A, 4 novembre 1999, D. 2000, J., p. 716, note Thierry GARE ; RTD civ. 2000, n°24, p. 309, obs. J. HAUSER ; Defrénois 2001, art. 37353 ; Dr. Famille 2000, n°141, note Pierre MURAT

- Cour d'appel de VERSAILLES, 17 mai 2001, n°RG 1998-3717 ; www.legifrance.gouv.fr.

- Cour d'Appel de VERSAILLES, 2 octobre 2003, n°RG 2002-4791, www.legifrance.gouv.fr.

- Cour d'appel de VERSAILLES, 1ère ch., 8 juillet 2005, D. 2006, J., p. 772, note Vincent BONNET

- Cour d'appel de VERSAILLES, 9 mars 2006, n° RG 149, www.legifrance.gouv.fr.
- Cour de cassation, chambre des Requêtes, 12 décembre 1934. S. 1936, 1, 69
- Crim. 23 octobre 1969, Bull. crim., n°267
- Crim. 23 février 1970, D. 1970, 444 ; JCP 1972, II, 17046 ; Grands Arrêts, n°64
- Crim. 8 décembre 1971. Gaz. Pal., 1, 220.
- Crim. 9 mars 1972, Bull. crim., n°95.
- Crim. 18 octobre 1977, Bull. crim. n°308, p. 781
- Crim. 6 novembre 1979, Bull. crim. 1979, n°308
- Crim. 15 février 1983, Bull. Crim. n°56, p. 122
- Crim. 7 juin 1983, Bull. n°173, p. 428
- Crim. 10 janvier 1984, Bull. crim., n°11
- Crim. 27 mars 1984, D. 1984, IR, 390 ; Liaisons sociales 1984, législ., n°5568, p. 15
- Crim. 15 juin 1984, Bull. crim., n°229, p. 604
- Crim. 16 mars 1987, Bull. crim., n°122
- Crim. 22 octobre 1991, Bull. n°367, p. 914
- Crim. 5 octobre 1992, Gazette du Palais du 20 mars 1993, note DOUCET
- Crim. 8 juin 1993, Lexilaser, pourvoi n°92-84.036 ; www.legifrance.gouv.fr
- Crim. 5 octobre 1993, Lexilaser cassation, pourvoi n°92-85.770 ; www.legifrance.gouv.fr
- Crim. 29 octobre 1985, Bull. Crim. 1985, n°335 ; Gaz. Pal. 7/01/1986, n°5 à 7, note Doucet
- Crim. 19 mai 2004, AJ Pénal, n°9/2004, J., p. 325, note Carole GIRAULT
- Crim. 6 avril 2005, n°04-85.799 ; www.légifrance. gouv.fr.
- Crim. 8 novembre 2005, Jurinet, n°05-80.778
- Soc. 23 mars 1953, D. 1954, 89 ; JCP 1953, II, 7709, note Henry DELPECH ; Grands arrêts, n°12.
- Soc. 6 novembre 1959, SITAC/ROSSA, JCP 1960, II, 11477. GA Dr. Trav., Sirey, 1980, n°39
- Soc. 12 octobre 1960, Bull., V, n°852
- Soc. 18 juin 1975, Bull. soc. 1975, n°338, p. 294
- Soc. 17 décembre 1975, Bull. 1975, V, n°615, p. 517
- Soc. 26 octobre 1976 ; Bull. soc., n°526, p. 432
- Soc. 23 fév. 1977, D. 1977, I. R., 161
- Soc. 21 décembre 1977, Bull, V, n°727
- Soc. 22 février 1979, D. 1979, IR, 424
- Soc. 29 mai 1979, Bull., V, n°464
- Soc. 28 oct. 1981, Dr. Ouvrier 1982, p. 195

- Soc. 24 novembre 1983, Bull., V, n°578
- Soc. 9 octobre 1986, Bull. civ., V, n°486, p. 366
- Soc. 10 octobre 1990, CSB 1990, A., 53.
- Soc. 11 octobre 1990, Bull. civ., V, n°473, p. 286. JCP 1991, éd. E., n°104, note H. BLAISE. JCP 1991, II, 21700 ; Droit social 1993, p. 960
- Soc. 27 novembre 1990, Bull., V, n°592, p. 355
- Soc. 30 juin 1993, Rev. crit DIP 1994, p. 323 et s, note M.A MOREAU
- Soc. 5 octobre 1993, Bull., V, n°223 ; D. 1994, somm. com., p. 304, obs. Antoine LYON-CAEN
- Soc. 27 octobre 1993, Droit social 1993, p. 960
- Soc. 23 janvier 1996, D. 1996, I.R, p. 53
- Soc. 13 février 1996, Bull. civ., V, n°54, p. 38 ; JCP 1996, éd. E., II, 898, note G. VACHET; Droit ouvrier, juin 1996, p. 217 et s., rapport Yves CHAUVY
- Soc. 14 mai 1997, D. 1997, J, p. 479, note J.M. VERDIER ; RJS 1/99, n°69
- Soc. 9 mars 2004, inédit, n° de pourvoi 02-30294, www.legifrance.gouv.fr
- Soc. 10 mars 2004, JCP 2004, II, 10088, obs. D.CORRIGNAN-CARSIN
- Soc. 29 septembre 2004, JCP 2004, IV, n°3123, p. 1993
- Soc. 16 février 2005, Bull. V, n°52, p. 45
- Soc. 19 novembre 2008, n° de pourvoi 07-44183, www.legfrance.gouv.fr
- Soc. 25 mars 2009, n° de pourvoi 07-45281, www.légifrance.gouv.fr.
- Soc. 13 mai 2009, inédit, n° de pourvoi 08-41.337, www.legifrance.gouv.fr.
- Soc. 4 juin 2009, n° pourvoi 08-41359, www.légifrance.gouv.fr.
- Soc. 8 juillet 2009, n° de pourvoi 08-40139, www.legfrance.gouv.fr
- TGI de BORDEAUX, 27 juillet 2004, Gaz. Pal. 8/9 octobre 2004, p. 9 et s., note Géraud de GEOUFFRE DE LA PRADELLE
- TGI de LA ROCHELLE, 2 mai 1991 ; D.1991, p. 261, note GUIHO
- TGI de LILLE, 22 mars 2007, Dalloz 2007, II, p. 1251 et s., note Xavier LABBEE ; Dr. Famille 2007, n°122, note P. MURAT ; RTD civ. 2007, p. 556, obs. J. HAUSER
- TGI de PARIS, 3 novembre 1982 (En annexe à la chronique de P. RAYNAUD, *Un abus de l'adoption simple. Les couples adoptifs.* D. 1983, p. 39 et s
- TGI de PARIS, 1er mars 1994, cité par Sylvie BERNIGAUD, Les diverses filiations et les reconnaissances mensongères, Petites affiches, 3 mai 1995, n°53, p. 97
- Tribunal administratif de BESANCON du 10 novembre 2008, Le Monde du 10 novembre 2009
- Tribunal civil de BAYONNE du 9 avril 1936, S. 1936, II, 124

- Tribunal civil de LA SEINE, 7 janvier 1948, JCP 1948, II, 4430, note J. MAZEAUD ; RTD civ. 1948, p. 461 et s., obs. LAGARDE

- Tribunal civil de MEAUX, 23 mai 1951, Gaz. Pal. 1952, 2, T., v. mariage, n°3.

- Tribunal Correctionnel LE MANS, 16 février 1998. JCP 1999, II, 10011, note FRAYSSINET

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION 10
PREMIERE PARTIE : L'EXISTENCE DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 28
TITRE I LA NOTION DE DETOURNEMENT D'INSTITUTION 29
Chapitre I : L'émergence du détournement d'institution 30
SECTION I : L'EMERGENCE DOCTRINALE DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 31
§1- Naissance du détournement de finalité d'un droit 31
A – Les réflexions doctrinales sur la finalité des droits subjectifs 31
B – De la finalité des droits au « détournement de finalité du droit » 33
§2- Du détournement de finalité d'un droit au détournement d'une institution 40
SECTION II : L'EMERGENCE JURISPRUDENTIELLE DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 47
§1-Le « berceau » du détournement d'institution est le droit de la famille 47
§2- La naissance du concept en droit du travail 52
§3- La réappropriation de la notion par le droit de la famille 58
A – Le détournement d'institution et l'adoption 58
1) – Le détournement d'institution devant les juges du fond 59
a) L'adoption utilisée dans le but de créer un lien de couple 60
b) L'adoption dans un but patrimonial ou successoral 66
c) L'adoption dans le but de satisfaire le désir d'enfant d'un couple 67
2) – Le détournement d'institution devant la Cour de cassation 68
a) L'adoption dans le but de satisfaire le désir d'enfant d'un couple 68
b) L'adoption pour faire échec aux relations de l'enfant avec ses grands-parents 74
c) L'adoption dans un but patrimonial ou successoral 76
d) L'adoption par les grands parents 79
e) L'adoption pour acquérir la nationalité française 81
f) L'adoption pour établir une paternité biologique 83
B – Le détournement d'institution et le mariage 83
C – Le détournement d'institution et la reconnaissance 87
Chapitre II : Définition et domaine du détournement d'institution 90
SECTION I : DEFINITION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 92
§1- L'institution juridique 92
A- Institution et institution juridique 93
a) L'évolution des idées à propos de l'institution 96
b) Le sens du mot « institution » dans le détournement d'institution 102
B- La finalité est au cœur de la notion d'institution juridique 109
1) L'institution juridique est un corps de règles de droit 109

2) L'organisation de l'institution autour d'une finalité commune 116
a) L'organisation est le critère de la notion de corps de règles 116
b) L'idée ou finalité est l'élément fédérateur de l'institution 118
∞) La notion de finalité 118
β) La finalité de l'institution est le critère essentiel de la notion 124
γ) La détermination de la (ou des) finalité(s) de l'institution 128
c) L'institution s'impose t'elle aux sujets de droit ? 136
§2- Le détournement 139
A- L'unité de la notion de détournement 141
B- L'application de la notion au détournement d'institution 152
SECTION II : LES DOMAINES POSSIBLES DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 161
§1- Le droit de la famille 161
A – L'adoption 161
1) – L'adoption de son propre enfant naturel 161
a) L'adoption de son enfant naturel simple 161
b) L'adoption de son enfant naturel adultérin 163
2)- L'adoption à but successoral 166
3)– L'adoption-légitimation 167
4)- L'adoption pour obtenir l'autorité parentale conjointe 169
B – Le détournement d'institution en droit de la famille 173
1)- La possession d'état 173
2)- L'émancipation 175
3)- L'autorité parentale 176
4)– Le PACS 179
5)- Le divorce 180
§2- Les détournements d'institution hors du droit de la famille 182
1)- En droit civil 182
2)- En droit des sociétés 184
3)- En droit du travail 193
a)- Le détournement d'institution à la naissance du contrat de travail 193
b)- Le détournement d'institution en cours de contrat de travail 202
c)- Le détournement d'institution en fin du contrat de travail 205
TITRE II : REGIME JURIDIQUE ET FONCTIONS DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 208
Chapitre I : Les conditions et la preuve du détournement d'institution 209
SECTION I : LES CONDITIONS DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 210
§1- Les « éléments matériels » du détournement d'institution 210
A- Les auteurs du détournement d'institution 210

1)- Le législateur 211
2)- Le juge 212
3)- Le sujet de droit 213
B- La réunion des conditions matérielles de l'institution juridique 214
C- Le détournement de la (ou des) finalité(s) d'une institution 217
1)- La détermination de la (ou des) finalité(s) de l'institution 218
2)- La confrontation des mobiles avec la finalité de l'institution 219
§2- L'« Elément intentionnel » du détournement d'institution 224
SECTION II : LA PREUVE DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 228
§1- L'objet de la preuve 228
§2- La charge de la preuve 235
Chapitre II : Sanction et fondement de la sanction du détournement d'institution 239
SECTION I : LA SANCTION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 240
§1- Etat des lieux en matière de sanction du détournement d'institution 240
A- L'absence de systématicité de la sanction du détournement d'institution 240
B- Le détournement d'institution sanctionné « par ricochet » 245
C- Le détournement d'institution sanctionné *ut singuli* 246
§2- Présentation des différentes sanctions 247
A- Sanctions civiles du détournement d'institution 248
1)- Les sanctions à l'entrée dans l'institution 248
a)- Le blocage provisoire de la naissance de l'institution 248
b)- Le blocage définitif de la naissance de l'institution 250
2)- Les sanctions en cours de « fonctionnement » de l'institution 251
a)- Les sanctions spécifiques à certaines institutions 251
1) L'adoption 251
α) La tierce opposition 251
β) L'action en révocation de l'adoption simple 252
2) La requalification en droit du travail 254
b)- Le maintien dans l'institution 254
c)- La sanction de la nullité et l'anéantissement de l'institution 257
1) La nullité appliquée en droit de la famille 257
2) La nullité appliquée en droit du travail 260
B- Sanctions pénales du détournement d'institution 262
SECTION II : LE FONDEMENT DE LA SANCTION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 265
§1- La sanction du détournement de la finalité d'une institution 266
§2- La sanction du résultat du détournement d'une institution ? 273
A- L'existence de « faits justificatifs » du détournement d'institution 274

B- La nécessité de l'adaptation du droit au fait 277
DEUXIEME PARTIE : L'AUTONOMIE DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 283
TITRE I : UNE PROBLEMATIQUE COMMUNE 284
Chapitre I : Un mécanisme juridique détourné de sa finalité 285
SECTION I : LES NOTIONS DE DETOURNEMENT ET D'ABUS 286
Sous section I : La synonymie des notions de détournement et d'abus 287
§1- Détournement et abus en matière d'abus de droit 288
§2- Détournement et abus de l'institution 291
Sous section II : Détournement de prérogatives finalisées et abus de prérogatives non finalisées 292
§1- Présentation de la distinction 292
§2 - L'intérêt de la distinction 294
SECTION II : FINALITE DE L'INSTITUTION ET CAUSE 299
§1- La notion de cause 299
§2- Les liens entre finalité de l'institution et cause 301
SECTION III : L'UTILISATION DETOURNEE D'UN POUVOIR, D'UN DROIT SUBJECTIF, DE LA LOI 308
§1- L'utilisation détournée d'un pouvoir : le détournement de pouvoir 308
§2- L'utilisation détournée d'un droit subjectif : l'abus de droit 312
A- Les thèses en présence et les critères de l'abus de droit 313
1) L'absolutisme des droits subjectifs et l'abus de droit-intention de nuire 314
2) La relativité des droits subjectifs et le détournement de la finalité des droits 317
3) La faute dans l'exercice des droits subjectifs 319
B- L'abus de droit est le détournement de finalité d'un droit subjectif 323
§3- L'utilisation détournée d'une loi : la fraude à la loi 325
Chapitre II : Les liens entre problématique commune et régime juridique 332
SECTION I : CONSEQUENCES SUR LES CONDITIONS ET LES EFFETS DE CES NOTIONS 333
§1- Respect de la présupposition des règles utilisées 333
§2- Non-respect de la finalité du mécanisme 337
§3- Les difficultés de qualification 341
SECTION II : CONSEQUENCES SUR LE FONDEMENT DE LA SANCTION ET LA PREUVE 349
§1- Un fondement identique ? 349
§2- L'identité des problèmes en matière de preuve 355
TITRE II : LES SPECIFICITES DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION 360
Sous titre I : L'autonomie du détournement d'institution sur le plan de la notion 361
Chapitre I : Spécificité des « mécanismes » juridiques : institution juridique et « prérogatives » 362
SECTION I : DES MECANISMES SITUES SUR DES PLANS DIFFERENTS 363

§1- L'institution juridique est un élément du droit objectif 363
§2- Les droits subjectifs entre abus de droit et détournement de pouvoir 367
A- Position de la doctrine 367
1) La doctrine « classique » 367
2)- La position contemporaine 371
B- Les liens entre « prérogative », droit subjectif et pouvoir 374
1) La notion de « pouvoir » est au cœur du droit subjectif et du pouvoir 375
2) La distinction du droit subjectif et du pouvoir 379
SECTION II : L'INSTITUTION, LES « PREROGATIVES » ET LA LOI 384
§1- L'institution juridique et les « prérogatives » 384
A- Les notions ne sont pas les mêmes 384
B- Les finalités ne sont pas les mêmes 392
§2– L'institution et la loi 397
A- La définition de la loi 397
B– La distinction entre institution juridique et loi 398
Chapitre II : La distinction du détournement de la déviation 403
SECTION I : LES CRITERES DE DISTINCTION ENTRE DETOURNEMENT ET DEVIATION 404
§1- L'existence de la distinction 404
§2- La déviation ou la recherche d'un effet de l'institution 406
§3- La déviation et la volonté de faire vivre l'institution 410
SECTION 2 – L'ENJEU DE LA DISTINCTION 416
§1- Le principe : l'absence de sanction de la déviation d'une institution 417
§2- L'exception : la sanction de la déviation d'une institution 418
Sous titre II : L'autonomie du détournement d'institution sur le plan du régime juridique .. 421
Chapitre I : Les spécificités du détournement d'institution dans l'application de la notion .. 422
SECTION I : LA DISTINCTION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION ET DE L'ABUS DE DROIT 424
§1- La faute est une condition indispensable de l'abus de droit 424
§2- L'absence de préjudice des conditions du détournement d'institution 425
SECTION II : LA DISTINCTION DU DETOURNEMENT D'INSTITUTION DE LA FRAUDE A LA LOI 427
§1- La règle obligatoire éludée est le premier critère de la fraude 427
A- Présentation du critère 427
B- La règle obligatoire éludée et le détournement d'institution 429
§2- Le moyen efficace est le dernier critère de la fraude 432
A- Rappel du critère 433
B- Le moyen efficace et le détournement d'institution 435
1) L'efficacité du moyen est indifférente au détournement d'institution 435

2) Le détournement d'institution comme moyen d'accomplir la fraude à la loi 436
SECTION III : LA DISTINCTION ENTRE LE DETOURNEMENT D'INSTITUTION ET LA SIMULATION 442
§1- La notion de simulation 442
§2- Simulation et détournement d'institution 443
Chapitre II : Les spécificités du détournement d'institution sur le plan de la sanction 466
SECTION I : L'EXCLUSION DE SANCTIONS CARACTERISTIQUES D'AUTRES MECANISMES 467
§1- L'exclusion de la responsabilité civile 467
§2- L'exclusion de la nullité relative 470
§3- L'exclusion de l'inopposabilité 471
SECTION II : LE CHOIX DE LA SANCTION 474
§1- Le choix de la sanction en cas de « concours idéal de qualification » 474
§2- Création de sanctions spécifiques du détournement d'institution 479
A- Sur le plan civil : action en nullité de l'institution 479
B- Sur le plan pénal : création d'une infraction de détournement d'institution 480
CONCLUSION 484
INDEX 488
BIBLIOGRAPHIE 495
TABLE DES MATIERES 521