

LES FONCTIONS DE L'ANALOGIE EN MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

Par

Jean-Louis BERGEL

*Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
Président de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique*

"L'analyse est aux idées ce que la ressemblance est aux images" (1). En droit, elle met en oeuvre ce "sens de l'identité" qui impose d'appliquer un même traitement à des situations semblables, ce qui démontre la rationalité du droit et renforce sa cohérence. "Passage du même au même, ou conclusion du semblable au semblable", elle est "à la base des procédés intellectuels qui contribuent à l'élaboration juridique" (2).

"Accepter une analogie, c'est accepter les conséquences qui en découlent", disait Ch. Perelman (3). Quand les raisons qui justifient une règle se retrouvent dans une situation voisine, cette règle doit lui être étendue. De même qu'une différence de nature entraîne une différence de régime (4), une identité de nature implique une identité de régime.

Mais le principe "à conditions semblables, solutions identiques", qui paraît se fonder à la fois sur la logique intellectuelle et l'égalité juridique, n'est ni d'une parfaite orthodoxie scientifique, car il ne traduit qu'une ressemblance et non une identité absolue, ni d'une absolue sécurité juridique, car il risque d'étendre abusivement le domaine des règles de droit à des situations qu'elles ne peuvent régir. "Les défenseurs de la loi écrite" lui reprochent ainsi d'enfreindre la souveraineté du droit légiféré, alors qu'il joue un rôle central en "common law", dans la transposition des précédents aux nouveaux cas à juger.

On peut encore, comme G. Kalinowski (5), se méfier de l'analogie, parce qu'elle n'implique que des solutions probables, tout en reconnaissant son utilité, parce que les conclusions auxquelles elle conduit sont plus souvent exactes que fausses.

(1) L.-M. Morfaux, "Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines", éd. Armand Colin, 8^e éd. V^e Analogie.

(2) F. Gény, "Science et technique en droit privé" T. I, n^o 54.

(3) Ch. Perelman, "Logique juridique, nouvelle rhétorique", Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2^e éd. n^o 68.

(4) J.-L. Bergel, "Différence de nature égale différence de régime", RTD Civ. 1984, p. 255 et s.

(5) G. Kalinowski, "Sur l'inférence par analogie", groupe de travail sur l'analogie, Recueil n^o 2, Sept. 1980 (CNRS, UA 962).

En réalité, l'analogie n'est qu'un procédé intellectuel parmi d'autres. Elle ne saurait s'imposer à l'exclusion d'autres raisonnements ou d'autres méthodes et doit, au contraire, leur être confrontée et comparée.

Cela peut accroître son utilité et neutraliser ses dangers.

D'ailleurs, l'analogie joue, en droit, des rôles divers. Elle est, selon les cas, un procédé d'élaboration du droit, un mode de raisonnement et un simple argument ou une méthode d'interprétation. Ses vertus et ses tares ne peuvent être uniformes selon l'usage qu'on en fait.

Le recours à l'analogie suppose surtout une appréciation malaisée et variable des similitudes des situations en cause dont la rigueur ou l'ampleur détermine la plus ou moins grande certitude des conséquences qu'on en déduit.

L'analogie, en méthodologie juridique, a certainement un rôle important à jouer. Mais sa justification logique (I) et son application dynamique (II) relèvent de données différentes.

I - LA LOGIQUE DE L'ANALOGIE

Dans le "vocabulaire philosophique" de Lafande (6), l'analogie revêt principalement deux sens différents. Dans son sens primitif et propre, c'est "l'identité du rapport qui unit deux à deux les termes de deux ou plusieurs couples" : autrement dit, A est à B ce que C est à D. Il s'agit d'éclairer ainsi au moyen d'une relation connue (ce que C est à D) une relation moins connue (ce que A est à B) que l'on analyse ou dont on parle (7). Dans son sens courant, l'analogie est une ressemblance plus ou moins lointaine qui permet de transposer une solution juridique à une hypothèse semblable qui n'est pas résolue par la loi (8).

L'analogie, en droit, sert à la fois de mode de raisonnement et de procédé d'interprétation. Mais son utilité dépend de la définition (A) qu'on en donne et des fonctions (B) qu'on lui assigne.

A - LA NOTION D'ANALOGIE

L'analogie exprime, non une identité, mais une similitude entre deux choses différentes. Elle se situe à mi chemin entre la différence et l'équivalence. La référence à l'analogie implique une ou des ressemblances entre deux choses, deux situations, deux règles ... que l'on compare et qui, bien qu'elles ne soient pas semblables, ont entre elles des points communs.

Il est ainsi manifeste que l'analogie échappe à toute logique formelle. Celle-ci ne saisit que l'identité, voire la proportion, et ignore de simples ressemblances (9) qui ne constituent même pas des équivalences, c'est-à-dire des égalités partielles (10).

Ainsi, l'analogie est une notion incertaine et élastique. Tout dépend de savoir selon quels critères on reconnaît que deux choses sont analogues et quel degré minimum de similitude est acceptable pour établir une analogie.

Les critères de ressemblances qui fondent l'analogie sont très divers. On peut distinguer des critères de ressemblances extérieures, comme dans la possession et la simple détention qui peuvent fonder toutes deux la protection possessoire, ou des

(6) A. Lafande, "Vocabulaire technique et critique de la philosophie", 10^e éd. P.U.F., Quadrige 1991 V^o analogie.

(7) Ch. Perelman, op. cit. n^o 68.

(8) P. Pescatore, "Introduction à la science du droit", Luxembourg 1960, n^o 236.

(9) B. Frydman, "Les formes de l'analogie", V^o supra p. 1057, n^o 4.

(10) V. Petev, "Analogie et distinction", supra II, p. 1032.

similitudes rationnelles, comme en matière de personnalité physique et de personnalité morale. On peut s'attacher à des ressemblances subjectives, par exemple entre mandat et gestion d'affaires ou à des comparaisons objectives, comme entre partages successoraux et partages de communauté. La doctrine (11) distingue nettement "l'identité de raison", c'est-à-dire la même "ratio legis" ou la même "ratio juris", qui justifie l'application d'une même solution à des situations différentes, et l'identité matérielle de situations, entre société et indivision, par exemple.

L'analogie de raison fonde une même solution, comme l'argument a fortiori, qui n'est qu'une forme renforcée de l'analogie, justifie à plus forte raison une solution identique. Il est ainsi légitime d'appliquer les sanctions du vol au piratage d'électricité.

L'analogie d'expression qui repose sur des manifestations extérieures similaires, entre faux et usage de faux par exemple, incite à des traitements identiques. Toutes sortes de ressemblances matérielles ou formelles et qualitatives ou quantitatives peuvent y être considérées.

Mais le degré de similitude acceptable ou insuffisant pour pouvoir retenir l'analogie est manifestement incertain. Le doyen Gérard Cornu évoque "l'ultime et intimidante question des similitudes" (12).

La référence à la "ratio juris" et la "similitude des situations" dépendent évidemment d'une large part d'appréciation subjective. On pourrait être tenté d'en limiter la portée en exigeant plusieurs critères de convergence, au lieu de se contenter d'un seul, ou encore d'exiger toujours une ressemblance objective, pour mieux matérialiser la proximité recherchée. Il paraît toutefois, préférable de mettre en relief une "convergence déterminante" (13) pour ne pas éliminer les analogies rationnelles qui sont évidemment les plus convaincantes. Pour Gérard Cornu, "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" (14).

Au fond, cela n'a rien d'inhabituel en méthodologie juridique. C'est sur cette démarche que se fondent les bonnes définitions des concepts et les classifications en catégories juridiques. Gény, lui même, a montré que les juristes procèdent par identifications ou assimilations logiques et constantes grâce à "un habile maniement des concepts". C'est, disait-il, "la mise en oeuvre dans le domaine du droit de ce sens de l'identité", qui serait pour certains "l'ossature de la pensée". Et Gény d'observer que "par là s'explique aussi la systématisation du droit, s'opérant au moyen de constructions juridiques" (15). Encore faut-il, cependant, que l'analogie soit suffisante et exacte et non déformante au point de nier la réalité, à moins qu'il ne s'agisse de promouvoir ainsi de ces fictions (16) parfois nécessaires au système juridique.

Le recours à l'analogie en méthodologie juridique est, au fond, lié à la fonction qu'on entend lui assigner.

(11) G. Cornu, "Le règne discret de l'analogie", in "Mélanges offerts à André Colomer", éd. Litec 1993 p. 129 et s. II, et supra p. 1067.

(12) G. Cornu, op. cit. p. 9.

(13) G. Cornu, op. cit., p. 10.

(14) Ibidem.

(15) F. Gény op. cit. n^o 54.

(16) G. Mitsopoulos, "Considérations sur la distinction entre la fiction et l'analogie en droit" supra p. 1039 ; V^o aussi, J.-L. Bergel "Le rôle des fictions dans le système juridique", Mc Gill Law Journal, Vol. 33 (1988) p. 357 et s. ; Pour certains aspects, V^o "La fiction", Revue "Droits" n^o 21 (1995).

B - LES FONCTIONS DE L'ANALOGIE

Principalement mode de raisonnement, l'analogie est, aussi ou en particulier, un procédé d'interprétation des textes juridiques.

Le raisonnement par analogie, permet de déterminer, à partir de la connaissance des deux termes d'un couple, le terme inconnu d'un autre couple dont on ne connaît qu'un élément. On dit alors que l'assemblée générale est à une société ce que le Parlement est à l'Etat, que la contrepartie est à l'échange ce que le prix est à la vente ..., pour en tirer diverses conséquences juridiques. Plus généralement, le raisonnement par analogie recouvre tout raisonnement dans lequel la ressemblance entre les objets sur lesquels on raisonne entraîne une conclusion déterminée. Autrement dit, il consiste à raisonner à partir de similitudes.

Ainsi, les juristes transposent sur un état de fait particulier une règle applicable à une autre situation, parce que cet état de fait a assez de points communs avec la situation considérée pour qu'il soit logique et légitime de lui appliquer la même solution. Le raisonnement juridique par analogie repose sur la similitude de la "ratio legis" plus que sur celle des faits juridiques. C'est, dit-on, un raisonnement "a pari ratiōne" qu'exprime l'adage "ubi eadem ratio, idem jus" (17). La jurisprudence n'hésite pas à identifier deux situations en raisonnant par analogie. On soumet ainsi la cession des immeubles par destination à la plupart des règles des ventes immobilières. Cela permet de régir des situations non prévues par la loi par des règles édictées à un autre propos, et, grâce à une forme de systématisation du droit, d'en préserver la cohérence.

La valeur scientifique du raisonnement par analogie est souvent contestable quand la ressemblance des termes invoqués échappe à tout contrôle empirique et n'est que subjective. En revanche, l'analogie est efficace quand elle cesse d'être purement philosophique et susceptible de controverses fondées sur des analogies différentes, pour s'appuyer sur des considérations diverses, voire sur un contrôle empirique.

L'application et les limites de la règle du précédent dans les droits de "common law" procède de comparaisons constantes faisant apparaître systématiquement analogies et distinctions entre les cas à juger et les divers précédents auxquels ils peuvent se rattacher (18). A d'autres égards, les méthodes du droit musulman procèdent essentiellement du raisonnement analogique et du raisonnement casuistique.

Le raisonnement par analogie est ainsi indispensable au droit qui doit pouvoir absorber l'infinie variété et le renouveau permanent des situations humaines et sociales. Mais il porte en lui-même ses propres limites : il n'est acceptable qu'autant que les similitudes qu'il retient sont elles-mêmes réelles et pertinentes. Il ne saurait être utilisé au détriment du droit positif, à l'encontre de solutions expressément établies.

L'interprétation par analogie, quant à elle, loin de s'éloigner des textes, s'en veut être, au contraire, un fidèle reflet.

L'école de l'exégèse, au XIX^{ème} siècle, soucieuse avant tout de respecter la volonté du législateur, présumée raisonnable et cohérente, s'attachait, au delà de l'analyse purement grammaticale des textes, aux motifs qui avaient animé leurs auteurs. Elle recourait ainsi à une "analyse logique" de la loi, en particulier en l'interprétant par analogie. "Lorsque les raisons mêmes qui avaient déterminé le

(17) C. du Pasquier, "Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit", éd. Delachaux et Niestlé, Neuchâtel - Paris, 6^e éd. (1988) n° 214 ; P. Pescatore, op. cit. n° 236.

(18) F. Grivart de Kerstrat, "Common law et analogie", infra p. 1087 et s.

législateur (raisonnement a pari) ou des raisons plus fortes encore (raisonnement a fortiori) se retrouvent à l'égard d'une situation voisine de celle expressément visée par la loi, celle-ci lui est étendue" (19). L'interprète comble ainsi les "incomplétudes" de la loi et en écarte d'éventuelles contradictions. Elle préserve donc l'harmonie du système juridique en extrapolant le domaine des règles en vigueur à des situations qu'elles n'ont pas prévues.

On saisit alors à la fois l'utilité et les dangers de l'interprétation par analogie : "il ne faut pas prendre prétexte de ressemblances extérieures pour étendre des solutions légales à des hypothèses auxquelles elles ne conviennent pas" car "la préoccupation primordiale de l'interprète, en cas de silence de la loi, doit être d'élaborer une solution adéquate au problème considéré, plutôt que de calquer des solutions légales imparfaitement adaptées" (20). Il ne faut donc pas abuser de l'analogie.

L'analogie est une méthode d'interprétation extensive des textes. Mais "cette extension du droit à un cas non prévu" doit être bannie de certaines matières dans lesquelles l'interprétation extensive est proscrite. Il en est ainsi en droit pénal où le principe de la légalité des délits et des peines interdit d'étendre une peine édictée pour une infraction à d'autres faits que ceux que réprime la loi, fussent-ils analogues. Il doit en être de même en matière fiscale. Plus généralement, les exceptions régies par des textes spéciaux, devant être en principe d'interprétation stricte à peine d'enfreindre le droit commun, ne sont pas susceptibles d'interprétation par analogie.

Cette extension des textes par l'analogie montre toutefois l'effet créateur de ce procédé manifestement dynamique.

II - LE DYNAMISME DE L'ANALOGIE

En effet, le juriste, en procédant par assimilation, se fonde sur les traits communs des concepts ou des situations qu'il identifie pour les soumettre à de mêmes règles, dès lors que leurs différences lui paraissent négligeables. Il y a là un "processus de généralisation" (21) à partir d'une approximation et non d'une véritable identité. Par analogies successives, on finit par passer de cas particuliers à une règle, pour remonter de cas spéciaux à des propositions générales dégagées par induction (A).

A cet égard, l'analogie joue un rôle considérable dans l'application du droit existant. Mais elle peut aussi se concevoir dès l'élaboration de la norme et en tant que procédé législatif par assimilation (B).

A - L'ANALOGIE INDUCTIVE

Pour Kant, "l'induction consiste à étendre à tous les êtres d'une même espèce des observations faites sur quelques uns d'entre eux, le raisonnement par analogie à conclure de ressemblances bien établies entre deux espèces à des ressemblances encore inobservées" (22). Le raisonnement par analogie serait même pour certains (23) "de l'induction par assimilation" qui porte sur des ressemblances extérieures dont on ne connaît pas la raison.

(19) J. Ghestin et G. Goubeaux, "Traité de droit civil", "Introduction générale", 4^e éd. n° 153.

(20) P. Pescatore, ibidem.

(21) P. Delnoy, "En quel sens le juriste raisonne-t-il aujourd'hui par analogie ?", V^o supra p. 1029 et s. n° 7.

(22) A. Lalande, "Vocabulaire technique et critique de la philosophie", V^o analogie (critique).

(23) Hamelin, "Du raisonnement par analogie", Année philosophique 1902.

En réalité, si l'on s'en tient à la distinction d'Aristote entre l'induction complète ou "totalisante", qui est rigoureuse, et l'induction "généralisante ou amplifiante" qui "se risque à étendre à un ensemble ce qui n'a été reconnu que sur quelques uns de ses éléments" (24), l'analogie juridique procède de l'induction généralisante. Plus exactement, l'analogie permet de rapprocher des faits, des concepts ou des règles pour en dégager un principe commun par "induction amplifiante" dont on déduit ensuite de nouvelles applications (25).

C'est ainsi que le droit contemporain a dégagé par induction et même sans texte, les principes généraux du droit, "en suspension" dans le système juridique, grâce à des analogies. Les exemples sont nombreux dans la jurisprudence, depuis la consécration de l'enrichissement sans cause par la Cour de Cassation ou les arrêts du Conseil d'État consécutifs à la deuxième guerre mondiale (26).

Autrement dit, on induit du rapprochement par analogie de situations ou de dispositions particulières des principes communs que l'on applique ensuite à des cas semblables. Il y a là un processus d'induction-déduction. L'analogie qui se réfère tant au droit qu'au fait ne s'identifie pas alors à l'induction, mais elle en constitue en quelque sorte le socle ou le passage obligé. Pour M. Petev, il ne s'agit plus seulement de l'analogie de la loi (*analogia legis*) mais "de l'analogie par laquelle on se réfère à la totalité d'un système juridique (*analogia juris*)" (27). On peut également caractériser cette "analogie ascendante" que pratiquent les systèmes romanistes (28) d'analogie inductive. Elle n'a pas seulement pour objet d'interpréter des textes existants ou de résoudre des cas non régis par la loi. Elle permet d'enrichir le système juridique lui-même en dévoilant ses inspirations, son architecture et ses fondements par des normes plus "transversales". L'analogie inductive, qui repose alors sur une même raison juridique et non sur une simple ressemblance extérieure (29), contribue ainsi non seulement à l'harmonie du droit mais aussi à sa continuité, son développement et son évolution.

Mais l'analogie peut également constituer un instrument de la méthodologie législative quand elle est expressément utilisée par le législateur lui-même pour soumettre de nouvelles situations à un régime déjà établi dans des situations comparables.

B - L'ANALOGIE LÉGISLATIVE

Le législateur allemand semble recourir très souvent à un procédé de transposition juridique par "application *mutatis mutandis*" que l'on appelle la "entsprechende" ou "sinngemäße Anwendung" (30).

Par ce procédé, le législateur "ne laisse pas à l'interprète la charge de l'analogie, il l'accomplit lui-même" (31).

Cette méthode, bien que fréquemment utilisée en droit français, n'a guère été mise en lumière en France, si ce n'est par le doyen Gérard Cornu (32).

(24) *Encyclopaedia universalis*, V° "raisonnement" par R.B., Vol. 13, éd. 1974, p. 977.

(25) J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit. n° 153.

(26) V° p. ex. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit* Dalloz, 2° éd. n° 69 et s.

(27) V. Petev, "Analogie et distinction" V° supra p. 1032 et s., § II. Z. Ziembinski, "Les problèmes de l'analogie dans le système de transformation du système juridique polonais contemporain", V° infra p. 1107 et s.

(28) M.-A. Frison-Roche, "Une typologie des analogies dans le système juridique", V° supra p. 1046 et s. n° 8 et s.

(29) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2° éd. 1993, V° Analogie par D. Bo.

(30) P. Pescatore, op. cit. n° 236.

(31) G. Cornu, "Le règne discret de l'analogie" op. cit. p. 5.

Cette technique législative est, il est vrai, le plus souvent implicite, car le législateur se borne généralement à édicter un même type de règles à des propos différents, dans un même texte ou dans des matières différentes, en se référant simplement à un concept déterminé. Ainsi, par exemple, divers mécanismes du droit de l'indivision sont calqués sur ceux du droit des régimes matrimoniaux et de nombreuses procédures, comme le référé par exemple, sont projetées dans les matières les plus diverses, sans que le procédé de l'analogie législative soit expressément mis en évidence. La loi, plutôt que de se borner à y renvoyer, répète même souvent les règles édictées dans un autre domaine. Mais elle diffuse ainsi en diverses matières "des règles forgées sur un même type, applications jumelles ou proches voisines d'un "canon législatif" qui est "enfant de l'analogie" (33).

Il arrive toutefois que l'analogie soit plus évidente et prenne "la forme expresse de l'emprunt et de l'assimilation légale" (34). Le législateur transpose alors explicitement dans une autre institution, tout ou partie du régime juridique d'un "modèle" préexistant (35). Ainsi, en droit de la famille, il existe tout un tissu d'emprunts législatifs entre action à fin de subsides et action en recherche de paternité naturelle, entre légitimation par autorité de justice et filiation légitime, entre séparation de corps et divorce ... (36).

Cette méthode législative permet une économie législative, favorise la cohérence du système juridique et facilite la mise à jour des textes. Le simple renvoi d'une disposition à une autre ou d'un régime à un autre diminue le volume des textes et permet une uniformité logique entre des situations similaires. Le procédé se rattache à une sorte "d'écologie législative" et repose rationnellement sur la technique de l'analogie, exprimée ici par le législateur lui-même. Selon le Doyen G. Cornu, "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 ... Qu'elle unifie ou qu'elle harmonise, l'analogie ordonne un ensemble ; elle articule un corps de droit". Cela explique qu'elle puisse avoir un rôle privilégié dans les codes (37).

Mais la législation par référence peut être utilement pratiquée, en toute matière et dans toutes sortes de textes. Elle renforce l'architecture conceptuelle du droit mais ne doit pas conduire, par excès de normalisation, à une fossilisation du droit, au détriment de ses nécessaires évolutions ou des indispensables modulations des diverses institutions.

Ainsi, l'analogie revêt en méthodologie législative une fonction dynamique de propagation des modèles juridiques dès lors qu'elle est assez rigoureuse pour ne pas projeter des ombres déformantes.

(32) *Ibidem*.

(33) *Ibidem*.

(34) *Ibidem*.

(35) A. Terrasson de Fougères, "Le modèle dans le droit de la famille : notion et fonction", Thèse Paris II 1994.

(36) *Ibidem*.

(37) G. Cornu, op. cit. p. 7.

CONCLUSION

Plus généralement, à condition de reposer sur des critères de ressemblance précis et de ne jamais s'écarter de la "ratio juris", l'analogie joue en droit un rôle de compréhension et d'extension indispensable à l'application et l'évolution du système juridique.

La logique de ce procédé de raisonnement lui confère une place importante dans l'argumentation juridique. Confronté à d'autres arguments, notamment au raisonnement "a contrario", le raisonnement par analogie participe activement à la dialectique juridique.

Mode logique de raisonnement ou plus particulièrement d'interprétation des textes, l'analogie est ainsi un instrument essentiel à l'application du droit. Mais elle revêt aussi une fonction dynamique d'identification ou d'émergence inductive de nouvelles règles de droit et de technique législative.