

# CONSIDÉRATIONS SUR LA DISTINCTION ENTRE LA FICTION ET L'ANALOGIE EN DROIT

Par

Georges MITSOPOULOS  
*Professeur Em. de l'Université d'Athènes*

- I -

1 - La discussion sur la notion de la fiction juridique est toujours ouverte. La théorie française continue à accepter la définition classique, à savoir que la fiction est "un procédé de technique juridique consistant à supposer un fait ou une situation différente de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques" (1) ou elle exprime, "un fait contraire à la nature des choses" (2) et constitue ainsi une sorte de "légitimation du faux" (3). D'autre part, la théorie contemporaine allemande accepte que la fiction "consiste à une assimilation volontaire des faits juridiques en connaissance de leur dissemblance, ainsi qu'à une dissimulation volontaire des faits juridiques en connaissance de leur ressemblance" (4).

Le rôle donc constructif de la fiction consiste à l'application sur la base de la fiction (Fiktionsbasis) des règles d'une autre forme juridique (fingierter Tatbestand) de sorte que les conséquences juridiques de la fiction sont déterminées par un renvoi caché (Verdeckte Verweisung) aux règles précitées (5).

2 - Mais sous un autre aspect, l'opinion qui accepte comme fiction juridique un fait qui est contraire à la réalité, se base sur la pensée physico-historique ou physico-mathématique et transfère ainsi les concepts de cette méthode au champ de l'histoire. Mais l'existence de la science du droit ainsi que les autres sciences sociologiques et historiques présupposent l'acceptation de la distinction essentielle entre le monde historique et le monde physique avec une vérité égale à tous les deux. Les notions par exemple de la personne physique et de la personne morale ne

(1) H. Capitant, Vocabulaire juridique, Paris, Presses Univ. 1930, voir "fiction". Voir aussi Jean-Louis Bergel, "Le rôle des fictions dans le système juridique", *Mc Gill Law Journal*, vol. 33, 1988, p. 357 et s.

(2) R. Demogue, "Les notions fondamentales du droit privé", Paris, Arthur Rousseau, 191, p. 243.

(3) P. Foriers, "Présomptions et fictions" dans C. Perelman et P. Foriers, éd. "Les présomptions et les fictions en droit", Bruxelles, Bruylant 1974, n° 2, p. 7 et s.

(4) K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1991, p. 262.

(5) K. Larenz, supra p. 262. J. Esser, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen* 2, 1969, p. 26.

sont pas des fictions, mais des réalités homogènes, intelligibles et non sensibles et, la plupart des concepts qui s'expriment par le langage juridique comme fictions ne sont pas des vraies fictions mais des abrègements linguistiques qui ne cachent pas des fictions (6). Ainsi le texte par exemple de l'article 1178 du Code civil français, selon lequel "la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement", est formulé en tant que fiction. Mais selon une autre forme d'expression la fiction disparaît, comme à la solution analogue de l'article 1084 du Code civil du Bas-Canada selon lequel "l'obligation conditionnelle a tout son effet, lorsque le débiteur obligé sous telle condition en empêche l'accomplissement", qui montre que "l'usage de certaines fictions n'est pas inéluctable même si, à bien des égards, l'ordre juridique a du mal à s'en passer" (7). On peut aussi ajouter le texte analogue de l'article 1339 du Code civil italien, lequel est formulé comme fiction et est ainsi commenté : "Si parla generalmente di una finzione giuridica, ma sembra piu essato ravvisare nella previsione normativa una sanzione conforme al principio secondo il quale l'autore dell'illecito non puo trarre da questo effetti giuridici favorevoli" (8). De même, la maxime "infans conceptus pro natu habetur quotiens de commodis ejus agitur" n'est pas une fiction et le législateur ne jongle pas avec l'heure de la naissance, vu que le droit ne s'occupe pas avec tels faits du monde physique mais ordonne simplement que pour l'enfant qui sera né sont valables, quant aux droits qui lui sont dévolus, les mêmes règles qui sont en vigueur pour l'enfant qui est déjà né (9). Ainsi l'article respectif pourrait se formuler de la manière suivante : "Les droits qui sont dévolus à l'enfant conçu sont rétroactivement valables dès sa naissance".

3 - Il y a toutefois des fictions dont l'expression linguistique ne peut se transformer de manière à effacer la forme précitée, comme par exemple le cas du mariage posthume. De ce point de vue, la fiction peut être définie comme un moyen de technique juridique par lequel s'accomplit, sous une forme linguistiquement immuable, le dépassement d'une réalité positive ou négative contraire, de sorte que la conséquence juridique crée une situation juridique nouvelle ainsi qu'un élément conceptuel de la présupposition d'une autre règle de droit".

4 - Avant l'examen de la distinction entre la fiction et l'analogie en droit et en prenant comme point de départ le concept précité de celle-ci en sa version large ou stricte, les observations suivantes doivent être signalées.

La connaissance du droit procède de façon téléologique. C'est-à-dire que ne se contentant pas des critères formalistes, elle s'étaie sur un examen de fond de la règle de droit portant aussi bien sur le but poursuivi par cette dernière que sur les moyens appropriés pour réaliser ce but, afin qu'un tel examen non seulement rende possible la comparaison des concepts contenus dans la règle interprétée de sorte que la parenté en soit déterminée par leur rapport téléologique, mais encore permette de procéder à leur classement dans l'ensemble du système juridique. C'est sur la base de cette méthode que prend naissance l'élasticité nécessaire dans la détermination de la teneur des concepts, élasticité permettant de repérer les caractéristiques communes de ces derniers dans leur échelonnement subsomptif, en vue d'acquiescer le sens déontologique approprié dans la réglementation du cas individuel. Lorsque -selon la même

(6) C. Tsatsos, "Le droit comme science et technique" in *Études de philosophie du droit*, 1960, en grec, p. 230.

(7) Bergel, supra note 1, p. 378.

(8) M. Bianca, *Diritto civile*, Vol. III II Contratto (Giuffrè 1987), p. 527-8.

(9) C. Tsatsos, supra note 6, p. 230.

méthode- le cas individuel s'écarte de celui décrit de façon générale et hypothétique par la règle de droit, la subsomption ou la non subsomption du premier sous la présupposition de cette dernière ne dépend pas de la stricte observation des éléments exigés par la logique formelle, mais de la possibilité téléologique d'assimiler ou non le cas individuel à celui prévu et réglementé de façon générale et abstraite par la règle de droit. L'assimilation des concepts comparés s'opère donc de telle sorte que les concepts soient caractérisés interprétativement soit comme subsomptifs (subordonnés) soit comme équivalents, soit comme apparentés quant à la majorité de leurs éléments caractéristiques, mais jusqu'à un point d'assimilation tel que la déduction de la conclusion déontologique s'opère non sur la base d'un rapport subsomptif ou équivalent mais par analogie. Même en suivant une pareille méthode le syllogisme juridique demeure parfait du point de vue formel, du fait de l'assimilation préalable des concepts jusqu'à un point permettant de tirer aisément la conclusion selon les règles de la logique formelle. Mais étant donné que l'interprétation du droit s'appuie sur l'assimilation précitée, il faut nécessairement que l'assimilation tentée s'appuie aussi sur une raison probante la motivant (ratio legis). C'est pourquoi, dans le processus syllogistique de l'interprète, le rapport des prémisses étayé sur une assimilation téléologique des concepts doit être fondé sur une motivation annexée (argument). C'est précisément sur ce point de la motivation annexée que la rectitude de la méthode suivie par l'interprète est éprouvée et qu'apparaît par le fait même l'œuvre créatrice de celui-ci dans la marche vers l'acquisition du sens déontologique plus particulier qui sera posé comme majeure pour juger le cas individuel (10).

## - II -

1 - A la suite de l'examen précité, la question se pose, à savoir en quoi consiste la différence entre la fiction et l'analogie.

Il a été soutenu que, théoriquement, les différences peuvent se résumer de la manière suivante : a) l'analogie implique une égalité des rapports sociaux compris dans la même catégorie ; b) l'égalité consiste à déclarer que le cas extraordinaire est essentiellement égal aux cas résolus par la loi c'est-à-dire égal en ce qui concerne les parties relevantes pour le fondement de la décision ; c) l'égalité permet de concevoir la solution du cas extraordinaire en tant que subsomption bien qu'elle soit une subsomption nouvelle, unique et distincte de la subsomption simple et routinière qui n'exige pas de procédé d'intégration, tandis que a) la fiction par contre, implique une égalisation ou assimilation des rapports sociaux quant à leurs fonctions respectives mais non pas quant à la "nature" des cas considérés b) la fiction, à cet égard est plus artificielle que l'analogie, car le procédé technique qui la constitue ne suppose pas l'égalité des rapports, mais, au contraire, leur différence essentielle. L'égalisation ne part pas de la coïncidence des rapports égalisés en raison de leurs analogies essentielles ; elle part plutôt d'une exigence de traitement analogique, malgré la reconnaissance explicite de l'inégalité des rapports considérés ; c) cette égalisation fonctionnelle ou "fictive" conduit à la construction juridique, c'est-à-dire à la genèse de nouvelles catégories et de nouveaux schémas de comportement. La fiction modifie formellement le droit en vigueur sans qu'il faille l'intervention législative, bien que la fiction incite à la réforme de la loi et en apparaisse à la fin comme sa justification rationnelle. Dans la conjoncture qui résulte de l'alternative qui se présente entre l'utilisation analogique et l'argumentation "a contrario", la fiction accomplit sa tâche "égalitaire" sans solution de continuité, en déclarant que la

(10) G. Mitsopoulos, *Considérations sur la distinction du fait et du droit*, Studi in onore di Antonio Segni (Giuffrè 1967), vol. III, p. 414-416.

subsumption n'en procède pas (ce qui équivaut à raisonner "a contrario"), mais en assimilant le nouveau rapport au schéma primaire de comportement choisi (ce qui implique un raisonnement a simili), pour obtenir la même solution pratique (11).

2 - Sur la thèse susmentionnée de *Delgado-Ocando* on peut soutenir les remarques suivantes.

Selon la thèse précitée, l'analogie implique une égalité des rapports sociaux afin de permettre la subsumption du cas extraordinaire à la règle du droit bien qu'elle soit une subsumption nouvelle, distincte de la subsumption simple et routinière.

Cette opinion, néanmoins, ne peut être approuvée, car dans le cadre de l'interprétation par analogie (12) la subsumption du cas à la présupposition de la règle du droit se fonde sur la relation conceptuelle du cas exprimé par rapport au cas décrit de façon générale et hypothétique dans la présupposition de la règle du droit, en raison de l'assimilation de ces éléments conceptuels à ceux de la présupposition précitée. Ainsi, on peut soutenir la notion d'une assimilation conceptuelle qui découle de la ratio legis et non de la notion d'une égalité.

De ladite opération assimilative dans le syllogisme juridique par analogie, il en résulte que l'effet juridique provenant de cette subsumption ne diffère pas en principe de la subsumption normale exprimée dans le syllogisme juridique subsomptif, vu que le moyen terme se base sur l'assimilation précitée, tandis que dans le syllogisme contenant l'application d'une fiction, la subsumption se base sur un moyen terme fictif lequel est donné par la règle sans aucune possibilité d'une assimilation interprétative. C'est ainsi que se réalise le dépassement de la réalité contraire pour formuler comme conclusion la conséquence juridique.

3 - A l'encontre de l'exposé de *Delgado-Ocando* suivant lequel contrairement à l'analogie la fiction implique une différence de nature entre les cas assimilés, Perelman a soutenu (13) que la fiction nie la différence, alors que le raisonnement par analogie insiste sur l'identité, non de la nature des objets mais de la ratio legis laquelle serait la même dans les deux situations, tandis que les objets auxquels il s'applique seraient, par nature, différents.

L'objection précitée de Perelman ne peut être considérée comme convaincante, d'une part parce que la fiction ne nie pas la différence -vu que du point de vue gnoséologique la différence ne peut être niée- mais la dépasse par la fonction du moyen terme fictif qui permet la subsumption et d'autre part parce que dans le raisonnement par analogie il n'existe pas une identité des objets mais une assimilation conceptuelle du cas à la présupposition de la règle du droit malgré la différence des objets tant de la nature que de la logique formelle.

De même sur l'autre opinion de Perelman à savoir que l'analogie insiste sur l'identité des objets en cause de la même ratio legis, on pourrait opposer que la ratio legis constitue la motivation probante de l'assimilation pour la réalisation de la subsumption mais ne porte pas une identification des objets.

(11) Ainsi M. Delgado-Ocando, "La fiction juridique dans le Code civil vénézuélien avec quelques références à la législation comparée" dans Ch. Perelman et P. Foriers ed. Les présomptions et les fictions en droit", Bruxelles, Bruylant 1974, p. 81-82.

(12) Sur le raisonnement par analogie en droit, v. K. Engisch, Einführung in das juristisch Denken 7 (Kohlhammer 1977), p. 147 s. et notes 1166a-1166c, p. 286-287.

(13) Perelman-Foriers, "Les présomptions et les fictions en droit", p. 347.