

SECTION II

Abus du droit et détournement de pouvoir

I. Similitudes entre les deux concepts. — II. Différences essentielles. —
 III. Conclusion.

L'exposé que nous venons de faire de la théorie de l'abus du droit nous révèle immédiatement les similitudes existantes.

« application, quelle que soit la modalité des dettes, sous la seule réserve du cas où l'imputation n'aurait pas été faite pour satisfaire « un intérêt légitime, mais aurait eu pour but unique de nuire à un autre créancier ».

On a voulu découvrir dans la jurisprudence la plus récente une tendance à élargir de plus en plus la notion d'abus et à la rapprocher, en quelque sorte, de la conception administrative du détournement de pouvoir. On a, notamment, fait état d'un arrêt de la cour de Poitiers du 29 janvier 1923 *Pichon c. Vallès* (*Gaz. Pal.* 23.1.546) allouant des dommages-intérêts à un locataire expulsé en vertu d'une décision de justice annulée ultérieurement sur pourvoi en cassation, alors cependant qu'il est de principe que le pourvoi n'est pas suspensif. Il convient de remarquer que le propriétaire n'avait fait qu'user de son droit en faisant exécuter une décision définitive et que l'exercice de ce droit avait eu lieu sans but vexatoire. L'abus proprement dit était donc écarté. Mais la cour réplique « que l'intimé avait eu connaissance du pourvoi... », « qu'il lui incombait de rechercher si son titre ne pouvait pas être entaché d'un vice de nature à le faire tomber... que les pourparlers qu'il a engagés établissent qu'il croyait à la possibilité d'une cassation... qu'on ne peut donc lui attribuer la *bonne foi*, dans le sens légal qu'il invoque ». Ainsi, bien que, théoriquement, le propriétaire eût le droit incontestable de faire exécuter, dans son propre intérêt, une ordonnance de référé ordonnant l'expulsion immédiate d'un locataire lequel s'était ultérieurement pourvu en cassation, la cour de Poitiers indique que l'intéressé, qui croyait à la possibilité de la cassation, aurait dû s'imposer une conduite plus conforme aux règles de la prudence et que la hâte avec laquelle il avait agi démontrait suffisamment la « malice » dont il s'était rendu coupable. Il ne s'agit, cependant, pas ici d'un cas d'application de la théorie de l'abus, puisque l'intéressé avait agi en vue de la satisfaction de ses intérêts propres. Les agissements du propriétaire méritaient d'être censurés parce qu'il apparaissait suffisamment que sa conduite n'était pas exempte de toute faute et que son action intempestive était par elle-même contraire aux principes de la bonne foi.

Remarquons, par ailleurs, bien que ce point n'intéresse plus directe-

tant entre le contrôle juridictionnel de la *moralité administrative* en droit public, envisagé plus spécialement sous le rapport du *détournement de pouvoir*, et le contrôle de l'*abus du droit* en droit privé.

ment notre sujet, qu'à notre avis on déplace quelque peu la question si l'on ajoute, ainsi que le fait — pour ne citer qu'un exemple — la même cour de Poitiers dans son arrêt du 29 juin 1925 *Epoux Devineau c. Veuve Salver et Leveillé* (*Gaz. Pal.* 25.2.568), aggravant, d'ailleurs, une formule déjà contenue dans l'arrêt précité, que « en exécutant par « les voies de droit une décision qui est ensuite annulée, on crée un « *risque* dont l'incidence définitive doit être déterminée par l'issue du « litige ». Car nous persistons à croire que le problème qui se pose en pareille matière est essentiellement moral et qu'un droit exercé de bonne foi ne devrait pouvoir donner lieu à dommages-intérêts au profit de la partie qui se prétendrait lésée par des actes rentrant dans les facultés légales de l'exercice de ce droit.

Il nous semble également qu'on part d'un point de vue erroné lorsqu'on soutient qu'une application remarquable de la théorie de l'abus du droit aurait été faite dans un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 11 juin 1925 *Chemin de fer du Midi c. Vve Rongier et fils* (*Gaz. Pal.* 25.2.411). Il s'agissait, en l'espèce, d'une demande de la Compagnie des Chemins de fer du Midi tendant à obtenir une indemnité pour frais de magasinage de marchandises en souffrance; la Compagnie n'ayant pas fait usage du droit de vente ou de mise sous séquestre que lui accordait l'article 106 du Code de commerce, l'indemnité réclamée par elle s'élevait, par suite de l'accumulation des frais de magasinage, à une somme quarante fois supérieure à la valeur de la marchandise au jour de l'expédition. Statuant sur la réclamation de la Compagnie, le tribunal estima que « les droits de magasinage, de par leur nature « même, ne peuvent avoir qu'une durée précaire, et qu'il arrive un moment où la vente s'impose » qu'ainsi « en n'usant pas dès le début du « litige du droit qui lui assurait sans aucun risque la couverture des « frais alors exposés par elle et la faisait, de plus, rentrer en possession du matériel immobilisé à une époque où celui-ci faisait généralement défaut, la Compagnie du Midi a commis une faute ». Il « déclare que la Compagnie « en n'usant pas de la faculté qui lui « était réservée de faire vendre la marchandise en souffrance, a voulu « bénéficier des avantages résultant pour elle des tarifs de magasinage, « tarifs qui, par leur progression rigoureusement appliquée, conduisent « à cette situation paradoxale qui fait que le montant des frais de magasinage et de stationnement s'élèvent, en réalité, à plus de quarante « fois la valeur de la marchandise à l'époque de l'expédition; que, ce « faisant, la Compagnie du Midi a, sans motif réel et alors qu'elle « pouvait l'éviter, causé volontairement... un préjudice en.. imposant des « frais accessoires, hors de proportion avec ceux du contrat principal... ».

Voilà bien encore un cas, non pas d'abus du droit proprement dit,

Tout d'abord, nous pouvons nous dispenser d'insister ici sur une distinction qui a été faite entre la théorie de l'abus du droit et celle du détournement de pouvoir en tant qu'elles s'appliqueraient toutes deux dans le domaine du droit administratif. Quoiqu'il ne soit pas dans nos intentions de nier absolument l'application de la première en droit administratif, nous ne croyons pas pouvoir lui reconnaître l'importance que semble lui attribuer M. Hauriou dans sa note précitée sous l'arrêt *Zimmermann* du 27 février 1903 (1). En effet, la théorie de l'abus du droit — telle que nous la comprenons — visant essentiellement les déterminations de volonté, envisagées sous le rapport des fins poursuivies par des activités libres, son application au domaine de l'opération administrative nous

mais d'application ordinaire de la théorie de la responsabilité civile bien que — nous le concédons — il présente beaucoup de ressemblance avec un détournement de pouvoir. Si la Compagnie des chemins de fer était parfaitement en règle avec le texte même de la loi et qu'en ce sens la demande en remboursement de frais pût à la rigueur être considérée comme légitime, un examen même superficiel des faits de la cause dut révéler immédiatement qu'elle avait, en réalité, dépassé les limites objectives de son droit par la méconnaissance *flagrante* de son esprit. Ayant négligé de tenir compte du fait que les droits de magasinage ne peuvent avoir, *en tout état de cause*, qu'une durée précaire, la Compagnie avait commis une faute caractérisée qui n'était déjà plus un simple détournement de son droit, puisque celui-ci avait été exercé dans des conditions situées absolument en dehors des prévisions du législateur (Cf. sur ce jugement, dans *Rev. trim. de Droit civil*, 1925, p. 891, la note de M. DEMOGUE qui voit dans cette décision « une application intéressante de l'idée d'abus du droit »).

V. en ce qui concerne l'étendue d'application de la théorie de l'abus, un cas intéressant de liberté de ne pas contracter dans Cass.-req. 24 novembre 1924 *Soc. Ardéchoise soie de viscose c. Delubac* S. 25.1.217. Un individu qui s'était engagé à faciliter, par tous les moyens en son pouvoir, un projet de travaux se refusa, le moment venu, à vendre sa propriété, bien que celle-ci ne pût lui être d'aucune utilité. Cette attitude étrange put, tout au moins, être qualifiée de capricieuse; elle aurait même pu autoriser des doutes légitimes sur les intentions correctes de l'intéressé. Cependant, la liberté de ne pas contracter étant considérée comme absolue, le juge refusa d'y voir un cas d'abus du droit.

(1) A notre avis, l'arrêt *Zimmermann*, en tant qu'il vise l'irrégularité de certaines opérations administratives, constitue une application pure et simple de la responsabilité pour faute.

conduit tout naturellement à la recherche de l'élément final impliqué dans la décision administrative elle-même qui précède la mise à exécution de l'opération projetée, car les buts déterminant la volonté administrative se concentrent dans la décision exécutoire. Nous sommes donc nécessairement ramenés à la théorie du détournement de pouvoir, qui nous fournit le type classique du contrôle contentieux des fins poursuivies par l'activité de l'administration.

De même, nous écarterons une comparaison qu'on serait peut-être tenté de faire entre la théorie du détournement de pouvoir et celle des *mobiles* dans les actes juridiques privés (1).

Certes, comme celle des actes juridiques publics, la correction des actes juridiques privés, qui constituent une branche importante de l'activité humaine, dépend de certaines fins ultimes poursuivies par leurs auteurs. Dans une pareille comparaison, nous n'aurions, d'ailleurs, pas à changer grand'chose aux idées générales que nous exprimons dans la présente section.

Mais la théorie des *mobiles* dans les actes juridiques est déjà plus complexe que la théorie de l'abus du droit, parce qu'elle intéresse la question des *conditions de validité* d'actes qui peuvent être *plurilatéraux* et qu'en conséquence l'élément *stabilité*, qui demeure en principe étranger à l'élément *moralité*, doit nécessairement jouer un rôle primordial pour la solution du problème de la régularité de l'acte.

Il convient donc de réduire la discussion à ses éléments les plus simples pour éviter toute difficulté.

Etant donné, au surplus, que nous posons comme l'un des termes de la comparaison le détournement de pouvoir, qui affecte *l'exercice des droits de puissance publique* appartenant à l'administration et réalisé par la décision administrative unilatérale, nous devons, pour rester dans le plan de la comparaison, choisir comme deuxième terme l'abus qui se révèle, *d'une manière générale*, dans l'exer-

(1) Cf. pour la théorie des *mobiles* L. JOSSEMAND, *Les Mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, 1928.

cice de leurs droits par les particuliers sans entrer dans un examen spécial de la validité des actes juridiques privés, laquelle, envisagée dans ses caractères particuliers, n'intéresse plus directement la théorie du détournement des droits.

La comparaison que nous avons à faire s'établit ainsi uniquement entre la théorie de l'abus du droit en droit privé et celle du détournement de pouvoir en droit administratif (1).

I. — a) Pour justifier le rapprochement des deux théories, il convient de rappeler, tout d'abord, qu'en droit privé comme en droit public, la limitation dernière d'un droit ne peut découler directement de l'ensemble des dispositions légales qui l'ont reconnu ou défini. « L'idée qui est à la base des deux théories est, en effet, la même. C'est celle qu'à côté de la limitation d'un droit dans son contenu, il y a une autre limitation, plus délicate sans doute à préciser, mais d'ordre juridique comme la première, qui est sa limitation par le but que peut se proposer le titulaire d'un droit en l'exerçant » (Michoud, *op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1914, p. 30).

Pour trouver, en droit public, l'équivalent de la théorie civiliste de l'abus du droit telle que nous l'avons exposée, il faut supposer que l'acte administratif, par ailleurs conforme au texte de la loi, mais tendant à un but irrégulier, ne fasse pas apparaître trop ouvertement le vice qui l'entache. Car un acte manifestement abusif devrait, comme le délit civil au sens propre de ce mot, être considéré non pas comme devant tomber sous le contrôle de la moralité proprement dite, mais plutôt sous celui de la légalité, puisque le vice apparent de l'acte le fait apparaître, dès l'abord, comme ayant été pris dans des conditions telles qu'il s'oppose d'une manière directe aux principes formels de notre organisation juridique.

(1) Le plan que nous avons adopté nous oblige à anticiper ici sur les développements que nous donnons plus loin à propos de l'étude du détournement de pouvoir (V. pages 144 et s.).

Quoi qu'il en soit, le parallélisme entre la théorie du droit privé et celle du droit public est déjà suffisamment marqué par le fait que nous nous trouvons en présence de deux théories qui, l'une comme l'autre, tendent à réprimer certains buts irréguliers que peuvent se proposer l'activité libre normale et par ailleurs légale de la personne privée, d'une part, et l'action discrétionnaire de la puissance publique, d'autre part, contrairement à l'esprit de nos institutions juridiques.

Les deux théories sont donc également d'essence *disciplinaire*. L'une et l'autre font entrer dans le droit des notions de moralité qui sont particulièrement de nature à assouplir le cadre rigide de la technique juridique. Par elles-mêmes, elles ne tendent nullement à assurer le respect du droit légal, à réprimer les violations ouvertes de la règle de droit. Au même titre que le contrôle du détournement de pouvoir qui ne vise pas du tout la police du *système juridique*, l'abus du droit n'a pas été consacré en vue de maintenir l'exercice des facultés comprises dans les droits individuels dans les limites fixées par la règle s'imposant *du dehors* à la volonté agissante. A notre avis, il est donc inexact de dire qu'en matière d'abus du droit il s'agit d'examiner si l'individu se sert de son droit pour la satisfaction de l'intérêt que la *loi* a entendu protéger (1), comme il n'est pas absolument exact de soutenir que le détournement de pouvoir doit assurer le respect, de la part de l'autorité administrative, du but qu'a eu en vue le législateur en lui reconnaissant ses pouvoirs; il n'est pas difficile de s'apercevoir que celui qui abuse de son droit n'a pas du tout l'intention de contredire une règle du droit positif, de même qu'on constate sans peine que l'agent administratif qui prend une décision entachée de détournement de pouvoir ne prétend nullement opposer ses directives propres à celles données par le législateur ou découlant d'une façon plus ou moins directe de l'ensemble de la législation. Voilà aussi pourquoi nous ne pensons pas que l'expression « abus du

(1) Cf. la note précitée de M. BRÈTHE, *in fine*.

droit » doive être critiquée, comme le pensent certains auteurs qui, cependant, n'admettent pas la théorie toute négative de M. Planiol (1).

Lorsqu'on se sera aperçu que l'exercice malicieux d'un droit n'en diminue nullement la valeur légale, puisque la théorie suppose que le titulaire d'un droit ne fait, dans ce cas, qu'user purement et simplement des facultés comprises dans son droit, on ne trouvera plus que l'expression « abus du droit » est vicieuse, qu'elle n'est qu'un pis-aller, mais, qu'au contraire, elle répond parfaitement à la situation qu'elle doit caractériser, comme le détournement de pouvoir marque bien les écarts commis par l'administration dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires et légaux.

Ainsi, l'abus du droit est essentiellement le détournement de pouvoir du droit privé en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un droit subjectif privé soit détourné de son but normal pour servir à des fins allant directement à l'encontre de la morale sociale.

En définitive, ce qui, à notre avis, justifie pleinement le parallélisme que nous établissons, bien que l'une des deux théories vise essentiellement la décision exécutoire d'un organe administratif en dehors de toute considération portant sur la régularité d'un acte du commerce juridique, alors que l'autre ne s'applique qu'à des opérations matérielles, soit même, et sous le bénéfice des remarques faites plus haut (p. 106), à des actes du commerce juridique, séparés des déterminations de volonté individuelles qui leur ont donné naissance, c'est, qu'en dépit de cette différence, elles visent également et exclusivement à la critique des fins auxquelles ne peuvent légitimement tendre des volontés libres. « L'abus du droit, dit M. Hauriou, comme le détournement de pouvoir, sont affaire de motifs (2) : le juge « doit peser les motifs qui ont guidé l'autorité dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, se demander s'ils

(1) Cf. note précitée de M. BRÈTHE.

(2) Nous dirions « affaire de motifs déterminants ou de buts ».

« sont raisonnables et justes ou, au contraire, déraisonnables et injustes » (1).

b) Poursuivant notre comparaison, nous constatons que, dans les deux théories, le contrôle du but ne s'exerce en général que par voie indirecte, c'est-à-dire par l'examen des circonstances *objectives* dans lesquelles est intervenu l'acte incriminé, le but irrégulier d'une décision exécutoire ainsi que la fin malicieuse ayant déterminé l'activité privée n'étant pas, la plupart du temps, avoués par les intéressés. La preuve, aussi bien de l'abus que du détournement de pouvoir, se fera le plus souvent de façon négative. Il ne sera pas démontré précisément que le titulaire du droit ou l'autorité publique ont fait usage de leurs prérogatives dans tel but déterminé considéré comme irrégulier, mais qu'étant données les circonstances, ces prérogatives n'ont pu être exercées en vue de la poursuite d'une fin correcte. L'acte vicié sera censuré, parce qu'il résultera, d'une façon certaine, des faits de la cause ou des motifs exprimés dans la décision attaquée que l'auteur de l'acte ou le titulaire du droit a agi dans des buts autres que ceux qui pouvaient être légitimement poursuivis.

Notons, en outre, qu'en droit public comme en droit privé, il pourra arriver, dans ces conditions, que bien que tendant effectivement à un but tout à fait correct eu égard aux intentions réelles de la personne agissante, un acte soit censuré en raison du défaut absolu de correspondance entre la décision prise ou l'acte accompli et les circonstances de fait dans lesquelles cette décision ou cet acte est intervenu, ledit vice étant, par lui-même, de nature à faire supposer l'incorrection *objective* du but de l'acte. Car ni le juge civil et encore bien moins le juge de l'excès de pouvoir ne se reconnaissent le droit de scruter tous les replis de la conscience de l'auteur même d'un acte prétendu vicié ou détourné de sa fin régulière afin de rechercher quelles étaient ses intentions précises. Aussi, dans les deux théories,

(1) Note sous Cons. d'Et. 17 juillet 1925 *Association amicale du personnel de la Banque de France* S. 25.3.33.

le contrôle de la fin poursuivie par les intéressés présente-t-il un caractère objectif plus ou moins nettement marqué.

II. — Cependant, lorsque nous envisageons les applications variées des deux théories, si semblables par certains traits de leur caractère juridique propre, nous constatons également des écarts assez sensibles. Cela n'est pas pour nous étonner si nous tenons compte du fait que, comme nous l'avons déjà indiqué ci-dessus, l'abus du droit et le détournement de pouvoir visent chacun des catégories d'actes qui diffèrent quant à leur nature.

a) En effet, l'abus du droit ne peut être relevé qu'à l'occasion de faits ou actes matériels ou juridiques, après réalisation des intentions, l'affirmation unilatérale de la volonté de la personne du droit privé restant par elle-même, en principe, indifférente au droit, alors que le contrôle du détournement de pouvoir, qui s'attaque directement à la pensée même de l'administration, vise la décision exécutoire dans laquelle se concrétise précisément la seule détermination de volonté de l'agent administratif et qui, avant toute exécution, produit déjà des effets de droit à l'égard des administrés. Voilà pourquoi, en droit privé, on a pu confondre la théorie de l'abus du droit, qui est essentiellement morale, avec le principe de la responsabilité civile proprement dit, qui, sans viser la manifestation de volonté pour elle-même, n'a trait, avant tout, qu'à la réparation des conséquences dommageables de faits matériels imputables à une faute caractérisée de l'auteur du dommage (1).

b) Une différence encore bien plus sensible que celle que nous venons de mentionner résulte du fait qu'en principe, le but assigné à l'exercice d'un droit privé ne peut, pour la grande majorité des droits, être défini que d'une façon absolument *négative*.

(1) Dans sa note sous l'arrêt *Zimmermann*, M. HAURIOU ne semble pas avoir bien aperçu tout l'intérêt qu'il y a à établir une distinction de principe entre la théorie de la responsabilité proprement dite et celle de l'abus du droit.

Nous savons qu'en général ce but est unique, en ce sens qu'il se rapporte presque toujours, pour la plupart des droits subjectifs exercés par les intéressés, à la satisfaction d'intérêts personnels appréciés souverainement par le titulaire du droit. Tout ce qu'en général on exige de l'individu, c'est qu'il ne porte pas une atteinte directe à certains principes de moralité élémentaire qui se trouvent à la base de toute organisation sociale. Bien que, théoriquement, à chaque droit corresponde un devoir particulier corrélatif à celui-ci, ce devoir ne peut presque jamais être déterminé d'une façon positive (1). L'exercice de leurs droits privés par les particuliers n'est, en général, pas désintéressé. S'il ne doit pas se poursuivre contrairement au Bien commun, celui-ci n'en est cependant pas le but immédiat. La moralité privée se réduit donc le plus souvent à ceci : l'homme vivant en société ne devra jamais exercer les facultés impliquées dans ses droits subjectifs avec l'intention de porter malicieusement, sans aucun avantage direct pour lui-même, préjudice à autrui.

Nous savons qu'en droit administratif les choses ne se présentent pas avec la même simplicité. A chaque droit exercé par l'autorité administrative correspond un but nettement déterminé, qui est le but de service. Ainsi, alors que la théorie de l'abus du droit privé ne trouvera à s'appliquer que dans des cas relativement rares (2), la théorie du détournement de pouvoir sera d'une application très fréquente. Rappelons encore une fois que cela tient à ce que le droit administratif est à base institutionnelle, tandis que le droit privé règle des rapports essentiellement sub-

(1) Cf. G. RENARD, *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, p. 389 et s.

(2) « La question de l'abus du droit, déclare M. RIPERT (*op. cit.*, p. 173), « ne peut se poser que rarement ». Et cela est même déjà exact pour les seuls actes entachés de buts malicieux. Car, dit M. RIPERT, « le plus souvent, quand une personne veut nuire à autrui, elle sort des conditions régulières de l'exercice des droits. Emportée par sa passion, elle franchit les bornes que la loi ou la jurisprudence ont mises à son activité. Il n'est plus besoin de rechercher l'intention, puisque l'action par ses caractères mêmes est génératrice de responsabilité. L'irrégularité de l'acte rend inutile l'appréciation des motifs ».

jectifs, et que si, pour être vraiment efficace, le contrôle du but en matière administrative doit pénétrer tous les recoins des manifestations de volonté des agents publics, le contrôle de l'abus du droit peut se contenter de visées moins étendues. Les solutions données par le Conseil d'Etat en matière de détournement de pouvoir seront donc nécessairement plus variées en même temps que plus intéressantes que celles fournies par la jurisprudence judiciaire en matière d'abus du droit (1).

c) Enfin, il y a une dernière constatation qui s'impose : Il est à noter, en effet, que les *actes arbitraires* du droit privé, c'est-à-dire les actes soustraits à tout contrôle judiciaire quant au but auquel ils tendent, sont, aujourd'hui encore, relativement nombreux, alors qu'en droit administratif la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir, tenant toujours compte du caractère institutionnel de l'administration, a complètement écarté l'*acte discrétionnaire*. Il est généralement reconnu que les tribunaux judiciaires n'ont pas à contrôler l'usage bon ou mauvais fait, par une personne, de sa liberté de tester ou de sa liberté de ne pas contracter ; nous savons également que l'exercice de la puissance paternelle et maritale comporte encore des facultés qui échappent, en principe, à toute appréciation du juge. En droit public, si l'on fait abstraction de la théorie un peu spéciale des *actes de gouvernement*, le phénomène équi-

(1) « En droit public français, déclare M. JÈZE (*Rev. dr. p.* 1922, « p. 386), la théorie des *motifs déterminants* joue, dans la pratique, un « rôle beaucoup plus important qu'en droit privé. En effet, l'idée fon- « mentale du droit public est que l'activité des agents publics, « l'exercice de leur compétence ne peuvent avoir pour *motif* « *déterminant* que le bon fonctionnement des services publics, « Il suit de là que, pour tout acte juridique accompli par un « agent public, tous les intéressés peuvent soutenir que l'acte a eu un « motif déterminant *autre que l'intérêt public*. Ceci donne à la théorie « des motifs déterminants du droit public un développement consi- « dérable. C'est là une grande différence avec le *droit privé*, où la capa- « cité est la règle, où la loi n'assigne pas à l'activité de chaque indi- « vidu un but précis, où la *capacité* est déterminée par des propositions « *negatives*, alors que la *compétence* est déterminée par des proposi- « tions *positives* ».

valent fait absolument défaut. Les actes de la puissance publique, les actes de police proprement dits, qui, autrefois, furent considérés comme intangibles, presque au même titre que les actes de gouvernement, qui le sont encore, tombent tous aujourd'hui sous le contrôle juridictionnel de la moralité exercé par le Conseil d'Etat.

III. — De l'ensemble des développements fournis ci-dessus, il résulte suffisamment qu'abstraction faite des particularités propres à chacune des deux théories, particularités tenant à la nature des deux branches du droit considérées ici, l'*abus du droit* et le *détournement de pouvoir* sont intimement liés par l'idée de *moralité* qui se trouve à leur base. Ces deux théories constituent en quelque sorte « deux rameaux
« issus d'une souche commune, deux manifestations d'une
« seule et même idée, à savoir que nos prérogatives, qu'elles
« soient d'ordre privé ou bien d'ordre public, qu'elles res-
« sortissent à notre personnalité même ou bien à la fonc-
« tion dont nous sommes investis, ont une valeur sociale et
« non point abstraite; elles doivent donc se réaliser sociale-
« ment, en conformité du but auquel elles répondent, but
« variable, sans doute, avec les pays, les époques et les
« rapports juridiques, mais but qui se retrouve partout et
« toujours, qui forme l'essence même de nos droits et en de-
« hors duquel ceux-ci perdraient jusqu'à leur raison d'être
« et jusqu'à leur justification ». « Destinés à réaliser la
« notion de *but* dans le droit, elles ne peuvent être qu'étroi-
« tement apparentées » (L. Josserand, *Esprit des droits*,
p. 243 et 244). L'une comme l'autre de ces deux théories ne peut être bien comprise que si l'on abandonne, en ce qui concerne l'appréciation de la valeur juridique des actes de la vie humaine, le point de vue strict et exclusif de la *légalité*; car celui-ci, même entendu dans le sens le plus large comme englobant les principes généraux du droit et les idées variées renfermées dans notre législation, ne peut, en réalité, atteindre que les *dépassements réels* du droit et les excès de pouvoir *flagrants*; il ne saurait donc nous four-

nir que des bases factices pour l'appréciation d'activités apparemment régulières qui ne révèlent leurs vices cachés qu'après avoir passé par le crible d'un examen de caractère essentiellement disciplinaire poursuivi sur les indices fournis par les circonstances de chaque cas particulier, en vue de la découverte des motifs et des buts plus ou moins avouables qui ont déterminé l'acte ou la décision attaqués.

Les différences qui, d'autre part, séparent nos deux théories tiennent surtout, d'un côté, à la plus grande souplesse et à l'étendue du domaine d'application du contrôle contentieux de la moralité administrative qui ne tend pas à assurer directement la protection de droits subjectifs comme le fait, plus ou moins, le contrôle de l'abus du droit, de l'autre côté, à la rigidité apparente du contrôle de l'abus, lequel, n'aboutissant à censurer la poursuite de buts immoraux qu'au cours d'une action en réparation, à l'occasion de préjudices causés à des tiers, ne réprime que l'activité exercée avec l'intention de nuire à autrui, négligeant généralement les actes accomplis par pur caprice, ceux qui ne présentent aucun avantage bien sérieux pour la vie de l'individu et qui, loin de développer sa personnalité, constituent un gaspillage d'énergies qui auraient pu être employées à des fins plus utiles.

Si, à l'heure actuelle, un certain nombre de droits subjectifs privés ont perdu leur ancien caractère pour se transformer en *statuts*, c'est-à-dire en simples pouvoirs réglementés en vue de la réalisation de fins précises, tendances qui se sont fait jour notamment en législation industrielle et plus récemment encore en matière de loyers, il n'est cependant pas souhaitable que, dans l'état actuel de notre droit, les tribunaux, s'inspirant des idées directrices exploitées par le législateur, fixent des limites trop sévères à la libre activité individuelle. On peut, néanmoins, concevoir que le juge civil tout en évitant de pénétrer dans le domaine de ce que nous pourrions appeler la *discrétionnalité privée* — ce qui constituerait déjà un dépassement manifeste du contrôle de la moralité pro-

prement dite — étende quelque peu son intervention dans le domaine de la moralisation de la vie privée en censurant, par exemple, à côté des actes accomplis par pure malice, les actes de ceux qui exploitent la faiblesse ou l'ignorance d'autrui ainsi que les agissements nuisibles poursuivis dans des intentions capricieuses *nettement* caractérisées (1). C'est ainsi, notamment, qu'en dehors de toute

(1) M. G. RIPERT, dans l'ouvrage déjà cité plus haut, propose d'entrer hardiment dans la voie de la moralisation des actes de la vie privée. L'adoption d'une pareille théorie, adoption qui, dans l'état actuel de notre droit demeure évidemment très problématique, rapprocherait singulièrement l'activité privée de l'activité administrative. Comme en droit administratif, chaque acte de la vie privée aurait son but nettement déterminé.

« Sommes-nous, demande l'auteur (*op. cit.*, p. 185 et s.), arrivés à la « dernière forme de la théorie de l'abus du droit ? On peut en douter. « Telle que nous l'avons formulée, elle a pour but d'empêcher l'acte « volontaire d'hostilité envers autrui. Elle évite l'action inutilement mal- « faisante. La morale demande quelque chose de plus. Celui qui use de « son droit pour faire le mal contrevient au devoir de justice, mais celui « qui n'en use pas pour faire le bien n'accomplit pas le devoir de cha- « rité. Ne viendra-t-il pas un jour où le droit considérera 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 prou- « ver de plus que l'on a agi pour des *fins légitimes*. Celui qui détour- « nera le droit du but pour lequel le législateur le lui a donné engagera « sa responsabilité ».

Reprenant l'idée déjà émise par M. JOSSERAND en 1905 il estime qu'a- lors « le motif *illégitime* précédant l'exercice du droit vicierait l'acte « accompli, tout comme la cause illicite antérieure au contrat suffit « à l'annuler ». « L'acte serait bien objectivement irréprochable, mais « le juge apprécierait si l'auteur poursuivait un but utile et raisonnable. « L'exercice du droit ne serait une protection que dans la mesure où l'ac- « tivité serait jugée raisonnable ».

Mais M. RIPERT fait des réserves: il ne se dissimule pas que « cette « conception offre le redoutable danger du contrôle arbitraire du juge « sur l'exercice des droits ». « Elle suppose, dit-il, de la part du juge « une délicate appréciation sur les motifs légitimes de l'action. Elle « correspond à un degré supérieur de la moralité publique ».

Et nous sommes d'accord avec l'auteur pour reconnaître, sans toute- fois partager son optimisme, que « pour que ce degré supérieur puisse « être atteint sans compromettre la nécessité dans l'action que doit « conférer le droit, il faut attendre que la technique juridique dégage « les règles permettant d'apprécier les fins poursuivies dans l'exercice « des droits ». « Cette analyse ne peut être faite, déclare l'auteur, qu'en « réglementant les fins de chaque droit déterminé. Il sera prudent de

consécration formelle, le principe de la *lésion*, laquelle ne constitue pas du tout le vice du consentement auquel, en vertu du faux postulat d'une autonomie de la volonté mal comprise, on a cru pouvoir la ramener, pourrait s'appliquer dans tous les cas où il serait prouvé que, par une atteinte flagrante aux règles de la moralité privée, la personne dont les agissements ont causé le préjudice, a voulu profiter de l'ignorance d'autrui pour s'attribuer des avantages hors de proportion avec la prestation fournie (Cf. Gaston Morin, *La Loi et le Contrat*, p. 66 et s.; comp. également L. Josserand, *Mobiles dans les actes juridiques*, p. 124 et s.).

Quoiqu'il en soit, et si le mérite de la conception finaliste de l'abus est précisément, selon les termes de M. Josserand, « d'assurer un parallélisme constant entre la notion civile de l'abus et la notion administrative du détournement de pouvoir dont le caractère téléologique est certain », il y aura néanmoins toujours un écart sensible et

« dire, à propos de chaque droit, dans quel cas l'exercice en deviendra abusif. Le Code civil nous offre des exemples de cette détermination à propos de la résiliation unilatérale du mandat ou de la société. On concevrait très bien une organisation technique des droits permettant d'atteindre l'abus ». « Quand ce résultat aura été acquis, dit l'auteur, nous aurons gagné un degré supérieur dans la moralisation des actions humaines par le droit ».

L'idéal proposé par M. RIPERT est évidemment très séduisant. Mais, si cette doctrine ne tend pas simplement à la défense du relativisme des droits qui a été mis en lumière par M. Josserand et que nous nous refusons à confondre avec l'abus (et nous croyons qu'il n'en est pas ainsi puisque M. Ripert déclare lui-même à la suite du passage que nous venons de citer que ses remarques ne changent rien au fondement psychologique de l'abus), elle risque, sous prétexte d'assurer efficacement la sanction de la moralité dans les rapports du commerce juridique de la vie privée, d'énervier les libres initiatives individuelles. Car, si nous ne pouvons approuver ceux qui se refusent à croire que la jurisprudence puisse arriver à ce sujet à des déterminations plus précises et si nous reconnaissons volontiers que, dans la jurisprudence récente, des jalons ont déjà été posés en ce sens, nous devons remarquer que la fixation des limites précises, en deçà desquelles l'activité privée doit nécessairement demeurer absolument libre, se heurtera à des difficultés encore bien plus grandes que celles devant lesquelles s'était trouvé le Conseil d'Etat pour une détermination non équivoque du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

inévitables entre le contrôle de l'abus du droit, d'une part, et le contrôle de la moralité administrative, d'autre part. Cela tient au fait, par lui-même évident, que, quelque large que puisse être le point de vue que l'on adopte en ce qui concerne les possibilités d'application de la théorie de l'abus, il sera toujours impossible aux tribunaux judiciaires de fournir à cet égard l'équivalent exact des progrès réalisés par la jurisprudence administrative en ce qui concerne le contrôle du détournement de pouvoir; car les données de la vie privée où l'élément *fonction*, si important soit-il, ne jouera toujours qu'un rôle secondaire, ne peuvent, bien entendu, être situées sur le même plan que celles de la vie administrative où toutes les énergies sont constamment tendues vers la poursuite *ordonnée* des fins précises déterminées par l'idée des services à rendre au public, conformément à la mission propre du pouvoir administratif.
