

## UNE TYPOLOGIE DES ANALOGIES DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE ("bonnes" et "mauvaises" analogies en droit)

Par

Marie-Anne FRISON-ROCHE  
Professeur à l'Université Paris IX-Dauphine

*Parmi les concepts interdisciplinaires qui facilitent la circulation des idées d'un domaine à l'autre, l'analogie est le plus omniprésent, le plus inévitable et le plus suspecté. Sa réputation, disons-le, est exécrable : concept mou, concept flou, polymorphe et perfide, on a contre lui des griefs qui les uns ne sont que trop fondés, les autres le sont moins.*  
G. Gadoffre, Introduction, in *Analogie et connaissance*, t. I, *Aspects historiques*.

*... cette contraction de l'analogie qu'est en littérature la métaphore, ou que constitue, en peinture ou en sculpture le symbole.*  
N. Grimaldi, *Le soufre et le lilas. Essai sur l'esthétique de Van Gogh*.

1 - L'analogie est un mécanisme logique qui règne en maître sur le droit, puisque son contraire, le raisonnement *a contrario*, ne se pratique que par exception. Le Doyen Gérard Cornu a évoqué ce "règne discret" d'une façon très pénétrante (1). Cette discrétion tient sans doute tout à la fois à la puissance et à la multiplicité du procédé, auquel on a pourtant assez peu consacré de réflexions spécifiques. La présente étude n'a d'ailleurs vocation qu'à effleurer le mécanisme de l'analogie comme argument d'application et outils de travail de l'interprète et non comme procédé législatif groupant situations et règles dans une même référence (2). On connaît la justification logique de la ligne de partage entre analogie et *a contrario*, dont la valeur constitutionnelle est établie : puisque l'analogie a pour effet d'accroître le domaine d'application de la règle de droit, en l'étendant à un cas que la règle n'avait pas visé, elle ne peut s'appliquer à des règles de droit dont le domaine doit être restreint. Un tel statut bridant une règle de droit peut être le résultat d'une volonté du législateur qui l'exprimerait formellement, en qualifiant une liste de situations comme limitative par exemple. Il peut aussi résulter d'une caractérisation fondamentale, telle que celle qui pose le caractère exceptionnel du droit pénal au regard du

(1) *Le règne discret de l'analogie*, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 129 s.

(2) Sur ce dernier point, v. G. Cornu, *ibidem*, J. Carbonnier, *Introduction*, 23<sup>ème</sup> éd., coll. "Thémis", P.U.F., 1995, n° 159, p. 253.

principe de liberté (3), des droits réels au regard du principe de la plénitude du droit de propriété, du privilège au regard du principe de l'égalité des créanciers, etc.

2 - Mais par principe la règle de droit s'applique par analogie car elle a vocation à voir son domaine d'application s'étendre. L'affirmation, classiquement admise, relève de cet optimisme juridique qui caractérise la culture occidentale et selon lequel la loi est bonne (4). A ce titre, autant l'appliquer largement. Le goût de la norme et de l'ordre l'emporte sur la liberté de l'individu. Cette foi dans la loi bienfaisante pour son destinataire semble une illusion non seulement partagée mais grandissante. Elle gagne ainsi la matière pénale puisqu'en matière économique notamment, on observera une application large et souple des règles répressives. On retrouve cet optimisme dans la théorie moderne du droit transitoire qui repose sur l'idée qu'il faut appliquer la loi nouvelle largement car, en tant qu'elle est nouvelle, elle est meilleure que l'ancienne.

Mais l'on observera, dès à présent, qu'il faut croire aux effets bénéfiques de la loi, voire à la "bonté du législateur" (5), pour estimer que l'analogie est une bonne chose. Des esprits plus chagrins pourraient être tentés par le raisonnement et l'appréciation inverses.

3 - En outre, l'analogie, consistant à première vue à s'appuyer sur la similitude de deux situations, peut être considérée comme bonne dans son principe en ce qu'elle autorise la plénitude du système juridique. En effet, le législateur n'ayant pu tout prévoir et l'article 4 du Code civil portant trace de la conscience qu'il en a, exige du juge qu'il remédie notamment à l'hypothèse de lacune. C'est pourquoi l'affirmation d'une plénitude du système sous-entend que le législateur partage avec le juge le pouvoir de créer des normes, même si l'article 5 exige par ailleurs que la norme jurisprudentielle n'exécède pas le cadre du litige. L'analogie permet alors au juge d'obéir à la première injonction en utilisant à cette fin son pouvoir créateur (6). En cela, l'alternative de l'analogie ou du raisonnement restrictif est l'indice le plus sûr de la place normative que le système juridique accorde respectivement au législateur ou au juge (7).

4 - Mais, en toute hypothèse, dès l'instant que l'analogie est un raisonnement qui rattache le jugement à une loi, même si c'est par le détour d'une similitude de situations, la dépendance du juge à l'égard de la loi n'est pas refoulée et la création jurisprudentielle ne s'opère que d'une façon que l'on pourrait qualifier de périphérique. Dès lors, on peut considérer que l'analogie est bonne dans la mesure où un système juridique a vocation à la plénitude et où elle permet au juge ce tour de force qui constitue à créer en dépendance.

(3) Crim., 1er juin 1992, Bull. inf. 15 octobre 1992, n° 1754, p. 46 : "Il n'appartient pas aux tribunaux répressifs de prononcer par induction, présomption, analogie ou par des motifs d'ordre général...", l'admission de l'analogie pouvant exceptionnellement servir encore le principe de liberté (Crim., 9 février 1980, Gaz. Pal. 1989, 1, p. 286, note P. Malaval) et jouant *in favorem* pour rejoindre celui des droits de la défense.

(4) Affirmation à l'égard de laquelle il est concevable de prendre quelque distance. J. Carbonnier, "Toute loi en soi est un mal ?", in *Essais sur les lois*, Rép. du notariat Defrénois, 1979, p. 281 s.

(5) G. Cornu, *La bonté du législateur*, Ann. dr. Louvain, t. XLEX, 3/4, 1989, p. 229 s.

(6) Sur la puissance créatrice de l'analogie, lorsqu'elle répond au modèle dynamique qui caractérise le système romaniste, v. *infra* n° 11 s.

(7) M.-A. Frison-Roche, "Logique, hiérarchie et dépendance des sources de droit" in *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, sous la direction de D. Bourcier, L.G.D.J., 1992, p. 121 s.

Certes, là aussi, pour maintenir cette appréciation, il faut ne voir dans les lacunes qu'un défaut à éliminer alors qu'on a pu aussi montrer leurs vertus (8). Il faut encore estimer que le juge ne peut créer *ex nihilo* des règles nouvelles et que références et déférences doivent être rendues au bénéfice du législateur. Mais on peut développer une conception plus autonomiste de la jurisprudence, source de droit, et l'effet de mode va d'ailleurs plutôt dans ce sens. Le procédé analogique s'avère alors moins précieux.

5 - On mesure ainsi qu'appréhendée globalement, l'analogie attire plus ou moins une approbation suivant l'opinion que l'on porte fondamentalement sur les systèmes, les libertés et les sources du droit. Le jugement de valeur sur l'analogie est ainsi relativisé en ce qu'il ne peut venir qu'en second. Aussi peut-on songer à établir quelques distinctions permettant des appréciations plus sûres et plus directes. En effet, sans même aller jusqu'à distinguer l'analogie juridique d'autres types d'analogies, teintées différemment en raison des objets sur lesquels elles portent, l'analogie scientifique notamment, le droit suscite diverses sortes d'analogies qu'on ne doit confondre ni apprécier pareillement.

Il semble ainsi que le droit donne prise à une analogie comme mode de reconnaissance, laquelle est d'une autre nature que l'analogie définie comme un raisonnement (I). En outre, cette dernière analogie doit être distinguée de l'analogie comme image (II). On devine aisément que seul le raisonnement analogique appelle pleine approbation et constitue la "bonne" analogie juridique...

#### I - L'ANALOGIE COMME RECONNAISSANCE ET L'ANALOGIE COMME RAISONNEMENT

6 - L'analogie consiste à reconnaître, dans un cas nouveau, suffisamment d'éléments déjà présents dans un cas ancien. En cela, elle constitue un troisième terme face à l'opposition entre identité et différence, puisqu'on peut la définir comme le discernement de l'identité dans la différence. L'analogie est d'ailleurs d'autant plus indispensable en droit que l'identité entre deux situations ne se réalise jamais (9). Expression de la dialectique, ce dépassement de l'opposition signe la puissance de l'analogie. Mais cette première définition est trop grossière dans la mesure où, comme pour la dialectique platonicienne qui peut être plane ou ascendante, l'analogie peut être simple ou complexe. Dans le premier cas, on peut parler d'analogie linéaire et dans le second, d'analogie ascendante (A). Cette distinction peut avoir des conséquences pratiques importantes, notamment au regard du mouvement d'informatisation du droit (B).

#### A - LA DISTINCTION ENTRE L'ANALOGIE LINÉAIRE ET L'ANALOGIE DESCENDANTE

7 - L'analogie linéaire se caractérise comme l'identité dans la différence entre deux situations de fait concrètes (1) tandis que l'analogie ascendante consiste dans l'invention d'un principe commun déduit de deux situations de fait abstraites (2).

(8) F. Terré, "Les lacunes du droit", in *Le problème des lacunes en droit*, Études publiées par Ch. Perelman, travaux du Centre national de recherches de logique, Bruylant, 1968.

(9) Ch. Atlas, *Juris dictio : redire l'inédit*, D. 1992, chron., p. 281 s.

## 1 - L'identité dans la différence entre deux situations de fait concrètes : l'analogie linéaire

8 - L'analogie linéaire est la marque de la méthode anglo-saxonne du précédent. En effet, il s'agit d'un mécanisme consistant à prendre connaissance d'une situation de fait et à remonter dans le temps pour retrouver une situation de fait qui lui soit comparable. Lorsque cette référence est trouvée, il suffit de déclencher une seconde fois l'effet juridique attaché une première fois à la première situation concrète appréhendée par les juges. Il s'agit d'une analogie linéaire dans la mesure où cette remontée se fait sur la ligne du temps, sans qu'on en sorte par l'intervention d'une invention ou d'un principe abstrait. Il s'agit d'une analogie entre deux situations concrètes entre lesquelles on a discerné des éléments d'identité malgré la différence entre les situations. On comprend, dès lors, que le système juridique anglo-saxon constitué sur l'activité jurisprudentielle, laquelle n'a pris que sur des situations de fait concrètes, ait développé ce mécanisme d'analogie linéaire, tandis que le système romaniste constitué sur l'activité législative, laquelle régit des situations de fait abstraites (10), adopte un mécanisme d'analogie ascendante (11).

9 - A première vue, l'analogie linéaire paraît donc mécanique, machinale, quasiment stupide. Mais l'inventivité est la marque de tout système juridique et la liberté du juge jouera néanmoins. Plus précisément, elle va s'exercer sur le seul moment dialectique (12) de l'analogie linéaire, à savoir le moment où l'identité est décelée dans la différence. En effet, chacun sait que le juge anglo-saxon peut alors, sous le couvert de la technique du *distinguishing*, véritablement décider de ne pas appliquer de nouveau le précédent, si l'effet juridique qui lui est attaché ne lui convient pas, en affirmant simplement que la différence l'emporte sur l'identité. L'analogie linéaire offre donc une marge de liberté au juge, mais il s'agit d'une sorte de liberté politique, qui ne peut s'identifier à la puissance d'un raisonnement.

10 - En effet, l'analogie linéaire reste essentiellement un exercice de mémoire. La construction du droit fera large place à la tradition et, plus que dans tout autre, on pourra alors désigner l'histoire du droit comme l'étude du "droit vivant". L'analogie linéaire est ainsi un procédé de connaissance plus qu'un procédé d'intelligence, un exercice d'érudition plus qu'un exercice d'ingéniosité. Cela a des conséquences pratiques importantes, notamment dans la formation des juristes. En effet, le juriste anglo-saxon trouvera ses marques d'excellence dans l'étendue de ses connaissances sur les jurisprudences anciennes et dans sa capacité à remonter le fil du temps dans les recueils. La méthode des cas est ainsi une pédagogie adaptée. Dans un système romaniste où l'analogie est un raisonnement, le juriste devra démontrer sa maîtrise d'un système global et abstrait et l'exercice de dissertation notamment restera approprié. On mesure déjà le fossé qui sépare l'analogie linéaire de l'analogie ascendante.

(10) Laquelle constitue la première partie de la norme juridique, la seconde partie prévoyant l'effet juridique que la volonté du législateur entend lui attacher.

(11) V. *infra* n° 11 s.

(12) Tel que défini préalablement, v. *supra*, n° 6.

## 2 - L'invention d'un principe commun déduit de deux situations de fait abstraites : l'analogie ascendante

11 - L'analogie ascendante s'appuie sur la loi. Elle est nécessaire pour appliquer cette dernière à une situation de fait concrète nouvelle. Or, la règle de droit ne vise qu'une situation de fait abstraite (celui qui, par sa faute, commet un dommage) à laquelle elle attache un effet de droit (devra le réparer). On ne peut comparer directement cette situation de fait abstraite avec la situation de fait concrète nouvelle que le juge a à connaître, la contamination du virus du sida par le fait d'une transfusion sanguine subie par un accidenté de la route par exemple. Il faudra donc dans un premier temps abstraire cette seconde situation pour la rendre comparable à la première. En cela, on peut déjà dire que l'analogie propre au système légaliste qui est le nôtre est une analogie abstraite.

12 - Plus encore, l'analogie est de type ascendant. En effet, l'élément identitaire dans la différence va être constitué par un principe, relevé, établi ou inventé par le juge. Ce dernier va être posé comme commun aux deux situations de fait abstraitement considérées. Se dégagent, souvent par faisceau, des "convergences essentielles" (13). Ainsi, peut s'opérer une induction-déduction, le principe jouant alors le rôle de pivot. Par exemple, on s'est demandé si l'on pouvait appliquer à une personne en tutelle un texte relatif aux mineurs. Le raisonnement fût alors le suivant. D'une part, les textes organisant le droit des incapacités ont une finalité protectrice et non pas sanctionnatrice. En cela, ils appellent une application par principe et non par exception (14). Ainsi autorisée, l'analogie consistera, d'autre part, à poser le principe suivant : si une telle protection est organisée par la loi, c'est en considération de la faiblesse de l'incapable. Cette faiblesse se concrétise une première fois dans la personne de l'enfant. Mais elle existe aussi dans la personne de l'incapable majeur. Il faut donc, une seconde fois, attacher le même effet juridique à cette dernière situation qu'à celle que la loi avait expressément visée. Il s'agit d'un véritable raisonnement.

13 - S'il ne faut pas poser que l'analogie linéaire serait mauvaise et l'analogie ascendante bonne, on peut tout de même avancer que la seconde constitue un véritable raisonnement, justifié et donc discutable, apte à la discussion, à la contradiction, à la remise en cause, ce qui est la première vertu d'une proposition. L'analogie ascendante est la marque du système romaniste en ce qu'elle requiert une appréhension globale de la législation, notamment dans la détermination de ses fondements et de ses finalités. D'essence théorique, elle requiert du juge une approche de type doctrinal, ce qui rapproche singulièrement la jurisprudence de la doctrine (15).

14 - Elle est surtout profondément inventive et novatrice puisque la perspective des précédents, si elle est éclairante, n'est pas décisive. Il faut ainsi mesurer l'affirmation courante selon laquelle le droit anglo-saxon, flexible et pragmatique, serait le droit de l'avenir, tandis que le droit romaniste resterait engoncé dans son dogmatisme et devrait être dans sa structure écarté ou à tout le moins adapté. On pourrait aisément soutenir le contraire...

Mais il est vrai que le cours des choses semble aller vers une altération du système juridique romaniste par l'esprit anglo-saxon. En dehors de l'observation sociologique selon laquelle le monde économiquement dominant exporte d'autant

(13) G. Cornu, *Le règne discret de l'analogie*, préc., p. 138.

(14) V. *infra* n° 1.

(15) V., not., *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Doc. fr., 1994.

plus facilement son droit et ses méthodes, on peut avancer que le phénomène est accru, voire suscité, par l'informatisation du droit.

## B - L'APPLICATION DE LA DISTINCTION À L'INFORMATISATION DU DROIT

15 - L'informatisation du droit prétend non seulement fournir un instrument d'aide à la décision mais encore être apte à produire les décisions. Cela est notamment le fait de la méthode du connexionnisme (1). Par ce biais, le système juridique français subit une acculturation anglo-saxonne (2).

### 1 - La méthode du connexionnisme

16 - On distingue en informatique les systèmes experts et les systèmes connexionnistes. Le système expert consiste à reproduire un syllogisme juridique en construisant l'outil informatique autour d'une règle de droit choisie pour son application la plus mécanique possible. Expérience fut ainsi faite à propos de la loi sur la nationalité. Chaque élément de la règle est décomposé et formulé en autant de questions posées à l'interrogateur. Les informations fournies par ce dernier (lieu de naissance, nationalité des parents, etc.) déclenchent l'application de la règle et fournissent la réponse techniquement adéquate. On retrouve ici une façon de dégager les solutions à partir d'une subsomption des faits sous la règle, telle que Henri Motulski l'avait décrit d'une façon générale (16).

17 - Du système expert se distingue la méthode du connexionnisme. Celle-ci, également expérimentée, consiste à engranger, grâce à la mémoire informatique, toutes les solutions qui ont pu être apportées à une série de cas ayant vocation à être régis par une règle. La décomposition de celle-ci est inutile puisqu'il ne s'agit plus de restituer un syllogisme descendant. L'utilisation de cette masse d'informations de fait ainsi engrangées consiste à soumettre un cas nouveau auquel il faut apporter solution et prendre appui sur le stock déjà présent de situations de fait pour établir un lien entre la situation litigieuse et une situation ancienne déjà résolue. Ensuite, il suffit de reproduire la solution anciennement appliquée au cas qu'il s'agit de trancher. Cela fut notamment fait à propos du contrôle que le juge administratif doit exercer sur le pouvoir du maire de suspendre une manifestation pour trouble à l'ordre public. Il s'agit d'une reproduction par informatique d'un procédé d'analogie comme mode d'élaboration des solutions.

### 2 - L'acculturation anglo-saxonne du droit par le biais de l'informatisation

18 - Cette méthode du connexionnisme a vocation à prospérer. En premier lieu, parce que peu de règles de droit ont la rigidité nécessaire pour supporter aisément un système expert, alors même que la flexibilité des règles et le maniement des concepts flous et des notions-cadres se généralisent. En second lieu, parce que les capacités de stockage des ordinateurs permettent de réaliser des "banques de cas" aux dimensions quasi-illimitées. Mais ces motifs techniques, tenant à la technique des règles de droit et à la technique informatique, sont susceptibles d'entraîner un bouleversement dans la logique juridique adoptée par le système français.

(16) H. Motulski, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948, rééd. Dalloz, 1992. V. aussi en matière de preuves, *Le manque de base légale, pierre de touche de la technique juridique*, JCP 1949, I, 774.

19 - En effet, le connexionnisme s'appuie sur l'analogie linéaire et non sur l'analogie dialectique. Dans la mesure où l'analogie linéaire est avant tout question de mémoire (17), on comprend aisément que l'outil informatique développe des performances sans commune mesure avec d'autres manières de faire. Mais dans la mesure où l'analogie linéaire est la marque du système anglo-saxon du précédent (18), le système juridique français peut en être profondément affecté.

Voilà donc un exemple concret qui permet d'apprécier la distinction entre ces deux analogies de type différent que sont l'analogie linéaire et l'analogie ascendante. Si l'on devait considérer que la seconde présente des vertus que n'a pas la première, notamment dans sa capacité d'innovation et d'invention de principes abstraits adéquats, on pourrait alors s'inquiéter de l'évolution du système français, évolution ainsi amplifiée par la technique informatique.

Il s'agit ici de distribuer aux diverses analogies le qualificatif de plus ou moins bon, de plus ou moins mauvais, suivant la conception que l'on a de la règle de droit et du pouvoir de celui qui l'applique. C'est d'une façon moins subjective, c'est-à-dire moins liée à une conception générale du droit, que l'on peut chercher à distinguer bonne et mauvaise analogies en droit lorsqu'on oppose l'analogie comme raisonnement et l'analogie comme image.

## II - L'ANALOGIE COMME RAISONNEMENT ET L'ANALOGIE COMME IMAGE

20 - L'analogie ascendante est une analogie justifiée dans la mesure où elle s'oblige à établir un principe comme pivot (19). Mais le droit est aussi un langage ; en cela, il se prête volontiers au discours et à ses effets. L'analogie prend alors la forme de l'image. Dès lors, elle prend un tour rhétorique, voire sophistique (A). Il est important de distinguer les deux pour apprécier la solidité de l'analogie mais il n'est pas toujours aisé de l'opérer. Exemple peut être pris de la personnalité morale et des controverses célèbres qu'elle suscite (B).

### A - LA DISTINCTION ENTRE L'ANALOGIE JUSTIFIÉE ET L'ANALOGIE SOPHISTIQUE

21 - Nous sommes si familiers de l'usage des images en droit que nous ne les relevons guère. Ainsi, quel terme plus familier que celui de "source du droit", évoquant quelque fontaine où jaillit le droit positif, en trombes législatives ou en bruines prétoriennes... Mais il faut souligner le danger de l'analogie comme image (1) dont l'ambiguïté est accrue par la tradition de l'éloquence juridique (2).

#### 1 - Le danger de l'analogie comme image

22 - "Georges Ganguilhem a montré combien l'analogie de l'irrigation a pu longtemps bloquer les progrès de l'intelligence dans la circulation du sang" (20). Et l'on remarquera que le droit comme la médecine, ces deux formes d'art technique, s'entraînent facilement de la sorte. Ainsi, c'est en comparant le délinquant à une

(17) V. *supra*, n° 10.

(18) V. *supra*, n° 10.

(19) V. *supra*, n° 12.

(20) G. Gadoffre, Introduction, in *Analogie et connaissance*, t. 1, *Aspects historiques*.

cellule malade, menaçant une société désignée par image comme "corps social", que les médecins et juristes amateurs établissent la théorie de la défense sociale. Les théories organicistes sont construites sur des images. Ce seul constat permet de mettre en doute leur pertinence.

23 - En effet, le droit verserait alors dans la littérature, l'analogie devenant une figure de style. Certes, les théories post-modernes se résignent à définir le droit comme littérature puisqu'il ne serait plus question de verser dans l'illusion suivant laquelle le droit pourrait avoir un sens, exprimer des valeurs ou se construire sur un rapport à la nature. Mais, en premier lieu, le droit prétend encore à une rationalité au-delà de l'articulation langagière et l'on peut encore, à ce titre, récuser le procédé métaphorique. En second lieu, l'effet contraignant est attaché au droit. C'est pourquoi dans les autres matières, l'image ne développe son effet néfaste qu'en pervertissant la recherche scientifique. En droit, l'image vaut norme et le jeu de pouvoirs se cache alors dans l'usage des images. Mais suffit-il de présenter l'individu sous l'image d'une cellule cancéreuse pour justifier son élimination, sur le seul fondement de sa dangerosité, et éventuellement avant tout passage à l'acte ?

## 2 - L'ambiguïté de l'éloquence juridique

24 - Si le danger de l'analogie comme image est particulièrement présent en droit, c'est notamment en raison de la tradition d'éloquence de ce dernier (21). L'image rend la langue juridique chatoyante et poétique, accompagne naturellement la prestation de l'avocat (22). Du côté du professeur, elle facilite l'acquisition des règles ; l'analogie croise ici encore la mémoire. En un mot, l'analogie comme image permet de transmettre et de graver des règles : elle emporte la conviction.

25 - Dès lors, on peut placer l'analogie comme image du côté de la rhétorique. Mais la rhétorique juridique constitue un ensemble de règles de raisonnement et c'est par la pertinence de l'échange d'arguments que la conviction devient acquise (23). Dans la mesure où l'analogie comme image ne constitue pas une proposition qui s'offre à l'allégation contraire, mais qu'elle vise, par sa simplicité ou son effet frappant, à emporter la conviction, emporter comme on dérobe, elle appartient à l'ordre de la sophistique.

Il apparaît ainsi que l'analogie comme raisonnement est le mode d'élaboration de solutions particulières ou générales, répétées ou nouvelles, tandis que l'analogie comme image doit être récusée, hors de la Conférence du Stage. Mais est-ce si aisé de distinguer les deux ?

## B - L'ILLUSTRATION DE LA DISTINCTION ENTRE BONNE ET MAUVAISE ANALOGIE À PROPOS DE LA PERSONNALITÉ MORALE

26 - Afin d'appliquer la distinction opérée entre bonne et mauvaise analogie, il sera ici fait référence aux controverses qui entourent la personnalité morale (1). Elle est souvent présentée comme exemple de la mauvaise analogie, l'analogie

(21) J. Starobinski, "La chaire, la tribune, le barreau", in *Les lieux de mémoire, II, La nation, 3. La gloire, les mots*, sous la direction de P. Nora, Gallimard, 1986, p. 424 s.

(22) V. not. A. Laingui, "La poésie dans le droit", in *Droit et esthétique*, Archives de philosophie du droit, t. 40, 1996.

(23) Pour une description de la rhétorique juridique et de l'importance des travaux de Ch. Perelman en la matière, v., par ex., M.-A. Frison-Roche, "La rhétorique juridique", in *Argumentation et rhétorique (II)*, Hermès 16, 1995, p. 73 s.

comme image, la société anonyme comme image de la personne physique. Mais l'on peut se demander si, au contraire, nous n'avons pas affaire à une véritable analogie (2). Le partage entre pouvoirs normatifs du législateur et du juge en est changé.

## 1 - La personne morale à l'image de la personne physique ?

27 - On se demande si la personnalité morale, qui permet à une association ou à une société ou à un comité d'entreprise, etc., d'être titulaire de droits et d'obligations, est "réelle" ou est "fictive". Si elle est réelle, alors le juge peut la reconnaître sans que le législateur l'ait préalablement conférée à l'entité en question. Si elle est fictive, seul le législateur ayant pouvoir pour créer des fictions en brisant le rapport entre le droit et l'ordre de la nature, le juge ne peut poser qu'une entité est sujet de droit qu'après que le législateur lui a délivré une telle qualité. L'enjeu pratique est donc important. La dispute théorique est classique. Et l'on connaît la remarque sarcastique d'un professeur, remarque qui a souvent emporté l'adhésion et qui remporte toujours un franc succès auprès des étudiants : "les personnes morales n'existent pas car je n'ai jamais dîné avec une personne morale".

28 - Dès lors, ce n'est que par image que la personne morale se calque sur la personne physique mais, faute d'être une analogie par raisonnement, la personne morale ne saurait donc vampiriser l'aptitude naturelle de la personne physique à être titulaire de droits et d'obligations. Images encore que celles qui gouvernent le fonctionnement des sociétés, à travers ses "organes". Étonnant que l'on n'ait pas encore soutenu que les votes les irriguaient aussi bien que le sang, aussi bien que l'eau. Cascades d'images. Dès lors, la personne morale ne peut se prévaloir d'une analogie avec la nature et, de ce fait, ses pouvoirs dépendent de la volonté pure du législateur. Mais ce jugement repose sur le postulat que la personne physique appartient elle-même à la nature...

## 2 - L'analogie entre deux inventions

29 - Or, ce qui appartient à la nature, c'est le corps humain et non la personne physique. Tout au contraire, on a démontré que c'est la doctrine civiliste qui a inventé dans le droit romain la notion juridique de personne physique (24), précisément pour se dispenser de penser juridiquement le corps humain. Ainsi, la notion juridique de personne physique est une invention abstraite, destinée à faire écran entre le droit et le corps. On a d'ailleurs fort bien montré la signification de la personne comme masque (25).

30 - Dès lors, le support corporel n'est pas nécessaire à la constitution de la notion de personne juridique. Si l'être humain, proprement sans corps pour le droit, est une personne, c'est pour exercer des actions juridiques, être titulaire d'un patrimoine, devenir susceptible d'une déclaration de responsabilité, etc. Ainsi, l'être humain est doté des moyens juridiques pour sa vie sociale et ses rapports à autrui. Une fois que l'on a associé à cette titularité le principe de moyens juridiques généraux pour un rapport à autrui, toute référence à la corporéité étant indifférente, voire indésirable, on peut observer alors que ce principe existe aussi pour tout groupement qui a vocation à agir, sans que l'on puisse réduire ce dernier à l'addition

(24) J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée. Histoire juridique du corps humain*, coll. "Des travaux", Seuil, 1993.

(25) J.-M. Trigeaud, *Introduction à la philosophie du droit*, Bière, 1993.

des agissements des membres qui le composent. Dès lors, par déduction, on peut établir la personnalité juridique des entités par analogie à la personnalité juridique des personnes physiques.

31 - Certes, c'est le droit qui a inventé la personnalité morale. Mais c'est tout aussi par sa volonté que la personnalité juridique a échu aux personnes physiques. La personne juridique humaine n'appartient pas au donné mais au construit. Si l'on estime qu'elle va de soi, alors la personnalité morale doit bénéficier des mêmes assises. Car les deux personnalités partagent forces et faiblesses : nous ne dirions pas davantage avec des personnes juridiques physiques qu'on ne le fait avec des personnes juridiques morales car nous invitons plutôt à notre table des êtres humains, s'exprimant à travers un corps.

Techniquement, cela signifie que la personnalité morale est de l'ordre de la fiction et partage avec la personnalité des personnes physiques la marque d'être une invention théorique. Elle ne dépend pourtant pas de la seule puissance du législateur et le juge peut la constater s'il observe qu'un groupement est "pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites", quelque soit l'évolution du droit positif depuis l'affirmation qui en a été faite par l'arrêt de la chambre civile du 28 janvier 1954 (26). En effet, la capacité juridique à agir et à répondre, c'est-à-dire la personnalité juridique, est consubstantielle à cette organisation. En cela, et en cela seulement, elle est naturelle. D'une façon analogue à la capacité juridique qu'a nécessairement l'être humain.

32 - Allons plus loin dans l'appréciation. Que penser du principe aujourd'hui admis de la responsabilité pénale des personnes morales ? Pour ne retenir qu'un élément dans un débat complexe et très argumenté, on se souvient que l'absence d'analogie justifiée entre personne physique et personne juridique morale a été fréquemment évoquée pour affirmer qu'on ne pouvait ainsi passer de l'un à l'autre et qu'il n'était pas admissible d'associer à une fiction créée par le législateur un mécanisme de responsabilité pénale. Mais si l'analogie est "bonne" en ce qu'elle constitue un raisonnement construit sur un principe commun, la critique s'affaiblit.

33 - En revanche, elle peut rebondir sur un autre point. En effet, la personnalité juridique permet d'attacher capacité à être responsable et à avoir des droits à l'abstraction que constitue la personne, sans référence au corps. C'est dans des systèmes de droit archaïque où cette sublimation juridique n'est pas opérée que l'on tranche la main qui a volé ou les pieds qui ont voulu s'enfuir. Or, le Code pénal superpose la responsabilité pénale de la personne morale et celle du dirigeant. C'est alors tout à la fois revendiquer la réalité abstraite de la personne morale et maintenir une responsabilité, désormais archaïque, de l'organe par la voix duquel elle exprime sa volonté. Voilà bien en ce qui peut être l'objet de critique : le maintien de la responsabilité pénale du dirigeant, personne physique.

34 - A travers cet exemple, vieux thème de disputes et source d'inspirations théoriques, on mesure qu'une typologie des analogies, qui reste à compléter et à parfaire, permettant de placer les différents procédés sur une ligne qualificative du plus ou moins bon, du plus ou moins sûr, du plus ou moins prudent, peut encore apporter un éclairage.

(26) Civ., 2ème sect. civ., 28 janvier 1954, D. 1954, p. 217, note G. Levasseur, JCP 1954, II, 7978, concl. Lemoine, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* par F. Terré et Y. Lequette, 10e éd., 1994, p. 73 s.