

# EN QUEL SENS LE JURISTE RAISONNE-T-IL AUJOURD'HUI PAR ANALOGIE ?

Par

Paul DELNOY

*Professeur ordinaire - Faculté de Droit de l'Université de Liège*

1 - Dans son sens "primitif et propre", l'analogie est selon Lalande, l'"identité du rapport qui unit deux à deux les termes de deux ou plusieurs couples" (1).

L'analogie "par excellence" est la "proposition mathématique" (2) : 10 est à 40 comme 20 est à 80.

$$(1) \underline{10} = (3) \underline{20}$$

$$(2) 40 \quad (4) 80$$

Dans une telle analogie, il y a une identité de rapports entre les termes pris deux à deux : les termes (2) et (4) sont tous deux quatre fois plus grands que, respectivement, les termes (1) et (3) (3).

L'utilité du raisonnement par analogie en ce sens est de permettre la "détermination d'un terme par la connaissance des deux termes de l'un des couples, et d'un des termes du second" (4).

En effet, lorsque trois des termes sont connus, il est possible de trouver le quatrième en appliquant la règle selon laquelle le produit des moyens est égal au produit des extrêmes.

Si 24 correspond à 100, combien (x) correspond à 25 ? Le produit des moyens (termes) [100 terme 2) . x (terme inconnu 3)] est égal au produit des (termes) extrêmes [24 (terme 1) . 25 (terme 4)]. Dès lors,  $x = [24 \cdot 25] : 100 = 6$ .

C'est à ce type de raisonnement que correspond en tous points depuis toujours et encore aujourd'hui, celui qui est suivi en droit, lors de la distribution

(1) A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie*, P.U.F., 15<sup>e</sup> éd., 1985, p. 51. Voy. également Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Éd. de l'Univ. de Bruxelles, 3<sup>e</sup> éd., p. 500 ; M. de Coster, *L'analogie en sciences humaines*, P.U.F., 1978, p. 32 à 53.

(2) A. Lalande, *op. cit.*. Com. Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *op. cit.*, p. 501.

(3) Selon le mot de P. Grenet, rapporté par Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *op. cit.*, p. 501, "ce qui fait l'originalité de l'analogie et ce qui la distingue d'une identité partielle, c'est-à-dire de la notion un peu banale de ressemblance, c'est qu'au lieu d'être un *rapport de ressemblance* elle est une *ressemblance de rapport*".

(4) A. Lalande, *op. cit.*, p. 52.

entre créanciers chirographaires du solde du produit d'une saisie après paiement des créanciers privilégiés, par exemple, ou dans la détermination de la part de passif à supporter par des successeurs universels ou à titre universel qui ont tous accepté purement et simplement une succession qui leur est dévolue (5).

2 - En rhétorique, l'analogie se définit de la même manière que l'analogie mathématique, mais forcément les rapports sont établis entre des concepts.

Lalande donne l'exemple suivant : "Le réseau télégraphique est analogue au système nerveux" (6). On veut dire par là que le réseau télégraphique est à un pays ce que le système nerveux est, par exemple, au corps humain.

Celui qui énonce une telle affirmation peut vouloir décrire objectivement le réseau télégraphique en le comparant au système nerveux (7). Il est vraisemblable qu'il cherche plutôt à convaincre un auditeur de ce qu'il est vital pour un pays de disposer d'un réseau télégraphique, comme est vital un système nerveux pour un organisme semblable au corps humain : notamment en assurant une diffusion rapide des informations à toutes les parties du corps, le système nerveux permet à l'organisme qui le possède d'adopter les réactions appropriées au moment opportun.

Dans l'analogie rhétorique, on distingue le thème -qui est la proposition sur laquelle porte l'effort de conviction : pour un pays, le réseau télégraphique est vital - du phore- qui est la proposition sur laquelle il y a consensus : pour un organisme comme le corps humain, le système nerveux est vital (8).

Ici, l'inconnue -la proposition sur laquelle on cherche à obtenir l'adhésion de l'auditeur- ne tient pas dans un des termes des rapports, mais dans le rapport lui-même qui existe entre les termes du phore, ou plus exactement dans un des rapports qui existent entre les termes du phore et dont on veut faire admettre par l'auditeur qu'il existe également entre les termes du thème (9).

3 - Selon certains toutefois, l'analogie est parfois à trois termes.

Ainsi en va-t-il, selon Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, de l'analogie suivante empruntée à Héraclite : "L'homme, au regard de la divinité, est aussi puéril que l'enfant l'est au regard de l'homme" (10).

Dans ce cas précis, ce n'est toutefois qu'en apparence que l'analogie est à trois termes. En effet, dans le premier rapport, l'"homme" signifie l'être humain et dans le second, l'homme adulte (11).

Parfois, cependant, la proposition ne comporte effectivement que trois termes et néanmoins, elle est qualifiée d'analogie par les spécialistes de la rhétorique.

J.-J. Robrieux donne l'exemple suivant : "Le personnage de *La Chute* de Camus dit ainsi des femmes qu'elles "ont ceci de commun avec Bonaparte qu'elles pensent toujours réussir là où tout le monde a échoué"" (12).

(5) Monsieur Z est décédé, laissant des biens estimés à 70 et des dettes s'élevant à 20. Quelle part de passif doit supporter le légataire à titre universel des meubles, sachant que la valeur de ceux-ci est de 16 ? La totalité du passif [20] est à la totalité de l'actif [80] comme le passif à supporter par le légataire à titre universel des meubles [x] est à la valeur du legs dont il bénéficie [16]. L'égalité entre le produit des moyens et le produit des extrêmes permet de dire que  $x = 4$  puisque  $[20 \cdot 16] = [80 \cdot x]$ .

(6) A. Lalande, op. cit., p. 51.

(7) Si *a priori* il est possible que ce soit son intention, c'est peu efficace, car le système nerveux est moins connu que le réseau télégraphique.

(8) O. Reboul, Introduction à la rhétorique, P.U.F., 1991, p. 185. Voy. également Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, op. cit., p. 501.

(9) Comme le souligne O. Reboul, "L'analogie est toujours quelque peu réductrice, en ce sens qu'elle gomme tout ce qu'exclut le rapport" (O. Reboul, op. cit., p. 186).

(10) Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, op. cit., p. 505.

(11) O. Reboul, Introduction ..., op. cit., p. 186.

On ne voit pas dans cette proposition les traits de l'analogie que cependant l'auteur définit par ailleurs également comme une comparaison entre un thème et un phore (13). Dans l'analogie à trois termes dont J.-J. Robrieux donne l'exemple, il y a tout simplement la mise en évidence d'un caractère qui -selon le locuteur- font se ressembler Bonaparte et les femmes : le premier et les secondes pensent toujours réussir là où tout le monde a échoué.

L'auteur considère néanmoins qu'il s'agit d'une analogie : plus précisément, "il existe aussi, selon lui, une forme d'analogie à trois termes, plus proche du raisonnement comparatif et non porteuse de métaphore, puisqu'elle rapproche deux entités selon un critère commun" (14).

Qu'en est-il de la proposition suivante inspirée d'une affirmation que O. Reboul présente également comme une analogie : "La hiérarchie, c'est comme les étagères ; plus c'est haut, moins c'est accessible" (15).

On n'aperçoit pas d'emblée les quatre termes de l'analogie. On voit seulement que -à l'estime du locuteur, toujours- la hiérarchie présente, en ce qui concerne son "accessibilité" (ou son utilité), un caractère que présentent, également en ce qui concerne leur accès (ou leur utilité), les étagères. Et, dès lors, la proposition peut être énoncée également suivant le schéma de l'extrait de *La Chute* : "la hiérarchie et les étagères ont en commun d'être "accessibles" (ou utiles) de manière inversement proportionnelle à leur "hauteur".

Dans ce cas précis, il paraît toujours possible de reformuler la proposition en termes de similitude entre deux rapports : la hiérarchie est à un organisme social comme une étagère est, par exemple, à une bibliothèque. Mais cette présentation n'apporte rien à l'argumentation. Au contraire, elle obscurcit le discours en ne mettant pas en évidence le point sur lequel porte l'effort probatoire.

4 - Si l'on analyse les propositions considérées aujourd'hui, en droit, comme comportant un raisonnement par analogie, on ne retrouve ni les traits des analogies mathématiques ou rhétoriques à quatre termes, ni même ceux des analogies rhétoriques à trois termes.

Le plus souvent, le raisonnement dit "par analogie" se ramène aujourd'hui, en droit, à un des deux types suivants.

Un exemple de raisonnement par analogie de premier type est emprunté à F. Delpérée. Il le présente comme un "argument simple d'analogie".

Originellement, relève-t-il, la Constitution belge portait que le Roi commande "les forces de terre et de mer" (art. 68). Ayant été élaborée à la fin du premier tiers du XIXème siècle, la Constitution belge ne disait rien des forces de l'air.

Dans une hypothèse de ce genre, dit F. Delpérée, "la Constitution n'est pas silencieuse sur un point. Mais ses dispositions ont été conçues de manière fort restrictive. Elles n'ont examiné qu'une partie de la question ou n'ont réglé qu'un aspect limité du problème. Sont-elles applicables dans une optique plus large ou d'une situation voisine ? *Le juge [...] utilisera souvent en la matière l'argument d'analogie pour corriger l'insuffisance du texte constitutionnel*" (16). Et de

(12) J.-J. Robrieux, *Éléments de rhétorique et d'argumentation*, Dunod, Paris, 1993, p. 150.

(13) J.-J. Robrieux, op. cit., p. 150.

(14) J.-J. Robrieux, op. cit., p. 150.

(15) O. Reboul, op. cit., p. 185. La proposition de O. Reboul est : "La hiérarchie, c'est comme les étagères ; plus c'est haut, moins cela sert". Mais dans la suite, O. Reboul écrit : "plus une étagère est haute, moins elle est accessible".

(16) F. Delpérée, *La Constitution et son interprétation*, in *L'interprétation en droit*, Fac. univ. St.-Louis, Bruxelles, 1978, p. 204.

conclure : "Qui [...] contestera [au Roi] au nom des prescriptions d'une Constitution "du temps de Louis-Philippe", la prérogative de commander les forces de l'air, fer de lance d'une armée du vingtième siècle [...] ?" (17).

Des analogies mathématiques ou rhétoriques précédemment décrites, on ne retrouve rien. On ne retrouve pas les quatre termes que présentent ensemble le thème et le phore. On ne voit même pas une analogie à trois termes, dans laquelle, selon l'expression de J.-J. Robrieux, on "rapproche deux entités selon un critère commun" (18).

Ce qu'on fait, dans le type de raisonnement emprunté à F. Delpérée, c'est considérer qu'en parlant des "forces de terre et de mer", le constituant belge originel a voulu, en réalité, évoquer l'armée : il l'a fait en donnant la définition du concept en extension, telle qu'elle se présentait en 1830.

On procède donc tout simplement à une interprétation du texte, partant de ce que les mots, pris dans leur acception stricte, ne constituent pas toujours l'expression parfaite de la volonté de celui que les prononce : en l'espèce, on procède à une interprétation extensive des concepts.

En l'espèce, cette extension ou cette généralisation est légitimée par l'identité qui existe entre la raison de confier au Roi le commandement de l'armée de l'air et celle qui a amené le constituant belge originel à confier au Roi le commandement des forces de terre et de mer.

On trouve certes une identité, comme il en existe une dans l'analogie mathématique ou rhétorique. Mais dans ces deux analogies, c'est une *identité de rapports* entre des couples de termes, tandis que dans le raisonnement par analogie dont on a emprunté un exemple à F. Delpérée, il n'y a pas de rapports entre des termes : il y a des *concepts spécifiques qui rentrent dans un concept générique*.

On ne retrouve pas davantage une analogie rhétorique à trois termes. Rappelons que dans une telle analogie, les deux termes comparés -la hiérarchie et les états- généraux ou Bonaparte et les femmes- présentent -suivant le locuteur- un *caractère commun* ; ils ne sont pas considérés -contrairement à ce que sous-tend le raisonnement par analogie de premier type- comme des espèces respectivement d'un même concept.

5 - F. Delpérée nous fournit également un exemple de raisonnement par analogie de deuxième type. L'auteur le dit "plus sophistiqué" que le premier (19). Et, effectivement, comme on va le voir, le raisonnement est plus complexe ; mais ce n'est pas sa complexité qui le différencie le plus du raisonnement par analogie de premier type.

"La Constitution [...] belge semble avoir été conçue pour une période de paix -à l'intérieur comme à l'extérieur de l'État- ; dans ce contexte national et international, elle "ne peut être suspendue en tout ni en partie" (article 130). Mais que se passe-t-il en temps de guerre ? [...] Les règles de fonctionnement des pouvoirs publics sont-elles toujours observées ? [...].

Une question précise s'inscrit dans cette problématique : comment la fonction législative va-t-elle être exercée lorsque, selon la formule de l'article 131 *bis* de la Constitution, "les Chambres se trouvent empêchées de se réunir librement sur le territoire national" ? On sait que le pouvoir exécutif, lors des deux guerres mondiales, a eu recours à la technique des arrêtés-lois. La Cour de cassation, dans ses arrêts du 11 février 1919 (Pas., I, p. 9) et du 11 décembre 1944 (Pas., 1945, I,

(17) F. Delpérée, op. cit., p. 204.

(18) J.-J. Robrieux, op. cit., p. 150.

(19) F. Delpérée, op. cit., p. 204-205.

p. 65), considéra que, nonobstant les principes de collégialité que l'article 26 de la Constitution impose pour le fonctionnement du pouvoir législatif, le Roi, dans la première hypothèse, les ministres réunis en conseil, dans la seconde, avaient pu concentrer en leurs mains les attributs de la fonction législative. Plus encore que la solution, c'est l'explication qui retient l'attention. Pour fonder la solution qu'elle retient, la Cour n'hésite pas à invoquer les articles 79 et 82 de la Constitution. Mais, à proprement parler, aucune de ces dispositions ne trouvait à s'appliquer en la matière puisque l'une prend pour hypothèse la mort du Roi et l'autre l'impossibilité -physique- pour le Roi d'exercer ses pouvoirs. Elles méritaient, cependant, d'être retenues dans la mesure où elles concrétisent sans doute un principe général de droit constitutionnel : la continuité de l'exercice du pouvoir doit être assurée nonobstant les événements qui pourraient affecter l'existence des autorités qui en sont investies ; spécialement dans la situation où le pouvoir doit être assuré de manière collégiale, la paralysie qui affecte l'une de ses branches ne saurait empêcher l'autre d'agir. Une application de ce principe est alors procurée en temps de guerre" (20).

Dans ce cas-ci, on procède encore à une généralisation de la norme existante. La différence avec l'analogie précédente réside en ce que ce n'est plus seulement un des éléments de la règle qui est généralisé, mais pour ainsi dire tous ses éléments. Certes, on semble vouloir maintenir la règle telle qu'elle est pour le temps de paix et ne vouloir la généraliser que pour le temps de guerre. Cela dit, on part de l'hypothèse visée qui est celle où *le Roi* est dans l'impossibilité *physique* d'exercer ses pouvoirs, pour aboutir à la condition qu'*une des branches du pouvoir législatif* - les Chambres législatives- est dans l'*impossibilité d'agir*. Ensuite, on part de la règle qui veut que lorsque *le Roi* est dans l'*impossibilité physique d'agir*, ce sont les *ministres* agissant en conseil qui le suppléent, pour aboutir à la règle selon laquelle, lorsqu'*une des branches du pouvoir législatif* est inopérante, c'est *l'autre* qui agit pour elle.

On procède donc à une réécriture complète de la règle, comme si en adoptant celle dont on dispose, le législateur avait eu en tête celle qu'on réécrit, mais qu'il n'avait songé à en donner qu'une application.

Une fois encore, la légitimité du raisonnement est tirée de la raison qui a amené le législateur à adopter la règle dans sa forme actuelle. Également la nécessité où l'on se trouve de "combler" la lacune, attendu le caractère totalement insatisfaisant de la solution qui découlerait d'une application des textes pris au pied de la lettre (21).

6 - On retrouve ce processus de raisonnement à un degré plus intense dans ce que d'aucuns appellent l'"induction amplifiante" (22). Fondamentalement, cependant, l'induction amplifiante nous paraît appartenir au raisonnement par analogie que nous avons appelé "de second type".

On connaît l'idée qui est à la base de l'induction amplifiante : généralement les lois n'énoncent que des applications de principes ; dès lors, lorsque la loi est muette sur une question, il faut, à travers les textes qui règlent des questions

(20) F. Delpérée, op. cit., p. 204-205.

(21) En l'espèce, la Cour de cassation aurait dû, en toute logique, décider que les arrêtés-lois pris au cours des deux guerres mondiales n'avaient pas valeur de lois, puisqu'ils n'avaient pas été adoptés par le pouvoir législatif complet ; par conséquent, ils n'avaient pas pu modifier ou créer des textes pénaux, ceux-ci relevant, en vertu de la Constitution, de la compétence exclusive du législateur ; dès lors, certaines infractions, propres à ces temps de guerre, n'auraient pas pu, comme il s'avérait souhaitable de le faire, être réprimées de manière adéquate.

(22) L. Silance, Un moyen de combler les lacunes en droit : l'induction amplifiante, in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 489 à 512.

semblables à celle qui n'a pas été envisagée, retrouver le principe qui a inspiré la rédaction de ces textes, pour trancher ensuite suivant ce principe la question sur laquelle la loi présente une lacune.

L. Silance donne de multiples illustrations de ce raisonnement : le principe d'indemnisation des troubles non fautifs mais anormaux de voisinage, l'enrichissement sans cause, les droits de la défense, etc. En voici un autre.

En Belgique, il reste toujours vrai que seul l'officier de l'état civil peut dresser l'acte de décès d'une personne et qu'il ne peut le faire qu'après avoir constaté personnellement la mort. Dès lors, dans tous les cas où le corps sans vie d'une personne disparue ne peut pas être présenté à l'officier de l'état civil, s'applique le régime de l'absence, lequel est toujours organisé suivant les prescriptions napoléoniennes déposées aux articles 112 et suivants du Code civil. Attendu le caractère totalement insatisfaisant de ce régime, spécialement dans les cas où la mort est absolument certaine, il n'est pas rare de voir les juges accepter -en dehors de toute loi et, dans une certaine mesure, contre les prescriptions du Code civil en la matière -de prononcer un jugement déclaratoire de décès.

Ils fondent leurs décisions sur le raisonnement suivant. Plusieurs textes envisagent l'hypothèse où des personnes sont mortes dans des circonstances exceptionnelles telles qu'il n'a pas été possible à l'officier d'état civil de dresser l'acte de décès, faute d'avoir pu constater la mort : accidents survenus dans les mines (arrêté royal du 28 avril 1884), décès survenus dans des circonstances de lieu précisées, au cours des années 1914-1918 (loi du 28 juillet 1921) ou 1940-1945 (lois du 20 avril 1948 et du 30 juin 1953). Dans ces cas, les tribunaux peuvent déclarer le décès. L'article 46 du Code civil, d'autre part, prévoit la reconstitution des actes de l'état civil.

En réalité, aucun de ces textes n'est, en soi, applicable au cas où quelqu'un est disparu dans des conditions telles qu'il est certain qu'il est mort, mais où sa mort n'est pas due à un accident dans une mine ou ne s'est pas produite au cours d'une des deux dernières guerres mondiales. Quant à l'article 46 du Code civil, il suppose qu'un acte de décès a existé, mais qu'il a été, par exemple, détruit par un incendie, tandis que dans les cas que l'on envisage maintenant, l'acte de décès n'a pas été établi faute d'avoir pu produire le corps sans vie à l'officier d'état civil.

Toutefois, "la jurisprudence belge admet que l'article 46 n'est pas limitatif, mais simplement *indicatif*" (23). Elle étend dès lors l'application du texte aux cas d'omissions d'actes de l'état civil. D'autre part, quant aux premiers textes cités, "ils attestent que le législateur a toujours favorisé la reconstitution judiciaire des actes de décès qui n'ont pas été dressés régulièrement en raison de circonstances exceptionnelles" (24). Aussi bien, une doctrine autorisée se demande si "cette attitude du législateur ne suggère [...] pas que les tribunaux doivent admettre de la manière la plus large la constatation judiciaire des décès [...]" (25).

Ainsi aboutit-on à dégager un principe selon lequel, lorsque le décès d'une personne se produit dans des circonstances exceptionnelles où la mort est certaine, mais où l'officier d'état civil ne peut pas dresser l'acte de décès faute de disposer du corps sans vie de la personne concernée, le juge peut déclarer le décès.

Entre ce dernier raisonnement et le précédent -concernant la valeur législative des arrêtés-lois de temps de guerre-, il n'y a pas de différence de nature : dans les deux cas on réécrit le droit en étendant une règle qui ne vise qu'un cas particulier. La

(23) De Page, t. II, vol. 1, 4<sup>e</sup> éd., par J.-P. Masson, p. 264.

(24) C. Renard et E. Vieujean, Examen de jurisprudence (1956 à 1960, Personnes et Biens, Rev. crit. jur. b., 1961, 472, n° 9.

(25) C. Renard et E. Vieujean, op. cit.

différence réside en ce que, dans le premier raisonnement, il n'y a qu'une règle dont on puisse tirer parti, tandis que, dans le deuxième, on dispose de plusieurs règles.

7 - Ce que nous voulons surtout observer, c'est qu'on ne retrouve dans aucun de ces raisonnements pourtant dits "par analogie", les traits essentiels de l'analogie mathématique ou rhétorique (26).

On paraît, certes, retrouver une analogie à trois termes : en effet, on commence par relever les traits communs que présentent le cas non réglé et le cas ou les cas réglés. En réalité, on fait relever le cas non réglé et les cas réglés d'un concept ou d'une règle qui les englobe tous, ce qui n'est possible qu'en gommant au maximum leurs caractères spécifiques.

Il n'est donc plus question d'analogie au sens premier du terme, sauf à dire que sont analogues les concepts spécifiques relevant d'un même concept générique. En réalité, il y a égalité -ou si l'on veut parité- entre ces concepts dans la mesure où on néglige leurs caractères spécifiques, pour ne prendre en considération que leurs caractères communs, c'est-à-dire ceux qui définissent en compréhension le concept générique qui les englobe.

Et l'on sait que ce processus de généralisation -qui correspond au souhait de simplification des juristes comme des scientifiques- ne s'arrête qu'au moment où ne se retrouve plus la raison pour laquelle le législateur a réglé comme il l'a fait les cas sur lesquels il s'est prononcé.

En définitive, il y a un raisonnement fondé sur le principe d'égalité, dont le législateur est respectueux, qui tire parti de la parité entre les cas réglés et ceux qui ne le sont pas, non seulement sur le plan de leurs traits constitutifs essentiels envisagés à un certain degré de généralité, mais surtout de la raison qu'il y a de traiter de la même manière tous les cas considérés.

(26) A vrai dire, nous avons rencontré chez P. Vander Eycken (Méthode positive de l'interprétation juridique, Bruxelles, 1906, p. 303) un raisonnement par analogie qui correspond à l'analogie rhétorique : "la situation respective du père et de l'enfant est analogue à celle du tuteur et du pupille", d'où l'auteur tire que "si le législateur a réglé quelque point concernant le tuteur et qu'il ne l'a pas traité à propos du père, on pourra conclure du cas résolu au cas à résoudre". Mais dans les développements qu'il consacre ultérieurement à l'argument d'analogie, cet auteur n'envisage pratiquement plus que "l'identité des hypothèses", même s'il s'attache à préciser avec minutie les conditions de l'identité requise.