

# LE RÈGNE DISCRET DE L'ANALOGIE (\*)

Par

Gérard CORNU  
Professeur émérite à l'Université de Droit,  
d'Economie et de Sciences Sociales de Paris

Pour tous et partout l'analogie est un raisonnement, et le raisonnement par analogie ou extension analogique, un procédé d'interprétation du droit qui consiste à appliquer par identité de raison *a pari (ratione)*, à un cas non réglé par le droit, la solution établie pour un cas semblable (1). Cependant, comme le marque M. Carbonnier (2), l'analogie n'est pas seulement un "procédé herméneutique" mais aussi un "procédé législatif", "l'analogie légale" apparaissant "quand, au lieu de réglementer distinctement deux institutions entre lesquelles il existe une certaine parenté de nature, la loi fait une économie de textes en renvoyant d'une institution à l'autre" (ex. donnés art. 389-4, 202, al. 2, 298, 304).

Ces deux emplois appellent une comparaison, d'autant plus que chacun s'étoffe d'applications parallèles qui font voir, comme un réseau très ramifié, l'ensemble des voies de l'analogie dans la loi ou en dehors d'elle (3).

A la vérité, tout a été bien dit du raisonnement analogique pris comme "mécanisme rigoureusement logique" (4), et même si, à la différence de certaines législations étrangères (5), le recours à l'analogie n'est pas en France expressément

(\*) Cet article a été publié dans les "Mélanges offerts à André Colomer", éd. Litec 1993, p. 129 et s.. Il est reproduit ici avec la bienveillante autorisation de M. le Doyen Gérard Cornu et des éditions Litec que nous tenons à remercier vivement.

(1) André Colomer à qui ces pages sont dédiées pour son oeuvre me permettra de remonter à travers lui aux maîtres qui, dans l'université où il enseigne, m'ont enseigné, Gaston Morin, Emile Becque, Henri Vialleton, Demontes, Cabrillac, pour les unir, dans la gratitude, à l'hommage que nous lui rendons.

(2) *Droit civil*, Introduction, 159.

(3) Il advient d'ailleurs qu'une voie débouche sur l'autre, ce qui se produit lorsque la loi consacre une analogie doctrinale (*infra*, notes 46 et 47).

(4) Carbonnier, *ibid.*.

(5) Code civil italien, art. 12, al. 2: "Si una controversia non puo essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; ...": ces deux dernières précisions sont très ouvertes. Le Code civil portugais consacre l'analogie dans son principe et son critère: article 10 "(*in*egração das lacunas da lei).

1. Os casos que a lei não preveja são, regulados segundo a norma aplicável aos casos analogos.

2. Há analogia sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei". Réservant les exceptions, le nouveau titre préliminaire du Code civil du Costa-Rica consacre aussi l'extension analogique, en se référant à l'identité de la raison. Article 12: "Procedera la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplan un supuesto específico, pero regulen otro, semejante entre los que se aprecie identidad de razón, salvo cuando alguna norma prohíba esa publicación".

consacré par la loi, il l'est, positivement, par la coutume en son adage "*Ubi eadem ratio, idem jus*" (6). Même si, pour des raisons à élucider, la jurisprudence argumente relativement peu "*a pari*" (7), l'argument n'est pas exclu et, à ce rang, il est unanimement admis, au moins en son principe, par la doctrine (8).

Sur cette question traditionnelle, il pourrait paraître paradoxal d'attendre une lumière nouvelle du rapprochement avec la technique législative moins explorée de l'analogie. Mais, à la réflexion, le plus surprenant serait à l'inverse que le mouvement de réformes qui, en refondant l'ensemble du droit de la famille de 1964 aux années 80, a tant apporté, comme modèle législatif, à la théorie générale du droit (9), ne recèle pas dans ses greniers quelque leçon latente sur le bon usage de l'analogie : assez pour atténuer au moins les réticences que celle-ci suscite chez beaucoup d'interprètes (10).

La comparaison révèle qu'en tous ses emplois, l'analogie règne en profondeur comme une source d'inspiration, d'où l'intérêt de contempler d'abord tous les faisceaux de son rayonnement multiple. L'idée vient alors que son empire discret repose sur la force tranquille de sa légitimité.

### - I -

L'analogie est un esprit, une intention comparative. Et s'il est vrai que l'intelligence est l'aptitude à "retrouver le même sous le divers" -comparer c'est comprendre- l'esprit comparatif est à l'oeuvre aussi bien dans l'interprétation que dans la législation, mais par des moyens et à des fins variables.

Dans l'interprétation juridique, l'analogie atteint le point culminant de sa logique, mais ce raisonnement plénier gagne à être rapproché de l'exemplarité, son diminutif moins connu, dont la sécurité relative fait ressortir, par contraste, l'audace de l'analogie *proprio motu*.

Dans son développement intégral, l'analogie autonome ordonne quatre éléments : ayant à traiter un cas non réglé par le droit (c'est le premier lieu du raisonnement, *ubi, ibi*), elle se réfère à un autre cas régi par le droit (second lieu du raisonnement) ; ayant discerné un rapport de similitude entre les deux cas (*eadem ratio*), elle transporte la solution donnée pour le cas prévu au cas non prévu (c'est la conséquence : *idem jus*). Ainsi analysée, la démarche analogique présente deux traits essentiels. L'analogie procède par extension de la solution établie pour une situation déterminée à une situation non réglée. Comme la présomption, elle va du connu à l'inconnu (C. civ., art. 1349) ; mais, là où la présomption, tirant le fait à établir d'un

(6) Ou "*Ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio*".

(7) V. par ex. Paris, 11 juill. 1978 : D. 1979, 422.

(8) Puits de réflexion et de références, Geny, refusant de n'y voir *stricto sensu* qu'un simple procédé d'interprétation, seulement destiné à combler les lacunes de la loi, a même montré que l'analogie, plus largement vouée, même en dehors de toute loi, à combler les lacunes du droit, se rapprochait en cela de la libre recherche scientifique (ce qui aujourd'hui n'empêche nullement de reconnaître l'analogie comme procédé d'interprétation au sens large de ce mot qui a prévalu). V. *Méthode d'interprétation sources de droit privé positif*, 2e éd. 1932, t. I, n° 197 et 108 ; t. II, n° 166. Les auteurs modernes approfondissent la méthode : Kalinowski : *Arch. phil.* 1963, 336 s. ; Zajtay, *Liber amicorum Aubin*, 1979. *Addé* : "L'interprétation dans le droit" : *Arch. phil. dr.*, 1972 ; Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, 1976, 54 s. ; Bornet, *La logique judiciaire devant la Cour de cassation*, PUF 1969, p. 85 s. ; Bergel, *Théorie générale du droit*, 2e éd. 1990, 233 s., 255 ; Ghestin et Goubeaux, *Intr. gén.*, 3e éd. 1990, n° 60 ; Paclot, *Recherche sur l'interprétation juridique*, Th. Paris, doct. p. 196 s.

(9) C'était le thème et la méthode de *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Paris 1970-71, not. p. 9, 172, 192, etc., où revenait l'idée du retour à l'exégèse et à l'analogie.

(10) V. par ex. Ghestin et Goubeaux, *loc. cit.*, dont les réserves sont peu appuyées mais, sous de telles nuances, assez largement répandues en doctrine.

fait établi, se déploie entièrement dans l'ordre factuel de la preuve (11), l'analogie agit sur le droit ; elle étire, d'une situation à une autre, une solution de droit. C'est précisément cette extension du droit à un cas non prévu qui fait, avec la spécificité du procédé, sa faiblesse en certains secteurs et, partout ailleurs, sa vertu. Certaines matières sont en effet gouvernées par un principe qui exclut toute extension de ce genre. Le principe de la légalité des délits et des peines interdit qu'un fait non prévu par la loi soit passible d'une peine édictée pour un cas semblable (12). La vocation résiduelle du droit commun à régir, par principe, tous les cas qui n'y sont pas expressément soustraits, ne permet pas d'étendre une exception spécifiée pour un cas à un cas non énoncé. Ces exclusions réservées, l'analogie a vocation générale à opérer dans l'ensemble du droit et la valeur de principe qui lui appartient commande à son tour de ne pas étendre les exceptions qui lui sont réfractaires (13). Lorsque ainsi la légalité des délits et des peines n'est pas en cause, l'analogie peut prospérer, même en matière pénale, s'il s'agit d'empêcher qu'une prohibition édictée par la loi civile ne soit tournée par le recours à une procédure pénale. L'interdiction d'entendre les descendants sur les griefs des époux dans une procédure de divorce (Nouv. C. proc. civ., art. 205) a été étendue, par identité de motifs, à une information ouverte du chef de faux témoignage, sur plainte avec constitution de partie civile d'un époux, l'audition des enfants dans cette procédure ne pouvant aboutir qu'à éluder la règle de droit (14). La fonction que remplit l'analogie explique qu'elle soit de règle, autant que de besoin. Elle contribue en effet à combler les lacunes du droit au fur et à mesure de l'évolution de la société. Intégrant au droit existant une donnée nouvelle, elle préside ainsi à son adaptation, en quoi un processus d'imitation peut être un facteur d'innovation. La logique de l'équité est en marche dans tous les règlements familiaux.

Précisément, un tel résultat ne peut être obtenu que moyennant un exercice intellectuel, en un sens acrobatique, autre trait du procédé. L'extension analogique d'une règle n'en est pas l'application directe. L'application de la règle à un cas qu'elle ne prévoit pas ne découle pas immédiatement de la règle. Elle découle, selon le processus connu, du principe qu'il faut d'abord dégager de la règle avant d'en tirer une conséquence nouvelle : déduction après induction (15). C'est ce qui fait que

(11) Là où, de son côté, la qualification, arquée du fait au droit, compare le chaos du fait à l'ordre de la catégorie juridique, pour amener celui-là à celle-ci.

(12) V. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, I, 6e éd. 1989 n° 170 s., Pradel, *Droit pénal général*, 7e éd. 1990, n° 168 et 170. En raisonnant, il serait équitable et logique d'étendre les peines du vol aux communications téléphoniques. Mais le raisonnement consacré est autre : Ce sont des "prestations de services non susceptibles d'appropriation qui n'entrent pas dans la catégorie des choses visées par l'article 379 du Code pénal". *Crim.*, 12 déc. 1990 : *Gaz. Pal.* 1992, 1, 18, 9-11 fév. *Comp. cep. Crim.*, 3 août 1912 : S. 1913, 1, 337, note Roux.

(13) Faut-il redire dans le même esprit, que l'exclusion de l'extension analogique des exceptions n'implique nullement (au moins en droit civil), l'interprétation restrictive de celles-ci et n'empêche donc pas qu'une exception -qui est une règle- soit appliquée dans toute la mesure de sa raison d'être, sans retranchement. L'interdiction, pour les époux, de disposer l'un sans l'autre, des droits par lesquels le logement de la famille est assuré devrait s'appliquer même à une résidence secondaire dans des cas où les circonstances de la vie familiale feraient que cette résidence remplit les fonctions d'une résidence principale. *comp. RT* 1966, 103 pour l'application de l'art. 1751 et dans un cas où cette dernière condition n'était pas remplie. Même en matière pénale -où le principe d'interprétation stricte semble être le corollaire de l'exclusion de l'analogie- son étroitesse se desserre parfois : *Ex. Crim.*, 3 oct. 1991 : *Gaz. Pal.* 1992, 1, som. 5, 9-11 fév. Pour la notion de contrainte au sens de l'art. 400, al. 1, C. pén. ; *Crim.* 13 déc. 1990 : *Gaz. Pal.* 1992, 1, 19, sur le délit d'escroquerie.

(14) *Crim.*, 5 fév. 1980 : *Gaz. Pal.* 1989, 1, 286, note Malaval.

(15) C'est d'ailleurs pourquoi l'application de l'article 373-3, al. 2, C. civ. à l'enfant naturel (Civ. 1ère, 18 déc. 1990 : D. 1990, IR 13) n'est pas une véritable extension analogique de ce texte, mais une application directe du principe d'égalité énoncé à l'article 334, C. civ. La Cour de cassation se réfère expressément à cette disposition. On peut seulement remarquer qu'il y est question d'application "en tant

comparaison peut devenir raison. En tant qu'elle est l'oeuvre de l'interprète, son apport propre, cette induction, recherche du fondement rationnel (V. *infra*, II), marque que l'extension raisonnée de la règle est une application non assistée, un exercice libre, un acte doctrinal, une solution "construite" (au sens de Geny), un saut autonome de la pensée qui ne trouve, dans la loi, ni appel ni appui, à la différence de l'exemplarité.

L'exemplarité aussi est une espèce d'analogie (16). Comme l'argument *a pari* elle permet de passer d'un cas prévu, l'exemple donné, à un cas non prévu, au moins non énoncé par la loi. En matière d'accession mobilière, l'article 565 du Code civil, modèle pur, en fait un programme : "Les règles suivantes serviront d'exemple au juge pour se déterminer, dans les cas non prévus, suivant les circonstances particulières". Il annonce aussi que le développement de la règle à partir d'un exemple se différencie de l'extension analogique sous divers rapports. L'exemplarité est d'abord, à maints égards, un procédé légal. C'est une analogie autorisée et assistée. Fondant elle-même son extrapolation, la loi invite l'interprète à la découverte. L'analogie se déploie *secundum legem*. Dans la carrière qu'elle lui ouvre, la loi stimule le raisonnement par l'image qu'elle fait naître. Un exemple légal n'est pas une application quelconque, mais une illustration choisie pour être topique. Les vêtements personnels, les actions en réparation d'un dommage corporel ou moral sont donnés en exemple de propre par nature (C. civ., art. 1404), l'encaissement par la communauté du produit de la vente sans emploi d'un bien propre en exemple de profit tiré d'un patrimoine propre qui en aura récompense (C. civ., art. 1433), le paiement, par la communauté de dettes personnelles ou l'avance de fonds employés à l'acquisition, à l'amélioration ou à la conservation de propres, en exemple de profit personnel dont le patrimoine bénéficiaire devra récompense (art. 1437). Parfois, la loi se contente d'un seul exemple suggestif (la voie unique du passage des copropriétaires, C. civ., art. 700 ; la minorité comme exemple d'exception purement personnelle, C. civ., art. 2012). Le plus souvent, l'association de plusieurs exemples exalte leur pouvoir d'évocation (C. civ., art. 1404, 1433, 1437 préc., art. 737, 738, 2940 ancien, et la panoplie rutilante des articles 566 et 577). La loi donne plus encore. Les exemples dont chacun constitue, à lui seul, une règle certaine, sont presque toujours présentés comme des applications d'un principe énoncé par la loi dans sa généralité. La qualité de propre appartient "plus généralement à tous les biens qui ont un caractère personnel, etc." (art. 1404) ; la communauté doit récompense "toutes les fois qu'elle a tiré profit de biens propres" (art. 1433) et c'est aussi "généralement, toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté" qu'il en doit récompense (art. 1437). Dans cette analogie de faveur qu'est l'exemplarité légale, l'interprète marche à la lumière d'une directive que des exemples éclairent à leur tour.

Plus sûr, le procédé demeure délicat. Même avec un tremplin, un saut reste à faire d'un cas à l'autre. Un saut dans le vide. Le vide à combler est ici, il est vrai, une lacune *intra legem*. Le travail de l'interprète devient de mettre à jour le contenu de la notion générique de "profit", de "profit personnel" (art. 1433, 1437), d'"exception personnelle" (art. 2012), de non-aggravation de la servitude (art. 700),

que raison". En vérité, il n'y a pas à raisonner, au moins sur le principe. Il n'y a pas d'analogie, parce qu'il n'y a pas d'induction à faire, de principe à dégager, mais seulement un principe légalement consacré à appliquer (V. *La Famille*, n° 67, note 16, et n° 100, note 69). La formule s'explique cependant si elle signifie seulement que, pour l'application de l'article 373-3, l'enfant de parents divorcés et l'enfant de parents non mariés sont identiquement dans la même situation lorsque décède celui de ses parents qui avait l'exercice de l'autorité parentale, mais que, pour repérer cette similitude, il faut un instant de raison. Sur le plein sens de la formule, V. *Vocabulaire juridique*, V° Raison (en tant que).

(16) V. *Vocabulaire juridique, hoc verbo. Droit civil*, t. 1, n° 215 bis.

de "caractère personnel" ou, "d'attache exclusive à la personne" au sens de l'article 1404, sa fonction spécifique de présider à l'application d'une notion-cadre. Là où le raisonnement analogique travaille en extension, au-delà de la loi, l'exemplarité travaille en compréhension, "*intra legem*". D'irréductibles difficultés n'en surgissent pas moins. N'y avait-il pas quelque raison de reconnaître dans l'office ministériel (acquis pendant la communauté), comme au monopole d'exploitation de l'oeuvre de l'esprit créée pendant le mariage, le caractère personnel qui en eût fait, sauf récompense, un propre par nature au sens de l'article 1404 ? La jurisprudence préfère maintenir la distinction du titre et de la finance (17). La tradition l'emporte sur l'analogie qui serait ici créatrice (sans conséquence majeure on le sait). Même tracée en pointillé, la voie de l'analogie inspire méfiance. L'encadrement légal de l'exemplarité est encore imparfait. Un pas de plus, et l'analogie sort du champ de l'interprétation pour entrer dans celui de la législation.

Comme technique législative, l'analogie n'est pas un procédé catalogué. C'est une inspiratrice de l'art législatif dont la "force créatrice" (Geny) agit en amont de la loi. On la remarque d'autant moins que, lorsque le législateur lui donne effet, il ne laisse pas à l'interprète la charge de l'analogie, il l'accomplit lui-même. D'où l'intérêt d'amener à la lumière les manifestations et la fonction de ce parti législatif.

Les applications de l'analogie sont présentes dans la loi sous des formes diverses qui, pour n'être pas étiquetées comme telles, dans la science de la législation, n'en sont pas moins assez repérables. La réforme des régimes matrimoniaux, en 1965, doit voir porter à son crédit d'avoir lancé certains *types de règles* dont elle a fait de multiples usages (internes), en parallèle. Elle a institué tout un éventail de mesures judiciaires de protection, autorisation (C. civ., art. 217), habilitation (art. 219), mesures urgentes (art. 220-1), concentration de pouvoir (art. 1426), transfert d'administration (art. 1429) qui forment un ordre par leur caractère homologue de mesure provisoire de régulation des pouvoirs de régime dans l'intérêt de la famille (18). Dans la répartition légale même des pouvoirs, elle a donné corps à des modes de gestion qui forment une trilogie consacrée : gestion conjointe (ex. art. 215, al. 3, art. 1422 à 1425), gestion concurrente (art. 220, art. 1421, al. 1), gestion exclusive (art. 225, 1428, etc.). Dans l'exercice ordinaire des pouvoirs, elle a établi des présomptions de pouvoir (art. 221, 222). Elle a créé la hiérarchie très étudiée des modes d'intervention dans les affaires du conjoint : mandat exprès (art. 218, 1431, 1539), mandat tacite supposé en cas d'intervention au su du propriétaire et sans opposition de sa part (art. 1432, al. 1, 1540, al. 1), immixtion au mépris d'une opposition (art. 1432, al. 3, 1540, al. 3), gestion d'affaires (art. 219 *in fine*). Or (c'est alors une projection externe), le développement ultérieur des réformes du droit de la famille lui a donné l'occasion performante de servir de modèle, de proche en proche. Les mesures d'intervention judiciaire en matière d'indivision ont été calquées sur les mesures judiciaires de protection, l'habilitation de l'article 815-4 sur celle de l'article 219, l'autorisation de l'article 815-5 sur celle de l'article 217, les mesures d'intérêt commun de l'article 815-6 sur les mesures urgentes de l'article 220-1. Pour les parents, deux nouvelles présomptions légales de pouvoir ou d'entente sont venues régler en parallèle l'exercice quotidien de leur autorité, en matière extrapatrimoniale (art. 372-2) et en matière patrimoniale (art. 389-4), une autre présomption semblable venant desserrer, dans l'indivision, la règle d'unanimité pour l'accomplissement des actes conservatoires (art. 815-2, al. 1 et 2). Dans l'indivision, deux des modes

(17) C'est la tendance que font apercevoir, sur ce point ou d'autres, voisins, divers arrêts : Civ 1ère, 12 nov. 1987 : Bull. n° 287, p. 206 ; 8 déc. 1987 : Bull. n° 333, 240. En ce sens, "après mûre réflexion", André Colomer, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, n° 738.

(18) V. sur tous ces points A. Colomer, *op. cit.*, n° 129 s., 506 s., 549 s.

d'intervention dans les affaires d'autrui (mandat exprès, et présomption légale de mandat tacite pour les actes d'administration, art. 815-3, al. 1 et 2), reproduisent les modèles matrimoniaux (art. 1431 et s., 1539 et s., préc.). Ainsi reconnaît-on dans l'exercice de l'autorité parentale et dans la gestion des biens indivis la combinaison de deux au moins des trois modes de gestion de la typologie matrimoniale : action conjointe (art. 372, 389, 389-1, 389-5, 815-3) action concurrente (art. 372-2, 389-4, 815-2, al. 1 et 2, 815-9). L'imitation a joué. Elle a diffusé, en diverses matières des règles forgées sur un même type, applications, jumelles ou proches voisines, d'un "canon législatif" (19). Ces canons sont enfants de l'analogie. Canons de lumière.

L'analogie apparaît plus ouvertement encore sous la forme expresse de l'emprunt et de l'assimilation légale (20). Ces moyens assurent formellement la propagation du droit, à partir d'un modèle, par voie de rattachement ou de référence. La séparation de corps emprunte au divorce l'ensemble de ses causes (art. 296), l'essentiel de sa procédure (art. 298) et certaines de ses conséquences (art. 306); l'adoption simple emprunte nombre de ses conditions à l'adoption plénière (art. 361); l'action à fins de subsides obéit aux règles de l'action en recherche de paternité naturelle pour sa recevabilité (art. 340-2 et 340-3 sur renvoi de l'art. 342-6) et certains de ses effets (empêchements à mariage, art. 342-7). L'ouverture et la fin de la curatelle des majeurs sont réglées sur celles de la tutelle (art. 509). Les pouvoirs de l'administrateur légal se mesurent à ceux du tuteur (art. 389-4), ceux du gérant de l'indivision sur ceux de l'époux commun (art. 1873-6) et, pour les baux en partie, ceux de l'époux commun sur ceux de l'usufruitier, homme de base (art. 1425). Figure gigogne, renvoi à double détente. Empruntant aux récompenses le principe et la mesure de leur revalorisation, les créances personnelles entre époux communs servent, par relais de modèle, aux créances semblables entre époux séparés de biens (art. 1469, 1479, 1543). Dans le Code civil ou le Code de procédure civile, il n'est pas rare qu'une institution soit traitée, sous certains rapports, "comme" une autre. Après annulation du mariage ou légitimation bilatérale par autorité de justice, il est statué "comme en matière de divorce", sur l'exercice de l'autorité parentale (art. 202, 333-5). Certaines demandes en justice "sont instruites et jugées comme en matière gracieuse" (absence, Nouv. C. proc. civ., art. 1067, 1069; autorisations non conflictuelles et habilitations, art. 1287, 1289) (21).

Les analogies forment ainsi, dans la loi, un réseau assez dense qui doit être restitué à la science législative (22). Il s'agit bien d'une technique législative à accrédi-ter comme telle, en reconnaissant les finalités auxquelles elle est ordonnée en bonne législation.

Dans cet ordre, l'analogie a évidemment pour fonction et vertu, de réaliser une économie de droit. Lorsqu'elle procède par renvoi d'une disposition à une autre (ou à une autre matière) il en résulte, formellement, une économie de textes (23). Lors même cependant que les dispositions sont reproduites sous divers articles ou réécrites avec les adaptations nécessaires (ex. art. 1431-1432, 1539-1540; c'est toujours le cas des canons législatifs), l'opération se solde, au fond, par une économie de droit. L'analogie produit moins de droit. Elle le réduit. Elle agit sur les normes de droit en normalisant leur type et en diminuant leur nombre : au total moins de règles et plus de semblables. Ce gain en introduit un autre. L'analogie travaille à la cohésion du droit. Elle est source de cohérence.

(19) V. *Vocabulaire juridique, hoc verbo*.

(20) *Vocabulaire juridique, V° Assimilation. Droit civil, t. 1, n° 215*.

(21) *Adde* C. civ., art. 625, 1958, 2090, etc.

(22) V. aussi le procédé de l'application "en tant que de raison". Ex. C. civ., art. 1578.

(23) Carbonnier, *op. cit.*, 159.

En ce sens, son action comporte des degrés. La méthode analogique accède à l'unité lorsqu'en divers lieux, elle fait régner la même règle, identiquement ou sous des variations secondaires (ex. art. 509, ou 372-2 et 389-4). Lorsque, d'une application à l'autre, la même règle subit des adaptations plus sensibles (ex. art. 220-1 et 815-6), il en ressort au moins une harmonisation. Qu'elle unifie ou qu'elle harmonise, l'analogie ordonne un ensemble; elle articule un corps de droit.

En liant des éléments, elle fait ainsi voir qu'elle travaille à un tout. L'intelligence de son oeuvre de synthèse donne une autre lecture du droit : une lecture globale et comparative. C'est d'ailleurs pourquoi l'analogie trouve son épanouissement naturel au sein d'un code. Il n'est pas exclu qu'elle déborde sur des lois extérieures et se propage même de loi spéciale en loi spéciale (ex. les lois du 4 juill. 1980 et du 10 juill. 1982 instituant, pour l'administration, des présomptions de mandat); l'analogie demeure au premier chef un effet type de codification, ce qu'illustre la refonte, au sein du Code civil, du droit de la famille. Sous tous ces rapports, l'analogie légale est un modèle. L'analogie a son archétype dans la loi.

Bienfaites en elles-mêmes dans l'art de faire les lois, ces fonctions méthodologiques ne sont cependant pas les plus profondes. En législation comme dans l'interprétation, l'analogie tire sa justification fondamentale de la raison qui la commande.

## - II -

La légitimité de l'analogie dépasse la question de sa valeur positive, laquelle est évidente pour l'analogie incorporée à la loi et n'est guère douteuse, en son principe, pour l'argumentation analogique.

Il s'agit d'aller au fondement qui justifie sa mise en oeuvre par le législateur ou l'interprète. Il est le même pour l'un et l'autre : le règne de l'analogie est le règne même de l'équité. Qu'elle soit considérée, en chacun, comme un "instinct profond de notre nature" (24) ou, plus objectivement, comme une exigence de l'égalité (25), l'équité commande de traiter semblablement des choses semblables. Elle l'ordonne sous la condition de l'identité de raison. C'est la substance même de la maxime latine.

Il reste que, dans ses applications légales, l'analogie est un processus accompli, le produit fini d'une "auto-imitation" légale. *L'idem jus* est la conséquence que le législateur tire de l'appréciation qu'il fait lui-même de *l'eadem ratio*. Son raisonnement est exposé à la critique, mais il existe, et il peut ici encore servir de modèle. Dans l'interprétation, le raisonnement reste à faire. La démarche incombe à l'interprète. A lui d'apprécier *l'identité de raison*. D'où l'intérêt d'approfondir la question : Quelle raison ? Quelle identité ?

*La raison qui justifie l'extension* raisonnée de la règle de droit est la raison même de cette règle, le principe qui en gouverne la mesure. La raison d'être de la règle est le véhicule de sa projection analogique : *αυα λόγον secundum rationem*. Mais ce critère qui a l'air évident ne prend force qu'en chassant plusieurs malentendus.

*Brevitatis causa*, la raison déterminante (26) est souvent nommée *ratio legis*. Mais si l'on entend strictement par là la seule intention du législateur historique, l'analogie se recroqueville sur une référence trop étroite, fermeture qu'a foudroyée la

(24) Geny, *op. cit.*, n° 165.

(25) Geny, *ibid.*

(26) Ce sont les "*razões justificativas*" de l'analogie du droit portugais (C. civ., art. 10-1).

véhémence de Geny. Se référant à la distinction entre *Gesetzesanalogie* et *Rechtsanalogie* de la doctrine allemande, il a montré que l'analogie ne se nourrit pas seulement de la *ratio legis* aussi strictement entendue, mais de la *ratio juris* (27). Plusieurs propositions peuvent être édifiées sur le lieu de cette controverse dépassée :

- 1) L'analogie a vocation à se déployer soit à partir d'une disposition de la loi, soit à défaut ou en dehors de la loi ;
- 2) La référence à l'intention du législateur n'est ni exclue ni exclusive : ni exclue, car il est bon aujourd'hui encore de s'y référer surtout pour l'intelligence de lois toutes fraîches ; ni exclusive, car la raison de la règle (*la ratio legis* au sens large de l'exégèse, elle aussi largement entendue) n'est pas seulement dans l'intention du législateur mais, plus objectivement, dans la finalité et les objectifs de la loi, plus amplement encore dans l'esprit de la loi, plus diffusément même dans l'esprit du système juridique (*espírito do sistema*, art. 10, 3, Code civil portugais). Cette non-exclusivité ne signifie pas que ces diverses données n'ont qu'une vocation subsidiaire à éclairer l'interprète. L'idée essentielle est au contraire que l'induction du principe supérieur d'où découlent de nouvelles conséquences gagne toujours à se fonder sur des critères associés et sur le discernement des convergences essentielles (28).

Quand la Cour de cassation admet qu'après l'annulation d'un mariage par un jugement qui n'avait pas statué sur le caractère putatif de celui-ci, ce caractère peut encore être retenu par un jugement ultérieur, en faveur de l'époux de bonne foi, ce rattrapage bienveillant est conforme à l'esprit dans lequel baigne l'institution depuis ses origines (29). Si de même (30), l'interdiction d'entendre les descendants sur les griefs invoqués par les époux à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps a été étendue analogiquement à la compagne d'un fils (31) et à une information ouverte au pénal du chef de faux témoignage (32), c'est parce que, dans les deux cas, les juges se sont élevés au "souci de décence et de protection des intérêts moraux de la famille" qui inspire cette disposition dans l'intention de ses rédacteurs ou par référence au devoir millénaire de respect filial (33). L'esprit souffle dans l'analogie sans mesquinerie.

Cependant -autre éclaircissement nécessaire- la raison qui légitime l'analogie n'est pas exclusivement dans le principe que l'induction dégage, elle est néces-

(27) *Op. cit.*, n° 107.

(28) C'est l'une des conclusions notables du colloque consacré à "La découverte du sens en droit" (V. surtout 2e et 4e propositions de synthèse), ARSP, vol. 84, 1992, éd. Franz Steiner.

(29) Civ. 1ère, 28 mai 1991, D. 1992, 121, IR 179 : note Massip.

(30) On pourrait être tenté de citer d'autres exemples à consacrer, le cas échéant, par les tribunaux. Comment ne pas admettre que, dans tous les cas où la femme, après divorce, est admise à conserver le nom du mari, soit de droit (C. civ., art. 264, al. 2), soit avec l'accord du mari ou l'autorisation du juge (*ibid.*, al. 3), le mari pourrait en faire autant, *mutatis mutandis*, s'il avait joint au sien le nom de sa femme ? Réciprocité évidente. On est cependant ici à la limite extrême de l'analogie et au seuil de l'application directe du principe de l'égalité des sexes du mariage. Il est vrai qu'à la différence de l'égalité des enfants (C. civ., art. 334, v. *supra*, note 15), ce principe n'est pas proclamé dans un énoncé de synthèse. Mais il imprègne tout le droit matrimonial dont il est une assise essentielle et, de l'article 212 à l'article 225 du Code civil, il va de consécration en consécration.

(31) Rouen, 11 mai 1989 : *Gaz. Pal.* 1989, 2, 24-25 nov.

(32) Civ. 1ère, 5 fév. 1980, préc. : *Gaz. Pal.* 1980, 1, 286, note Malaval.

(33) L'article 205 NCPC a décidément une fortune analogique remarquable : V. *supra*, note 14. La prohibition qu'il édicte a également été étendue, en cas de report de l'effet de la dissolution de la communauté, à la preuve de la faute qui peut y être impliquée : Civ. 2e, 3 oct. 1980 : JCP 90, IV, 376. Il s'agissait, il est vrai, d'un conflit à l'occasion d'un divorce, et la décision vise l'article 262-1 C. civ. Ce n'est cependant pas une application directe, car il ne s'agissait pas des griefs à l'appui d'une demande en divorce, mais de la faute à l'origine de la séparation de fait, dans son action sur le report : application ô combien légitime, mais analogique. La preuve serait plus nette, s'il était fait application de l'article 205 NCPC au report après dissolution par décès, mais l'extension achopperait peut-être, au moins pour les héritiers en cause. Est-ce bien sûr ?

sairement aussi dans les conditions qui en commandent l'extension d'un cas à un autre. Ce n'est pas seulement une raison théorique, le principe supérieur considéré *in intellectu* dans ses potentialités, mais *in actu*, une raison pratique, la réalité des circonstances similaires qui justifient son application ici et là (*ubi* et *ibi*, on y revient, *in casu* et *in casu*). L'*eadem ratio* ne s'accomplit qu'en descendant du principe commun aux applications parallèles. Or le parallélisme des applications repose entièrement sur le rapprochement des deux lieux du raisonnement, c'est-à-dire sur la similitude des cas. D'où l'ultime et intimidante question du juste *discernement des similitudes*.

On voit bien, en effet, quelle rigidité risque de paralyser l'intelligence du "même sous le divers" ; mais on n'est jamais sûr de posséder le secret de la légèreté qui la libère.

La tentation dogmatique évidente serait de ramener la similitude des cas à l'identité de nature (34). L'identité de nature n'en est que la forme excellente. Si, dans la communauté conventionnelle, le principe de la corrélation de l'actif et du passif doit être appliqué, de façon rigoureusement invariable, à toutes les clauses de partage inégal (attribution intégrale, réduction de part, etc.) nonobstant les formulations diverses ou le silence de la loi (V. C. civ., art. 1521, 1524), c'est qu'il est de l'essence de ce genre de clause de faire varier dans sa quotité, sans altérer sa nature, le titre universel qui appelle le copartageant avantagé à recueillir, en tout ou en plus forte partie, une masse active et passive (35). Si, de même, l'article 1518 doit être étendu de la clause d'attribution intégrale (art. 1524, *in fine*) à la clause de réduction de part, c'est qu'il est de la nature des gains de survie de patienter jusqu'au décès qui les actualisera, lorsque la communauté a été dissoute du vivant des époux (36).

Mais, le plus souvent, la raison qui légitime l'analogie repose, de façon réaliste, sur la seule *similitude des situations* (37). Telle est, sans doute, la plus grande leçon que l'analogie légale donne à l'interprétation analogique. Si la nullité de mariage et la légitimation bilatérale par autorité de justice empruntent au divorce les modalités d'exercice de l'autorité parentale (C. civ., art. 202 et 333-5), c'est seulement parce que la situation familiale est la même, de *jure* certainement, et de *facto* très vraisemblablement : un lien conjugal rompu ou non créé, l'absence de communauté de vie et un enfant rattaché à chacun de ses parents par un lien de filiation légalement établi : de telle sorte que la nécessité d'organiser l'exercice de l'autorité parentale à partir du double lien, mais à défaut de vie conjugale commune, s'ouvre naturellement sur le même éventail de solutions (C. civ., art. 287, 373-2), que l'on retrouve dans la famille naturelle à double lien sans communauté de vie (C. civ., art. 374). Si l'on réserve ce dernier cas, il serait absurde d'en tirer que ces institutions sont de même nature, ou semblablement de critiquer la solution uniforme en montrant qu'elles sont de nature différente. La nature des institutions n'a, ici, rien à faire. Il y a seulement des situations juridiques semblables à traiter semblablement.

(34) Sans doute est-ce ce qui fait obscurément obstacle à la transposition d'une institution à une autre différente, de certaines règles gouvernant la première, ainsi de l'application à l'indemnité de l'article 815-13, C. civ. (en matière d'indivision) de la règle relative aux intérêts de récompenses (art. 1473). Il est sûr que cette disposition n'est pas directement applicable à une telle indemnité (Civ. 1ère, 9 juill. 1991 : *Gaz. Pal.* 1991, 2, pan. 332). Mais pourquoi ne lui serait-elle pas ouvertement étendue analogiquement, par identité de raison ? L'analogie ne postule pas une identité de nature. Elle ne confond pas les institutions. Bien mieux, l'analogie qui est toujours raisonnée, jamais systématique, peut être partielle et la non-confusion est d'autant plus évidente que l'emprunt est fragmentaire.

(35) Colomer, *op. cit.*, n° 1150 ; *Thémis*, 6e éd., p. 708.

(36) Colomer, *op. cit.*, n° 1149 ; *Thémis*, p. 714.

(37) Quand cette similitude n'existe pas, l'analogie boite. V. La démonstration de C. Watine-Drouin sous Lyon, 29 janv. 1987 : *D.* 1988, 15 (décision cassée par Civ. 1ère, 4 oct. 1988 : *D.* 1989, 304, note Massip).

La jurisprudence a compris la leçon, pour l'octroi de la prestation compensatoire, après annulation d'un mariage, en faveur de l'époux qui subit la disparité des conditions de vie, dans un cas où les deux époux étaient de bonne foi (38). Pour prolonger l'analogie, il faut comprendre que c'est cette disparité qui ouvre droit à compensation après la dissolution entre vifs du mariage. C'est pourquoi il ne faudrait le refuser qu'à l'époux seul de mauvaise foi, sauf tempérament exceptionnel (arg. anal. C. civ. art., 280-1, torts exclusifs), mais non, en cas de mauvaise foi partagée (comp. torts partagés) à l'époux qui souffre de la disparité (39). Il est dommage que la même vue n'ait pas prévalu pour étendre au ménage de fait les règles de l'obligation (40) et de la contribution aux charges de mariage (41). Il ne s'agirait pas d'admettre l'application directe à l'union libre des articles 214 et 220 du Code civil, mais, à découvert, le recours ostensible à l'extension analogique (42), sur la force autonome et suffisante de l'analogie qui, s'agissant de relations stables et continues (point à vérifier *in casu*), réunit ici tous les éléments de sa légitimité : le principe commun (sécurité des tiers, équité entre intéressés) et la similitude des cas (ménage réel et patent).

Dans l'appréciation de cette similitude, le plus subtil demeure de saisir le génie de la comparaison. Dans l'analogie, l'intelligence évolue légère, attique et bondissante. "Libre (comme l'imagination)", elle répond à un "besoin de poésie". Elle est inventive et primesautière en effet dans sa quête des exemples et son regard sur les rapports. Dans ce "système de reflets" (43) faudrait-il craindre, avec la part du jeu, qu'une analogie plus intuitive que rationnelle, ne cède à l'artifice ? Il est essentiel de comprendre que l'analogie, déliée comme elle l'est, est surtout sélective. "C'est la métaphore du droit", écrit M. Carbonnier. Pourrait-on ajouter la parabole ? La comparaison prise des pousses du figuier laisse l'arbre dans l'ombre. L'analogie n'est pas attelée à dresser le tableau méthodique de tous les rapports de correspondance. Elle capte un chef de rattachement. Son génie est de faire saillir, dans le chaos des différences, le point commun pertinent décisif (44). Elle est toute dans ce discernement qui est de finesse plus que de géométrie. Si la protection possessoire est "pareillement" accordée au détenteur précaire contre tout autre que celui dont il tient ses droits (C. civ., art. 2282, al. 2), c'est que, sans être arrachée, dans son ordre naturel, au titre juridique qui gouverne un tel rapport, la détention laisse son titulaire, à l'égard des tiers, dans une situation assimilable, sous ce rapport précis, au possesseur. En ce sens, l'analogie est l'envers - et la face positive - du *distinguishing* qui, pour séparer deux cas, monte en épingle la différence spécifique. *L'analogie met en relief la convergence déterminante.*

Il n'y a pas à s'étonner que l'analogie n'ait, en jurisprudence, que des applications clairsemées. Les réformes les mieux inspirées l'ont, en maints domaines, incorporée à la loi, et le phénomène tout différent du surdéveloppement

(38) Civ. 1ère, 23 oct. 1990 : D. 1990, IR 260 ; *La Famille*, n° 293.

(39) En ce sens Carbonnier, *La Famille*, 17.

(40) Mais, on le sait, la non-application directe de l'article 220 C. civ. est compesée par les effets résultant de l'apparence du ménage.

(41) Civ. 1ère, 11 janv. 1984 : D. 1987, chron. Prothais ; Paris, 21 sept. 1989 : D. 1990, 500, note Paisant.

(42) Suggestion du doyen Carbonnier, préface *Les concubinages*, Vol. 1, 1986. *Adde, La Famille*, n° 46, note 11.

(43) Toutes les citations entre guillemets sont du doyen Carbonnier, *Introduction*, 159.

(44) V. en ce sens *Vocabulaire juridique*, V° Analogie (*raisonnement par*) qui, après avoir précisé que l'extension analogique d'une règle, d'un cas à un autre, suppose que la "règle a la même force dans les deux cas", spécifie que cette condition n'est remplie que si "dans la *ratio legis* ce en quoi les cas sont semblables est déterminant pour l'application de la règle".

général de la législation lui laisse moins de lacunes à combler (45). Elle-même contribue à sa propre éviction. L'analogie doctrinale peut avoir un aboutissement légal, comme il est advenu à l'extension raisonnable de l'attribution préférentielle du cas de décès au cas de divorce (46), ou de la revalorisation des créances personnelles entre époux sur le modèle des récompenses (47). C'est la fonction législative de l'analogie (48).

Sans attendre cette issue problématique, l'analogie assume, résiduellement, une irréductible fonction correctrice d'interprétation (49). Elle autoriserait à plaider pour l'extension, au divorce sur double aveu, du délai inaugural d'attente que l'article 230 *in fine* énonce dans le paragraphe propre au divorce sur demande conjointe (restaurant d'ailleurs un parallèle que marquait le texte initial avant les remaniements terminologiques qui l'ont, par mégarde sans doute, effacé). Si, comme la loi le fait pour les subsides (C. civ., art. 342-2, al. 2), la jurisprudence décidait de priver du service prolongé des aliments, l'enfant majeur dont l'état de besoin est imputable à faute, l'analogie aurait à son crédit d'avoir enrichi, sur un jalon avant-coureur, la théorie générale de l'obligation alimentaire (50). L'analogie attend vigilante et marginale. Depuis des siècles. Force "spirituelle" au rang des sources réelles du droit, mais en réserve. *Patet interdum in judicio, saepe latet in lege, semper in mente* : comme l'équité.

(45) Dans la motivation des décisions de justice, l'analogie se heurte d'ailleurs à la tendance legaliste, à la loi de la facilité et au poids de la routine. L'analogie exige du temps et de l'invention. Il est plus simple d'écrire : "Il résulte (ou il ne résulte pas) de la loi", que de raisonner. L'exigence du visa dans les arrêts de la Cour de cassation ne lui est cependant pas défavorable, chaque fois au moins qu'elle se développe à partir d'une disposition de la loi.

(46) Avec les précautions souhaitables, la réforme des régimes matrimoniaux a admis en 1965 l'attribution préférentielle après divorce (C. civ., art. 1476, al. 2), consacrant ainsi une extension analogique, fondée sur l'identité des considérations familiales et économiques qui justifient ce mode de partage, que la jurisprudence avait admise (Civ. 1ère, 9 nov. 1954 : D. 1954, 749, note R. Savatier) en écho à une suggestion doctrinale (Carbonnier : DC 1943, J, 82).

(47) V. *Les régimes matrimoniaux*, Thémis, 6e éd. 1992, p. 640.

(48) On pourrait multiplier les exemples : Pourquoi la légitimation n'est-elle pas dotée des mesures d'adaptation qui accompagnent, dans la famille naturelle, les variations relatives à l'attribution du nom ? Les changements de nom ont besoin, ici et là, d'un régulateur. V. *Droit civil*, t. 1, n° 579, note 47.

(49) Serait-il besoin d'une retouche législative pour décider que, lorsqu'ils choisissent, par demande conjointe, d'exercer en commun l'autorité parentale (C. civ., art. 374, al. 2), les parents naturels sont tenus d'indiquer chez lequel d'entre eux, l'enfant aura sa résidence habituelle, comme les parents doivent le faire, après divorce, et le juge lui-même dans tous les cas où l'autorité parentale est exercée en commun après divorce (C. civ., art. 287) ou dans la famille naturelle (art. 374, al. 3) ? S'agissant d'une mesure de sauvegarde, l'intérêt de l'enfant serait la raison de combler cette lacune (par omission sans doute) sans pour autant soumettre l'adoption volontaire de l'exercice conjoint à un contrôle d'opportunité que la jurisprudence refuse justement au juge, seulement appelé à vérifier que les conditions légales sont remplies. A la vérité, s'agit-il même d'une extension analogique ? On retrouve l'idée que cette harmonisation est une exigence directe du principe d'égalité (entendons de l'égalité protection due à l'enfant naturel).

(50) C'est par une démarche comparable que l'on peut tirer de l'article 282 C. civ., disposition particulière au devoir de secours après divorce pour rupture de la vie commune, l'invitation générale à toujours tenir compte, dans la fixation d'aliments, des ressources et des besoins de chacun des époux.