



## Critique des fonctions et de la nature des fictions

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Critique des fonctions et de la nature des fictions. Les artifices du droit : les fictions, 2014, Clermont-Ferrand, France. LGDJ-Lextenso, Les artifices du droit : les fictions, 2015, Centre Michel de l'Hospital. <hal-01316686>

**HAL Id: hal-01316686**

**<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01316686>**

Submitted on 17 May 2016

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# Critique des fonctions et de la nature des fictions

Frédéric Rouvière<sup>1</sup>

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Laboratoire de Théorie du Droit

**1. Légitimité douteuse de la fiction en droit** - Critiquer la nature et les fonctions des fictions revient à apprécier la légitimité du procédé. En effet, que sont les fictions et à quoi servent-elles ? Sont-elles un élément de technique juridique parmi d'autres ou bien une aberration à éliminer dans l'interprétation et la création du droit ? Pour trancher l'alternative et appuyer la légitimité des fictions, on a principalement recours à deux arguments. D'une part, on avance que les fictions ont toujours existé depuis le droit romain, voire avant<sup>2</sup>. De la validation du testament du captif réputé libre à en passant par la subrogation réelle, les immeubles par destination, le mariage putatif ou la représentation, les exemples de fiction ne manquent pas<sup>3</sup>. De là, il est facile d'en légitimer l'usage tant il est demeuré constant dans les siècles passés. D'autre part, on fait souvent remarquer que les fictions seraient utiles pour préserver l'ordre social<sup>4</sup>. En attesterait l'idée que « nul n'est censé ignorer la loi » ou que « l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt ». Les fictions seraient même utiles comme expédient à travers la rétroactivité ou les clauses réputées non écrites. Aussi, il faudrait traiter les fictions comme un élément de technique juridique<sup>5</sup> parmi d'autres car elles jouent un rôle particulier.

Pourtant, l'analyse de la nature des fictions devrait conduire à être moins enthousiaste. Elles sont aussi présentées comme une technique de déformation volontaire des catégories juridiques<sup>6</sup> qui procède par affirmation du faux<sup>7</sup>, le procédé devrait ainsi éveiller plus de suspicion. Ainsi, la présente étude se propose d'établir que le procédé de la fiction, pour séduisant qu'il soit, est illégitime car dangereux et inutile. Les fictions ouvrent à coup sûr la voie à de faux problèmes dans l'interprétation. Elles sont même un refus de penser car elles peuvent toujours être remplacées par un procédé non fictionnel<sup>8</sup>. La possibilité de se dispenser des fictions s'explique en réalité par leur nature propre qui emprunte à la fois à l'analogie et l'exception<sup>9</sup>, voire la présomption<sup>10</sup>, si ce n'est au mythe<sup>11</sup>. La fiction viole les règles

---

<sup>1</sup> L'auteur tient à remercier particulièrement Hélène Thomas pour sa relecture et ses remarques toujours éclairantes.

<sup>2</sup> G. Boyer, « Sur quelques emplois de la fiction dans l'ancien droit oriental », *Mélanges Georges Boyer*, Paris, Sirey, t.2, Mélanges d'histoire du droit oriental, 1965, p. 87 et s.

<sup>3</sup> Y. Thomas, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits* 1995, p.52-63 qui donne une longue liste d'exemples.

<sup>4</sup> J.-L. Bergel, « Le rôle des fictions dans le système juridique », *Revue de Droit de Mac Gill*, 1988, p.361.

<sup>5</sup> J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé*, Sirey, 1935, p.275 et s.

<sup>6</sup> G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t.253, p.11-12.

<sup>7</sup> Y. Thomas, précité, p.17.

<sup>8</sup> Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif. Tome III. Elaboration technique du droit positif*, Sirey, 1921, n°245, p. 396-397.

<sup>9</sup> J. Schmidt-Szalewski, « Les fictions en droit privé », *Archives de Philosophie du Droit*, 1975, p.275.

<sup>10</sup> Opinion qui se trouve déjà chez les glossateurs, notamment Accurse, *Gl. Ord. Du Corpus iuris civilis*, « Praesumptioni », D. 4, 2, 23. L'assimilation des fictions et présomptions irréfragables existe encore aujourd'hui, à titre d'exemple : R.

juridiques de preuve et les conditions logiques de l'application d'un concept tout en prétendant les respecter. Le caractère totalement contradictoire du mécanisme doit ainsi conduire à l'abandonner. Toutefois, si la fiction est parvenue jusqu'alors à échapper à de telles critiques c'est que l'usage du mot renvoie à des réalités multiples<sup>12</sup>. Ces différentes réalités enchevêtrées empêchent de la saisir comme un élément propre du raisonnement juridique et masquent sa spécificité. Le débat est ainsi souvent noyé sous les sens multiples du terme.

**2. Multiplicité des usages de la fiction** – Ce qui rend particulièrement difficile l'étude de la nature propre des fictions est la confusion qui est opérée avec certains usages de la fiction dans d'autres disciplines ou même sur un plan général. La fiction juridique n'a pourtant que peu de choses à voir avec la fiction littéraire. Un rapprochement superficiel des domaines donne cependant l'impression contraire : le droit comme la littérature déploient des discours sur des entités parfois purement imaginaires<sup>13</sup>, telles les personnes morales dans le domaine du droit, qui ne seraient que l'écho lointain des héros de certains romans. Aussi, le droit serait fictionnel de part en part, créant dans sa souveraineté une réalité totalement autonome et neuve.

Cette vision est pourtant bien caricaturale. Le droit a pour visée principale de trancher des litiges qui portent toujours sur des situations de fait belles et bien réelles. A ce titre, ce qui est fictionnel dans le droit seraient alors l'ensemble de ses concepts et catégories juridiques<sup>14</sup>. Nul n'a jamais rencontré une personne morale. Nul n'a jamais rencontré non plus une opposabilité (qui n'est pourtant pas considérée comme une fiction). Autrement dit, mêmes les concepts dotés d'un référent dans le réel peuvent être dits fictifs puisqu'il n'existe pas en soi de « contrat » pas plus qu'il n'existe de « patrimoine » ou de « délit ». Ce sont des catégories générales qui rassemblent en leur sein des entités plus spécifiques : vente, bail, entreprise (pour le concept de contrat) biens et dettes (pour le concept de patrimoine) vol, escroquerie ou abus de faiblesse (pour le concept de délit). Une approche nominaliste de ces entités générales conduit à dire qu'elles n'existent que dans l'esprit de ceux qui en parlent et que seuls les individus concrets sont dotés d'une réalité sensible. Il s'agit ici de la même querelle que celle des universaux<sup>15</sup> : les catégories générales existent-elles ou seuls les individus ont-ils une existence ? Ce débat peut être ouvert pour n'importe quelle discipline. Le problème des

---

Latournerie, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Sirey, 1952, p.223.

<sup>11</sup> Ch. Atias, *Philosophie du droit*, PUF, Thémis, 3<sup>ème</sup> éd., 2012, p.326.

<sup>12</sup> J. Schmidt-Szalewski, précité, p.274 ; G. Wicker, précité, p.9 ; D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, LGDJ, Bibl. de droit public, t.210, 2000, p.1.

<sup>13</sup> V. Debaene, « Ethnographie/fiction », *L'Homme*, n° 175-176, 2005, p. 224

<sup>14</sup> La même position a été soutenue pour l'ensemble des sciences humaines : S. Borutti, « Fiction et construction de l'objet en anthropologie », in Fr. Affergan, S. Borutti et al. (dir.), *Figures de l'humain. Les représentations de l'anthropologie*, Paris, Édition de l'École des Hautes Études en Sciences sociales, 2003, p. 75-99, spéc. p.76.

<sup>15</sup> J. Largeault, *Enquête sur le nominalisme*, Louvain, Ed. Nauwelarts, 1971, p.49 et s.

universaux n'a donc pas de valeur spécifique en droit car il questionne de façon générale les rapports qui peuvent exister entre le discours et le réel : toutes les disciplines sont concernées.

De même, il faut se garder de confondre fiction et fictivité. La fictivité est en droit l'absence constatée d'un élément de fait. Par exemple, une vente peut être conclue sans contrepartie réelle mais seulement avec un prix apparent (c'est-à-dire fictif). Il s'agit alors du procédé bien connu de la simulation<sup>16</sup>. Dans ce dernier cas, l'acte secret pourra être annulé s'il y a eu une tentative de fraude<sup>17</sup>. Il ne s'agit pas ici d'une fiction au sens propre mais d'un mensonge délibéré des parties au contrat. Les contractants ont simplement voulu créer une apparence qui ne reflète pas le véritable contrat conclu. La fictivité se mesure en établissant l'écart entre l'apparence et le réel. Bien au contraire, la fiction repose entièrement sur le réel en essayant de l'adapter à ses exigences propres. Ainsi, la fiction ne porte pas sur l'impossible. L'utilité de la fiction paraît primer à cet égard sur la question de sa vérité.

Un autre rapprochement tout aussi indu est de dire que le droit, comme les sciences, use d'éléments purement intellectuels pour appréhender le réel. Ainsi, de la même façon que le raisonnement en physique peut postuler certaines particules (comme les bosons ou les quarks) sans que cela affecte les prévisions empiriques<sup>18</sup>, il serait possible d'en faire de même en droit. Il est manifeste que ce rapprochement est purement superficiel sauf à considérer que le droit a, lui aussi, une visée prédictive. Certes le courant du réalisme américain abonde en ce sens mais il dénie justement toute utilité aux concepts pour trancher les litiges<sup>19</sup>. Au contraire, dans le problème qui nous occupe, il s'agit de comprendre l'articulation des fictions et des concepts dans le discours juridique.

La fiction évoque enfin des usages propres en philosophie politique comme chez Hobbes<sup>20</sup>, Rousseau<sup>21</sup> voire Rawls<sup>22</sup>. A différents degrés, ces auteurs raisonnent sur des hypothèses fictives, c'est-à-dire imaginées, pour légitimer le corps social ou en expliquer le fonctionnement. De ce point de vue, il n'est pas difficile de montrer que l'Etat lui-même est une fiction puisqu'il n'existe que sur le mode de la pensée. Cette pensée réunit un peuple sur un territoire donné pour le soumettre à une autorité politique et souveraine dotée de la personnalité juridique.

Sans approfondissement, il est aisé de constater que ces usages de la fiction n'ont rien à voir avec la fiction juridique si ce n'est le mot lui-même. Sans doute, peut-on trouver des traits et points communs, par exemple le fait que le propre de toute fiction est de n'avoir

---

<sup>16</sup> CCiv. art. 1321

<sup>17</sup> CCiv. art. 1321-1 : le prix a été secrètement diminué pour échapper en partie aux impôts.

<sup>18</sup> Par ex., la position instrumentaliste de P. Duhem, *La théorie physique : son objet, sa structure*, Vrin, 2007.

<sup>19</sup> F. S. Cohen « Transcendental nonsense and the functional approach », *Columbia Law Review*, vol. 35, n°6, 1935, p.809 et s.

<sup>20</sup> Hobbes, *Le Leviathan*, Gallimard, Folio, 2000.

<sup>21</sup> J.-J. Rousseau, *Le contrat social*, Gallimard, Folio, 1993.

<sup>22</sup> J. Rawls, *Théorie de la justice*, Seuil, 1987, p.186, à propos du « voile d'ignorance » dans la position originelle du choix des principes de justice fondateurs d'une société.

aucun modèle complet correspondant dans la réalité. Mais, ce faisant, on aura discuté du genre fictionnel et non des différences spécifiques d'une discipline à l'autre. Or c'est pourtant bien ce point qui nous préoccupe c'est-à-dire le fait de savoir ce que la fiction juridique a de particulier en tant que procédé interprétatif.

Ainsi, il faut se garder de noyer l'étude de la fiction sous des considérations générales qui occulteraient le génie propre du procédé dans le droit. Sans cela, il ne sera pas possible de l'analyser et de l'extraire pour le discuter et le critiquer.

**3. Critique des fictions** – Pour mener la critique de la fiction, il faut donc la saisir telle qu'elle se donne directement à voir dans le discours juridique. Or, ce qui frappe, est que la fiction est utilisée sans que les juristes ne se soucient d'en donner une définition rigoureuse. La fiction est appréhendée par les rôles qu'elle joue dans le raisonnement juridique et par ses fonctions pragmatiques.

Pour reprendre une distinction déjà élaborée par ailleurs<sup>23</sup>, les fonctions des fictions peuvent être classées en deux catégories.

La fiction a d'abord une fonction de technique juridique, c'est-à-dire qu'elle est censée préserver la cohérence logique du droit tout en le rendant effectif. La personnalité morale ou les immeubles par destination en sont deux exemples types. Mais il apparaîtra que cette forme de cohérence est assez largement illusoire et conduit à des conséquences non souhaitées et non souhaitables.

Ensuite, la fiction peut aussi avoir une fonction de politique juridique c'est-à-dire permettant d'atteindre une finalité souhaitable en faisant abstraction de certaines réalités qui s'y opposent. Les exemples types qui peuvent être cités sont les clauses réputées non écrites ou la rétroactivité. Toutefois, les mêmes finalités pourraient tout aussi bien être atteintes par des procédés rationnels et classiques, de nature conceptuelle : pourquoi alors persister dans l'usage des fictions ? En effet, la fiction étant par nature un artifice, elle déclare cohérent ce qui ne l'est pas et, à ce titre, repose pleinement sur une contradiction.

Aussi, la critique met en lumière les dérives de la fonction technique et la vanité de la fonction politique des fictions (I). La nature proprement contradictoire du procédé fictionnel aboutit au refus toute cohérence (II).

---

<sup>23</sup> J.-L. Bergel, précité, p.363-364.

## I. - Fonctions des fictions : dérives et vanité

**4. Fonctions technique et politique** – Il est admis que les fictions sont un élément de technique juridique : mais est-il véritablement approprié pour résoudre les problèmes (A) ? De même, les fictions sont-elles bien le moyen adéquat pour réaliser certaines finalités politiques (B) ?

### *A - Dérives de la fonction technique*

**5. La fiction comme technique** – La fonction technique de la fiction consiste à intégrer de nouvelles solutions dans le système juridique sans en altérer la cohérence conceptuelle<sup>24</sup>. Par exemple, l'admission de la fiction de la personne morale permet de penser l'autonomie patrimoniale des sociétés sans modifier l'équation une personne (égale) un patrimoine. De même, la représentation permet de penser la conclusion du contrat malgré l'absence d'une partie en continuant de définir le contrat comme un accord de volontés. Encore, les immeubles par destination permettent de rattacher certains meubles à des immeubles sans pour autant revenir sur le critère fondamental de distinction entre meubles et immeubles. Dans tous ces exemples, la fiction représente un moyen simple et efficace de consacrer une solution sans altérer les catégories juridiques admises.

Pourtant, cet apport est assez largement illusoire. François Gény l'avait déjà pressenti puisqu'il expliquait que la fiction est un pis-aller, un moyen de se passer des concepts adéquats<sup>25</sup>. La fiction se présente ainsi comme une greffe sur le terreau des concepts juridiques et perturbe leur compréhension. Il s'agit bien d'un mélange des genres. En introduisant la fiction, corps étranger, le système juridique va tenter de se l'approprier mais souvent au prix de conséquences absurdes. Ainsi, l'économie intellectuelle réalisée en amont par l'introduction de la fiction se paye en aval par la nécessité d'en circonscrire et d'en limiter la portée. La fiction est une espèce de crédit intellectuel, une dette qui devra à un moment donné être soldée.

Aussi, ce que nous proposons de montrer est que les fictions déjà citées sont toutes à l'origine de dérives interprétatives. Ces dérives s'expliquent seulement parce qu'il s'agit de fictions, artifices intellectuels qui ne peuvent être analysés de la même manière que les concepts juridiques.

---

<sup>24</sup> J.-L. Bergel, précité, p.365.

<sup>25</sup> Fr. Gény, précité, p. 396-397 : « La fiction reste peu recommandable. Tout au plus peut-on la tolérer dans le langage, comme une métaphore parfois inévitable. Mais, puisqu'elle a pour caractéristique d'altérer la vérité des choses, elle ne saurait prétendre en représenter les concepts adéquats (...) ».

**6. La personnalité morale** – La personnalité morale a certes donné lieu à une célèbre boutade, selon laquelle personne n'a déjeuné avec une personne morale. Ce que la boutade indique est en définitive que la fiction induit une telle déformation de la réalité que l'identification de sons sens devient délicate.

En effet, la première difficulté interprétative que pose la personnalité morale est celle de savoir pourquoi certains groupements en sont dépourvus. Certes, ce n'est pas là l'une des dérives les plus remarquables de la fiction mais elle montre clairement que l'idée de personne morale est loin d'être nécessaire<sup>26</sup>, notamment dans les sociétés en participation<sup>27</sup>.

Les véritables difficultés d'interprétation surgissent dans le cas de l'application des droits fondamentaux aux personnes morales<sup>28</sup>. Il s'agit cette fois d'une authentique dérive. La fiction, simple artifice de pensée, est traitée comme une réalité sensible et la jurisprudence n'a pas hésité à faire application des droits de l'homme aux sociétés, c'est-à-dire aux personnes morales. Il est pourtant hautement douteux que les rédacteurs de la convention européenne des droits de l'homme aient songé à une telle hypothèse, les droits fondamentaux paraissant devoir forcément être rattachés à des personnes physiques. Au-delà de l'anthropomorphisme de la solution<sup>29</sup>, il y a en outre une dérive interprétative certaine puisque la fiction, mensonge assumé, est traitée ici comme une réalité sensible.

Cette même tendance se retrouve encore dans la question de la responsabilité pénale des personnes morales<sup>30</sup>. Puisqu'elles sont censées être des êtres distincts des membres qui la composent, le législateur doit bien prévoir une responsabilité propre et distincte qui se cumule avec celle des personnes physiques<sup>31</sup>. Pourtant, on voit bien l'absurdité qu'il y aurait à prononcer un emprisonnement de la personne morale si bien que sa dissolution est la sanction véritablement appropriée en sus des amendes éventuelles. Pour l'instant, personne n'a encore osé soutenir que la dissolution s'apparentait à la peine de mort et devrait être interdite en application du droit à la vie ! Espérons que cette idée saugrenue, dérive dans la dérive, paraîtra suffisamment folle pour n'être jamais soutenue sérieusement devant les tribunaux.

Dans cette même veine, il faut évoquer une curiosité pour souligner l'étrangeté de la responsabilité pénale des personnes morales. L'infraction ne peut être imputée qu'à l'un de

---

<sup>26</sup> B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé. Contribution à la théorie de la personne morale*, PUAM, 2006.

<sup>27</sup> CCiv. art. 1871.

<sup>28</sup> Y. Reinhard, « Quels sont les points de convergence entre la personne physique et la personne morale (aspects de droit des affaires) ? *Droit de la famille* n° 9, Septembre 2012, dossier 9, n°12.

<sup>29</sup> V. Wester-Ouisse, « Dérives anthropomorphiques de la personnalité morale : ascendances et influences », *JCP G* 2009, I, 137.

<sup>30</sup> Ph. Conte, « La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal », in *La personne juridique dans la philosophie pénale*, LGDJ, 2001, p. 109 et s.

<sup>31</sup> C'est l'innovation que le législateur a introduite dans le code pénal en 1992, modifié en 2004 (C.Pen art. 121-2) En 1994, le législateur avait institué un principe de spécialité : une personne morale ne pouvait être pénalement responsable que dans les cas prévus par la loi ou le règlement. La loi du 9 mars 2004 a supprimé ce principe. Désormais, les personnes morales sont responsables de toutes les infractions sauf si le législateur l'a expressément exclu.

ses organes et donc en définitive *via* une personne physique. Ce point ne manque pas de créer un problème supplémentaire : faut-il présumer que certaines infractions sont plutôt imputables aux organes de la personne morale et non, personnellement, à ses dirigeants<sup>32</sup> ? Cette alternative est faussement pertinente puisqu'elle suppose une fois encore de traiter la personne morale comme une réalité sensible distincte de ses membres. Bref, la fiction passe encore une fois du statut d'artifice assumé à celui de réalité. La personne morale est traitée comme une personne physique alors que l'unité entre les deux est purement verbale et n'était destinée initialement qu'à fonder l'autonomie patrimoniale.

D'ailleurs, on pourrait encore accuser la personnalité morale d'avoir retardé en France l'admission de l'idée de fiducie. La fiducie repose précisément sur une autonomie patrimoniale sans personnalité morale qui ressemble au *trust* anglo-saxon ou au patrimoine-but du droit allemand (*zweckvermögen*). Le législateur français a néanmoins franchi le pas et consacré la fiducie en 2007<sup>33</sup>. Pourtant, la réticence et le retard dans la réforme peuvent assez largement être imputés à la fiction de la personne morale.

Obstacle aux réformes qui produit des interprétations chosifiantes et étranges, voilà en somme la rançon de la personne morale. Dès lors, on peut au moins émettre un doute sur le fait qu'elle soit facteur de progrès dans le savoir juridique.

**7. La représentation** – La représentation ne présente pas de dérives aussi évidentes que la personne morale mais il est intéressant de noter que la fiction appelle la fiction dans une espèce de cercle vicieux. En effet, la personne morale doit bien pouvoir exprimer sa volonté et elle est forcément toujours absente car immatérielle. Dès lors, la représentation est une idée nécessaire pour décrire le fonctionnement de la personnalité morale. Les deux fictions sont indissociables l'une de l'autre au point qu'on peut se demander si la fiction ne contraint pas à altérer progressivement par contagion tous les autres concepts juridiques.

La représentation conduit à poser des questions qui sont très difficiles à résoudre. Par exemple, les vices du consentement doivent-ils être appréciés dans la personne du représenté ou du représentant ? Si l'on interprète la représentation comme une fiction, la véritable partie au contrat est le représenté. Pourtant, concrètement, ce n'est pas lui qui a consenti et inévitablement la fiction passe du statut d'artifice à celui de réalité. On ne fait plus « comme si » le représenté concluait le contrat mais on considère que c'est bien le représentant qui, *in concreto*, donne son consentement<sup>34</sup>.

Ce qui est encore plus troublant est que l'économie interne de la fiction n'est même plus respectée. Le législateur a admis un mandat *post-mortem*<sup>35</sup> où le représentant agit pour le

---

<sup>32</sup> J.-Ch. Saint-Pau, « La présomption d'imputation d'une infraction aux organes ou représentants d'une personne morale », *D.* 2007, p.617 et s.

<sup>33</sup> CCiv. art. 2011 et s.

<sup>34</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ. 29 avr. 1998, n°96-17540, *RTD civ.* 1999, p.90, obs. J. Mestre

<sup>35</sup> CCiv. art. 812.



compte d'une personne décédée qui, bien évidemment, ne peut plus donner son consentement. Ne serait-il pas plus simple à cet égard de se dispenser de cette fiction encombrante qui n'explique rien et obscurcit même les mécanismes juridiques au lieu de les éclairer ?

Enfin, la représentation successorale que la loi elle-même présente comme une fiction a donné lieu à une modification, le renonçant pouvant être désormais représenté. La loi de 2006 réformant les successions a posé une exception à la fiction pour les successions en ligne directe et collatérales. En effet, si la représentation « *a pour effet d'appeler à la succession les représentants aux droits du représenté* »<sup>36</sup>, la qualité de renonçant devrait être imputée au représentant mais la loi en décide autrement<sup>37</sup>. Le même problème se pose à propos de celui qui a été déclaré indigne pour succéder<sup>38</sup>. Aussi, cette construction fictionnelle, peu explicative et peu commode semble complexe et confuse au point de faire douter de sa réelle utilité.

**8. Les immeubles par destination** – L'immobilisation par destination<sup>39</sup> est sans doute un bon exemple de l'inutilité de la fiction. L'histoire de l'interprétation jurisprudentielle de cette disposition légale (qui permet de soumettre certains meubles au régime juridique de l'immeuble) se dévoile comme une tentative de construction de critères conceptuels dont le législateur avait cru pouvoir se dispenser.

Les formules jurisprudentielles n'ont eu de cesse de définir le rapport que le meuble devait entretenir avec l'immeuble. Le meuble doit être affecté intentionnellement par le propriétaire, et être un accessoire indispensable pour l'immeuble ou son exploitation<sup>40</sup>. La technique juridique pertinente est donc celle de l'accessoire : elle permet d'expliquer que le meuble (accessoire) soit soumis au même régime que l'immeuble (élément principal). On aurait ainsi pu songer à l'idée d'universalité de fait pour expliquer la solution. Le meuble étant affecté à l'exploitation de l'immeuble, les deux éléments forment alors un ensemble, une unité possédant une économie propre.

A cet égard, la fiction paraît bel et bien inutile : le meuble immobilisé est un élément d'un ensemble qui justifie qu'il puisse être aliéné en même temps que lui. Le meuble immobilisé n'est pas soumis isolément au régime des immeubles : par exemple il ne peut faire l'objet d'une hypothèque. C'est l'universalité elle-même, c'est-à-dire l'immeuble et ses accessoires, qui peut être hypothéquée<sup>41</sup>.

L'apport principal de la fiction par immobilisation est de complexifier une question déjà difficile. Lorsqu'on s'interroge sur ce qui peut être immobilisé et ce qui ne peut l'être, on

---

<sup>36</sup> CCiv. Art. 751.

<sup>37</sup> CCiv. Art. 754.

<sup>38</sup> CCiv. Art. 755.

<sup>39</sup> CCiv. art. 524 et s.

<sup>40</sup> Cass. civ. 24 janv. 1912, *DP* 1913, 1, 337, note F.P.

<sup>41</sup> CCiv. art.2397.

s'aperçoit que le recours à des critères précis est indispensable. La portée de la fiction dépend en définitive d'une conceptualisation correcte. A cet égard, l'usage de la fiction se donne pour ce qu'il est : une facilité qui évite d'aborder le véritable problème pour le reporter sur l'interprète.

### *B - Vanité de la fonction politique*

**9. La fiction comme solution souhaitable** – Si la fiction n'est pas un instrument technique adéquat, ne peut-on pas la sauver en raison de son utilité politique ? Ne permet-elle pas de consacrer des solutions souhaitables qui s'accommoderaient mal avec les catégories du droit positif ? La fiction serait utile en ce qu'elle permettrait d'atteindre un objectif souhaitable<sup>42</sup>.

Pourtant, cette fonction mérite une condamnation tout aussi sévère que la précédente. La transposition directe d'un objectif politique en réalité juridique est ce que permet la fiction. Le résultat conduit lui aussi à des dérives interprétatives. Mais le moyen est encore vain car inutile. Le même résultat pourrait être atteint par une détermination plus rigoureuse des concepts. La critique de Gény s'applique ici pleinement. Autrement dit, la critique ne porte même pas ici sur l'objectif politique à atteindre mais bien sur la façon de le réaliser, c'est-à-dire sur le fait d'user d'une fiction au lieu de définir un concept adéquat.

**10. Recherche du concept adéquat** – Il est possible de revenir rapidement sur les exemples précités à savoir la personnalité morale, la représentation et l'immobilisation par destination. En partant de ce dernier exemple, il est facile de lui trouver des substituts solides, alternatives sérieuses à la fiction de l'immobilisation. Les techniques de l'accessoire et l'universalité de fait ont déjà été citées. On peut y ajouter le concept d'unité économique. L'immobilisation par destination a pour finalité de prendre en compte l'unité économique que constitue par exemple une exploitation agricole ou commerciale. Autrement dit, elle suppose d'admettre que le concept de bien puisse soit désigner des choses particulières soit une série de choses tendues vers une même finalité. Par exemple, il est clair qu'une bibliothèque suppose des locaux mais aussi des livres ! Le tout est plus que la somme des parties. C'est cette réalité que la fiction tente de prendre en compte. L'introduction du concept d'universalité permettrait par exemple de se dispenser de la fiction.

La fiction de la représentation n'a pas plus de nécessité. Emmanuel Gaillard<sup>43</sup> a remarquablement souligné que le concept de pouvoir permettait d'expliquer les mêmes cas sans recourir à la fiction. Il est d'ailleurs assez piquant de constater que la définition du

---

<sup>42</sup> J.-L. Bergel, précité, p.374.

<sup>43</sup> E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

mandat qui est le contrat de représentation par excellence, insiste sur l'idée de pouvoir<sup>44</sup>. Les dérives déjà dénoncées seraient ainsi évitées : les vices du consentement ne peuvent s'apprécier que dans le titulaire du pouvoir et le mandat *post-mortem* se justifie lui-même grâce au concept de pouvoir. Enfin, pour ce qui relève de la représentation successorale (qui n'a rien à voir avec le pouvoir de conclure un acte), il suffirait au législateur de poser le principe d'un partage par souche sans recourir aux contorsions actuelles. Ainsi, peu importe que la personne soit prédécédée, renonçante ou indigne puisque le partage se réalise forcément par souche, c'est-à-dire en fonction du nombre d'enfants du défunt et non en fonction du nombre de ses petits-enfants.

La personnalité morale est elle aussi inutile. Non seulement, elle n'existe que pour respecter une théorie doctrinale, celle du patrimoine, mais encore elle n'est même pas nécessaire pour penser l'autonomie de certaines masses de biens. Le droit des régimes matrimoniaux connaît depuis bien longtemps la masse des biens communs qui n'a pas la personnalité et fonctionne pourtant exactement comme un patrimoine. D'ailleurs, fait marquant, c'est le concept de pouvoir qui est utilisé pour rendre compte de l'action des époux sur les biens qui constituent la masse. De cette façon, la responsabilité pénale des personnes morales serait anéantie au profit d'une question bien plus claire : le titulaire du pouvoir a-t-il ou non commis une faute ? L'imputabilité de l'infraction se réalise grâce à la notion de pouvoir. Comme l'explique Emmanuel Gaillard dans sa thèse<sup>45</sup>, les catégories relevant du recours pour excès de pouvoir peuvent sans problème être transposées dans le droit civil pour résoudre des difficultés analogues. Bien étendu, le raisonnement en termes de pouvoirs sèche à la racine toute velléité de rattacher les droits fondamentaux aux personnes morales.

C'est dire l'intérêt de penser les problèmes à partir de concepts et non de fictions. De cette façon, les faux problèmes sont supprimés et ne subsistent que les vraies difficultés c'est-à-dire celles qui tiennent à la définition rigoureuse du concept et celles qui relèvent de son application par l'opération de la qualification.

**11. Nouvelles pistes de recherche** – Afin de montrer de façon générale la vanité de la fonction politique des fictions, il est encore possible de prendre d'autres exemples. Ces derniers serviront à dessiner de nouvelles pistes de recherches pour substituer aux fictions les concepts juridiques adéquats.

La fiction selon laquelle « *nul n'est censé ignorer la loi* » pourrait plus sobrement être remplacée par le concept d'opposabilité. C'est du reste la voie que suggère l'article premier du Code civil en visant la publication des lois. L'autorité de la chose jugée, classée par la loi parmi les présomptions<sup>46</sup>, pourrait recevoir une signification procédurale proche du *non bis in*

---

<sup>44</sup> CCiv. art. 1984 al. 1 : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ».

<sup>45</sup> E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p.97 et s.

<sup>46</sup> CCiv. art. 1351.

*idem* qui existe en procédure pénale. Ces fictions pourtant générales sont souvent présentées comme indispensables au fonctionnement du droit alors qu'elles ne le sont pas.

De façon plus précise, on peut citer diverses fictions qui évitent d'approfondir les concepts. Les clauses réputées non écrites sont une façon imagée d'admettre sans le dire le concept de nullité partielle. L'idée du mariage putatif<sup>47</sup> qui limite la fiction de la rétroactivité en cas d'annulation du mariage contre les époux de bonne foi ressemble à s'y méprendre au divorce lorsqu'on analyse les solutions jurisprudentielles<sup>48</sup>. Une théorie générale de la rupture du mariage serait donc à construire.

De même, l'idée selon laquelle l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt, notamment pour le droit successoral pourrait être énoncée de façon plus simple et plus claire par l'approfondissement du concept d'anticipation. Anticiper un fait futur certain (non aléatoire) est-ce vraiment une fiction ? Le juge ne raisonne-t-il pas de la même façon lorsqu'il indemnise les préjudices futurs et certains ?

La possibilité de procéder à des réajustements conceptuels véritables souligne de façon éclatante que les fictions sont la traduction directe dans le droit d'objectifs politiques sans penser le moyen adéquat de leur réalisation. Bref, par la fiction la technique juridique est oubliée et mise de côté. Cette conclusion ne tient pas au hasard des exemples choisis mais bien à la nature même du procédé fictionnel. Ce dernier point devrait nous convaincre de l'abandonner sans regret.

## II. - Nature des fictions : un procédé contradictoire

**12. Contre les concepts** – La fiction agit *contre* les concepts dans tous les sens du terme. Elle est d'une part toujours adossée à un concept, une qualification juridique qu'elle applique de façon détournée<sup>49</sup>. Elle est d'autre part contre le concept car la fiction ne fonctionne pas selon un principe de cohérence et de non-contradiction<sup>50</sup>. Bien au contraire, la fiction repose sur une contradiction assumée : la qualification ne s'applique pas mais elle sera tout de même appliquée. Par exemple, le bien n'est pas immeuble mais on appliquera pourtant la qualification d'immeuble. De même, la qualification peut bien s'appliquer mais on ne l'appliquera pas. Par exemple, l'obligation a été payée mais elle ne sera pas éteinte : tel est le cas prévu par le paiement subrogatoire, hypothèse de paiement de la dette d'autrui.

---

<sup>47</sup> CCiv. art. 201

<sup>48</sup> Ainsi, l'acquisition de la nationalité, le port du nom, la prestation compensatoire, les droits successoraux du conjoint (si le conjoint est décédé avant l'annulation), l'obligation alimentaire peuvent être maintenus par les juges qui prononcent le divorce.

<sup>49</sup> G. Wicker, précité, p.11.

<sup>50</sup> P. Woodland, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, thèse, Paris II, 1981, p.11.

Pour comprendre l'incohérence fondamentale du procédé fictionnel, il faut éclairer son aspect inclassable. La fiction emprunte en effet à l'analogie, à l'exception, à la présomption et même au mythe sans se réduire à aucun de ces éléments. Elle repose en outre sur un mécanisme intrinsèquement contradictoire.

**13. Analogie et fiction** – La fiction fonctionne parfois exactement comme une analogie. Elle étend le champ d'application d'une règle en y intégrant des cas non formellement prévus<sup>51</sup>. Ainsi, l'immobilisation par destination intègre dans la qualification d'immeuble des objets normalement meubles. La catégorie des immeubles se trouve élargie en raison de l'application de la fiction, ou la personne morale permet de légitimer l'existence d'un patrimoine distinct. Encore, la représentation élargit la catégorie des personnes pouvant conclure un contrat qui les engage personnellement.

Il existe pourtant une différence importante entre l'analogie et la fiction. En effet, l'analogie repose normalement sur une identité de raison qui justifie l'extension. L'analogie n'est pas censée reposer sur une simple ressemblance de surface entre deux cas ou deux situations mais sur une identité de raison d'être<sup>52</sup>. Comme le proverbe le dit : « comparaison n'est pas raison ». La fiction ne se préoccupe absolument pas de la raison d'être de la règle et encore moins de la définition de la qualification. La fiction décrète que tel cas relève de telle qualification pour une raison étrangère à la règle initiale. Aussi, l'immobilisation par destination qui permet de réaliser des opérations économiques sur des ensembles de biens n'a rien de commun avec l'idée que les choses immeubles ont plus de valeur que les meubles et méritent un régime plus protecteur. De même, la création d'un patrimoine distinct par existence d'une personne morale ne repose que sur la volonté de respecter la corrélation « une personne, un patrimoine ». Le patrimoine distinct ne peut justement pas être justifié par l'existence véritable d'une personne. Encore, la représentation respecte de la même façon la corrélation entre la personne et sa volonté en faisant comme si le représenté était vraiment présent à l'acte.

Par ailleurs, la fausse analogie fictionnelle explique l'application des droits fondamentaux aux personnes morales. L'analogie ne fonctionne en effet non pas en tant que de raison mais sur la base d'un rapprochement apparent et fallacieux.

La fiction peut ainsi se comporter comme une analogie sans pour autant être une analogie. C'est une première contradiction.

**14. Exception et fiction** – Plus troublant encore, la fiction fonctionne systématiquement comme une exception<sup>53</sup>. L'exception est ce qui permet d'échapper au jeu normal de la règle en posant un cas qui est hors de prise (étymologiquement : *ex-capere*) de la règle. Ainsi, la

---

<sup>51</sup> J. Schmidt-Szalewski, précité, p.275 ; G. Wicker, précité, p.

<sup>52</sup> G. Cornu, « Le règne de l'analogie », *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, coll. « Doctrine juridique », 1998, p.339. L'adage latin est *Ubi eadem ratio, idem jus* : « Là où il y a identité de raison, il y a identité du droit applicable ».

<sup>53</sup> G. Wicker, précité, p.13.

catégorie des immeubles ne peut comprendre des meubles mais on posera comme fiction que les meubles peuvent être immeubles par leur destination. Tout se passe comme si le législateur avait en réalité posé une exception. Il en va de même pour la personne morale qui déroge à l'exigence de l'existence d'un être humain pour identifier un patrimoine. C'est toujours une dérogation que de considérer que la volonté d'autrui peut engager alors que seule la volonté de l'individu lui-même est censée avoir un tel pouvoir.

Pourtant, il existe une différence fondamentale entre la fiction et l'exception. L'exception se présente comme une dérogation explicite. La loi vise un cas qui échappe au jeu de la règle pour soumettre ce cas à un régime différent. Par exemple, les héritiers peuvent s'obliger personnellement à régler la prestation compensatoire du conjoint survivant au lieu de la prélever sur la succession<sup>54</sup>. Autre exemple : l'exception est parfois proche du fonctionnement du droit commun et certains contrats par dérogation sont soumis à des règles de formation différente, telle la donation qui doit être passée par acte authentique<sup>55</sup>. Et la jurisprudence a même ajouté des exceptions à cette exception pour revenir au principe du consensualisme avec notamment les dons manuels et les donations indirectes.

En revanche, la fiction déroge au concept tout en l'appliquant. Elle déroge au concept de façon indirecte car elle va oblitérer une ou plusieurs de ses conditions d'applications. Par exemple, elle va nier que le meuble soit tel au mépris du critère de la mobilité. La fiction déclare que les faits sont autres qu'ils ne paraissent ce qui lui permet de déroger aux concepts sans les altérer substantiellement.

Certains auteurs, présentant la parenté entre la fiction et l'exception ont plaidé pour une interprétation stricte ou étroite des fictions ce qui n'est qu'une façon déguisée d'empêcher les dérives de sa fonction technique.

La fiction déroge au concept sans soumettre le cas à un autre concept. C'est une nouvelle contradiction.

**15. Présomption et fiction** – La fiction porte sur le fait et non sur le concept. Ce point est historiquement attesté : il y a fiction lorsqu'un fait avéré est nié ou bien lorsqu'un fait inexistant est affirmé<sup>56</sup>. A partir de là, il est vrai que la distinction avec les présomptions devient difficile. Certes, on pourra toujours relever que les présomptions simples peuvent se renverser mais que dire des présomptions irréfragables ? En réalité, le même critère de distinction demeure : la fiction est certitude du faux alors que même dans la présomption irréfragable il existe une idée de probabilité du fait présumé<sup>57</sup>. Ainsi, lorsque le refus de l'administration est présumé irréfragablement après quatre mois de silence, il existe toujours une probabilité pour que ce silence s'explique par un refus d'accéder à la demande de

---

<sup>54</sup> CCiv. art. 280-1.

<sup>55</sup> CCiv. art. 931.

<sup>56</sup> Y. Thomas, précité, p.17.

<sup>57</sup> R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, LGDJ, 1950, p.9.

l'administré<sup>58</sup>. En revanche, il est bien certain (et non probable) que les meubles par destination ne sont pas des immeubles par nature, tout comme il est certain que l'on ne déjeune pas avec une personne morale ou que le représentant n'est pas le représenté.

Il est toutefois troublant de constater que la fiction fonctionne comme une présomption : elle établit la réalité ou l'absence de certains faits sans passer par les règles de preuve habituelles. Autrement dit, La fiction ne se contente pas seulement de déplacer l'objet de la preuve comme c'est le cas de la présomption. Elle évince les règles de preuve au profit de la négation ou de l'affirmation de certains faits.

Ainsi, la fiction fonctionne comme une règle de preuve sans en être une. C'est encore une contradiction.

**16. Mythe et fiction** – La fiction peut être rapprochée du mythe si ce dernier se définit comme ce qui ne vit et n'existe que par la parole<sup>59</sup>. En effet, la fiction affirme ou nie des faits par la seule force de sa parole. Nombreuses sont les publications doctrinales qui accusent certaines catégories ou théories de n'être que des mythes : la théorie générale du contrat<sup>60</sup>, l'obligation de donner<sup>61</sup>, les souvenirs de famille<sup>62</sup>, ne sont-ils que de pures constructions sans réalité ? En réalité, la question est mal posée car dans une certaine mesure tout le discours juridique et ses catégories sont des constructions de l'esprit<sup>63</sup>.

Le point commun qui existe entre la fiction et le mythe est qu'ils sont tous les deux inattaquables et irréfutables<sup>64</sup>. Ce sont des hypothèses d'interprétation de la réalité et, à ce titre, la réalité ne peut les remettre en cause. Ce qui dit la fiction doit être considéré comme vrai même si l'on sait que cela est tout le contraire. Le mythe ne serait alors pas autre chose qu'une fiction inconsciente. Certaines choses seraient affirmées vraies alors qu'elles sont en réalité fausses (mais jusqu'alors on l'ignorait).

Mythe conscient, la fiction serait alors le mensonge qui prétend dire la vérité. C'est une contradiction supplémentaire qui s'ajoute au passif déjà lourd de la fiction.

**17. Définition de la fiction** – En réalisant la synthèse des éléments précédents, il est possible de définir la fiction juridique comme *un procédé dérogatoire de mise en œuvre extensive des qualifications par postulation des éléments de fait nécessaires à leur application*.

Cette définition permet de marquer la différence avec l'analogie, l'exception, la présomption, le mythe et la qualification. La fiction fonctionne avant tout par *postulation du fait* ce qui la

---

<sup>58</sup> *Contra*, D. Costa, précité, p.248, qui y voit une fiction.

<sup>59</sup> Ch. Atias, précité, p.329.

<sup>60</sup> E. Savaux, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 264, 1997.

<sup>61</sup> M. Fabre-Magnan, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p.85 et s.

<sup>62</sup> J.-F. Barbiéri, « Les souvenirs de famille, mythe ou réalité juridique ? », *JCP G* 1984, I, 3156, n°5.

<sup>63</sup> J. Parain-Vial, « Note sur l'épistémologie des concepts juridiques » *Archives de Philosophie du Droit*, 1959, p.131 et s.

<sup>64</sup> Sur le mythe, Ch. Atias, précité, p.361.

différencie des notions précitées. Cette définition permet aussi de mettre en valeur la nature foncièrement contradictoire de la fiction qui bouscule toutes les techniques classiques d'interprétation afin d'imposer ses propres solutions.

Les faits nécessaires à l'application d'une qualification sont postulés soit par oblitération (il y a négation de l'existant) soit par adjonction (il y a affirmation de l'inexistant)<sup>65</sup>. Le paradoxe de la fiction est total car il y a dérogation à l'application de la qualification tout en respectant la définition de celle-ci. Toutefois, sauf à assimiler les faits au vrai, la fiction ne peut pour autant être caractérisée comme un énoncé faux. Elle se révèle plutôt comme un moyen d'obtenir un résultat précis en établissant ou en écartant les faits nécessaires à l'application d'une qualification.

L'originalité de la fiction juridique tient en ceci : elle affirme les faits qui correspondent à la définition de la qualification sans se soucier de la possibilité d'une preuve contraire régulièrement établie devant le juge. La fiction écarte ainsi délibérément des éléments de faits qui viendraient faire obstacle à l'application de la qualification visée. Peu importe que l'enfant ne soit pas encore né : il peut hériter. Peu importe que la personne ne soit pas un citoyen romain : elle pourra malgré tout tenter un procès. Peu importe que la chose se déplace : elle sera immeuble. Peu importe que la personne soit absente : elle peut être contractuellement engagée. Peu importe que la personne soit unique : elle pourra disposer d'un second patrimoine.

La fiction juridique semble tenir dans ce « peu importe ». La dérogation ne porte pas sur les éléments constitutifs de la qualification ou le contenu de la règle sinon il s'agirait de la création d'une autre qualification ou d'une exception. L'effet dérogatoire est ici obtenu par la mise à l'écart des preuves juridiquement administrées qui auraient empêché la mise en oeuvre de la qualification ordinaire. Qu'il soit établi devant le juge que le fait pertinent a eu lieu ou n'a pas eu lieu sera tenu pour indifférent. Le fait requis pour appliquer la qualification choisie sera postulé. La postulation consiste ici à poser explicitement les faits requis pour l'application d'une qualification sans en fournir de preuve juridique et en exigeant qu'ils soient admis comme tels.

Cette définition permet de comprendre pourquoi la fiction a longtemps été rattachée à l'idée de pouvoir créateur. En effet, la postulation des faits suppose une autorité qui affirme une réalité possible indépendamment des faits juridiquement prouvés. A cet égard, il serait intéressant d'approfondir la situation où une personne est relaxée par un jury d'assises alors que le meurtre a été prouvé. Le jury postule que le crime n'a pas eu lieu, sinon la peine serait prononcée.

La contradiction fondamentale de la fiction repose donc sur l'application d'une qualification qui ne devraient pas s'appliquer ou inversement sur le refus d'appliquer une qualification qui devrait l'être. Cette idée de postulation (qui contient celle d'absence de justification) permet

---

<sup>65</sup> Comp. Y. Thomas, précité, p.21-29.



d'assener un coup de grâce à la fiction en la rapprochant d'une critique épistémologique adressée en général dans les sciences expérimentales, à savoir l'hypothèse *ad hoc*.

**18. La fiction, hypothèse *ad hoc*** – Qu'est-ce qu'une hypothèse *ad hoc*? Comme l'expression l'indique il s'agit d'une hypothèse faite en vue d'une situation bien précise et seulement pour cette situation. Les juristes connaissent d'ailleurs parfaitement l'idée d'administrateur *ad hoc*. Dans le domaine des sciences expérimentales cette façon de raisonner encourt de vives critiques car elle permet de sauver une théorie contre les faits<sup>66</sup>.

Un seul exemple célèbre permet de le comprendre, c'est celui de la combustion des métaux. Lavoisier a en effet adopté la théorie dite du calorique qui explique la combustion à partir de la présence des atomes d'oxygène. Cette théorie du calorique contredisait une théorie concurrente, aujourd'hui abandonnée, dit du « phlogistique ». Selon cette dernière théorie du phlogistique, la combustion avait lieu grâce à la présence de ce composant mystérieux qui était censé expliquer qu'après combustion le métal devient plus léger. Selon l'interprétation dominante, cette variation de masse était due à la disparition du phlogistique.

Toutefois, certaines expériences sur des métaux particuliers comme le magnésium ont montré que la combustion rendait le métal plus lourd. Ce résultat s'explique en réalité par le fait que l'air se fixe sur le métal pendant la combustion. Mais les partisans de la théorie du phlogistique ne se sont pas laissés impressionner par ce résultat. Ils ont émis une hypothèse *ad hoc* selon laquelle le phlogistique aurait dans certains métaux une masse négative expliquant que sa libération augmente ainsi la masse du métal. Grâce à cette hypothèse la théorie du phlogistique était sauvée. Mais pour quel profit? Aucun, si ce n'est la satisfaction intellectuelle de ne pas bouleverser les catégories habituelles.

Il est particulièrement frappant de constater à quel point l'hypothèse *ad hoc* ressemble fonctionnellement à la fiction. L'hypothèse *ad hoc* permet de ne pas altérer un ensemble de concepts en adjoignant un élément qui permet de rectifier certaines observations qui contredisent pourtant la théorie. Il en va de même pour la fiction qui permet de modifier la solution relevant de l'application régulière des concepts afin de conserver leur organisation existante. Cependant, la formulation d'hypothèses *ad hoc* est contraire à l'esprit scientifique et inhibe réflexion et créativité. On ne peut alors que douter de la pertinence du recours aux fictions. Ces dernières fonctionnent comme des hypothèses *ad hoc* qui conservent l'édifice conceptuel du droit en refusant de l'amender pour l'adapter à certaines réalités<sup>67</sup>. La fiction est donc condamnable dans sa dimension théorique, plus précisément dans sa dimension épistémologique.

---

<sup>66</sup> K. Popper, *Conjectures et réfutations, la croissance du savoir scientifique*, Payot, 2006, p.64 ; *La logique de la découverte scientifique*, Payot, 1973, p.78-79.

<sup>67</sup> G. Wicker, précité, p.14 : « Les fictions juridiques supposent un renouvellement de la conception des institutions qu'elles affectent et, partant, de leur formulation conceptuelle, et ce renouvellement peut déboucher soit sur la redéfinition, totale ou partielle, d'un concept ou des relations qui l'unissent à d'autres, soit sur l'introduction de concepts nouveaux ».

**19. Envers et contre tout** – En dépit des sévères critiques dont la fiction peut être l’objet (à travers ses fonctions ou sa nature) comment expliquer la persistance du procédé dans le domaine juridique ? Comme le rappelle Bergson, « *notre esprit à une irrésistible tendance à considérer comme plus claire l’idée qui lui sert le plus souvent* »<sup>68</sup>. Habitué aux catégories juridiques, les juristes préfèrent les conserver (serait-ce en ajoutant une fiction) plutôt que les réformer. On ne peut ignorer que l’esprit humain a une tendance à choisir l’économie et la facilité : la fiction est à cet égard un expédient très puissant qui permet à moindre frais d’obtenir exactement le résultat voulu<sup>69</sup>. Mais quels sont les frais véritables ? A notre sens, ils sont très grands, trop grands pour que les juristes continuent d’user de la fiction avec une tranquille conscience, *comme si* le procédé était indolore et indifférent pour la compréhension, la cohérence et l’interprétation du droit. La fiction juridique génère un écart trop important avec les exigences propres à tout savoir pour pouvoir être regardée comme une modalité technique indifférente. Aussi, au terme de ces développements, nous pouvons poser en forme de sentence que *là où il y a fiction, il doit y avoir remise en question*<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> H. Bergson, *La pensée et le mouvant*, PUF, 1938, p.205

<sup>69</sup> R. Ihering, *Der Geist des römischen Rechts*, II, 2, 1875, p.528 et s.

<sup>70</sup> Comp. Ch. Atias, *Questions et réponses en droit*, PUF, l’interrogation philosophique, 2009, n°358, p.240.