
Le rôle des fictions dans le système juridique

Jean-Louis Bergel*

Dans cet article, l'auteur démontre que les fictions ont, dans le système juridique, des fonctions de *technique* et de *politique* juridiques. Leurs fonctions de *technique juridique* sont « *dogmatiques* » ou *mécaniques*. Par leur fonction « *dogmatique* », les fictions ont un rôle constructif en contribuant à la cohérence du droit (par exemple, le droit relatif aux personnes morales) et explicatif en éclairant des solutions utiles (ancien mandat tacite de la femme mariée). Par leur *fonction mécanique*, les fictions participent à l'effectivité du droit dans son ensemble (« nul n'est censé ignorer la loi »), ou au fonctionnement d'institutions déterminées (représentation, rétroactivité). Quant à leurs fonctions de *politique juridique*, les fictions permettent, par leur fonction *historique*, d'introduire sans bouleversement des normes nouvelles dans l'ordre juridique en extrapolant les conditions ou la portée des règles et concepts existants (immeubles par destination, représentation successorale). Par leur fonction *téléologique*, les fictions tendent à protéger ou promouvoir certaines valeurs et certains intérêts en matière extrapatrimoniale (adoption, naturalisation) ou patrimoniale (séparation des patrimoines). L'existence, l'interprétation et la portée des fictions dépendent de leur rôle qui implique, en certains cas, d'en limiter l'emploi sans, pour autant, nier leur utilité au prétexte de réalisme.

In this article the author discusses the role of juridical fictions in the system of law, and demonstrates that fictions can perform functions of both *technique* and *policy*. *Technical fictions* may be related to the “*dogma*” underlying the law, or to the law's *mechanical application*. In their “*dogmatic*” function fictions may fulfill a developmental role while contributing to the coherence of the law (e.g. the law of moral persons), or an explanatory role by clarifying accepted solutions to doctrinal puzzles (the tacit mandate of the married woman). In their “*mechanical*” function fictions assist in the effective application of the law (“*Ignorance of the law is no excuse*”) or in the operation of particular institutions (mandatory representation, democratic representation, retroactivity). Fictions of *juridical policy*, in their “*historical*” function, facilitate innovation through extrapolation from existing rules (immobilization by destination, successoral representation). In their *teleological* role fictions of juridical policy tend to protect certain extrapatrimonial (adoption, naturalization) or patrimonial (separation of patrimony) interests. The existence, interpretation, and scope of a given fiction depend on the role it is intended to perform, and arguments to limit the application of fictions should address this role, and not resort to the pretext of realism.

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III.

*Sommaire***I. Les fonctions de technique juridique****A. La fonction « dogmatique » des fictions**

- a. Le rôle constructif des fictions
- b. Le rôle explicatif des fictions

B. La fonction mécanique des fictions

- a. Les mécanismes nécessaires à l'effectivité du droit dans son ensemble
- b. Les mécanismes relatifs au fonctionnement d'institutions particulières

II. Les fonctions de politique juridique**A. La fonction historique**

- a. La définition de la fonction historique
- b. Les modalités de la fonction historique

B. La fonction téléologique

- a. En matière extrapatrimoniale
- b. En matière patrimoniale

C. La limitation de l'existence et de la portée des fictions de politique juridique**Conclusion**

* * *

1.— Exprimant « un fait contraire à la nature des choses »¹ et constituant ainsi une sorte de « légitimation du faux »², les fictions juridiques sont, à

¹R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Arthur Rousseau, 1911 à la p. 243.

²P. Foriers, « Présomptions et fictions » dans C. Perelman et P. Foriers, éd., *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1974, 1, no 2 à la p. 7 et s. [ci-après *Les présomptions et les fictions en droit*]

première vue, choquantes. « Le Droit est fait pour régir le réel » et il semble aberrant qu'il puisse remplir ce rôle en faussant la réalité³.

Mais le droit recourt à divers procédés de technique juridique pour concilier la stabilité de la construction logique nécessaire à sa sécurité et les exigences de son adaptation à la plasticité des réalités sociales. À cette fin, on utilise parfois des artifices et on altère la vérité pour justifier des solutions adéquates sans remettre en cause l'armature du système juridique⁴. On travestit ainsi la réalité, en faisant « comme si » une situation existait ou n'existait pas, afin de parvenir à un résultat jugé satisfaisant.

On s'est souvent interrogé sur la légitimité et l'utilité des fictions. Pour certains, en dépit des dangers inhérents à toute déformation de la réalité, les fictions de droit sont un « instrument indispensable » de la technique juridique, à condition de se limiter à la satisfaction de la justice et de l'utilité sociale⁵. Ce serait « le prix à payer pour que, techniquement parlant, la norme puisse être efficace⁶. »

Pour d'autres, tels Jeremy Bentham dans ses « principes de législation »⁷, « fiction n'est pas raison ». On a dit que, même lorsque « les catégories et les techniques juridiques reconnues, celles qui font partie de la réalité juridique admise, ne fournissent pas de solution acceptable au problème de droit que l'on doit résoudre [...], il suffit de modifier sur tel ou tel point la réalité juridique admise pour que le recours à la fiction devienne superflu pour résoudre tel problème particulier⁸. »

Mais les fictions juridiques constituent, selon la définition de Henri Capitant, « un procédé de technique juridique consistant à supposer un fait ou une situation différente de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques⁹. » Si l'on envisage le problème de leur légitimité, non sur le plan philosophique mais d'un point de vue méthodologique, tout dépend de savoir si les fictions en général ou telle fiction en particulier sont utiles ou inutiles et nécessaires ou superflues dans l'ordonnement juridique. Or,

³J. Rivero, « Fictions et présomptions en droit public français » dans *Les présomptions et les fictions en droit*, *ibid.*, 101 à la p. 102.

⁴J. Schmidt-Szalewski, « Les fictions en droit privé » (1975) 20 *Arch. phil. dr.* 273, nos 1-2 à la p. 273 et s.

⁵F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, Paris, Sirey, 1921, no 247 aux pp. 417-18 [ci-après Gény, t. 3].

⁶P. Oriante, *Introduction au système juridique*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1982 aux pp. 122-23.

⁷J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Édimbourg, Tait, 1843, c. 13.

⁸C. Perelman, « Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse » dans *Les présomptions et les fictions en droit*, *supra*, note 2, 339 à la p. 343.

⁹H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires, 1930, *vo* « fiction ».

cela dépend des fonctions que les fictions ont à remplir dans le système juridique.

Cette étude du rôle des fictions permet ainsi d'apprécier concrètement leur légitimité et l'opportunité de l'usage qui en est fait et de déterminer leur portée et leur régime.

2.— Or, si les fictions juridiques ont été étudiées par de nombreux et souvent de grands auteurs¹⁰, c'est surtout dans une perspective conceptuelle et fondamentale. L'approche instrumentaire et fonctionnelle des fictions semble avoir été quelque peu négligée malgré leur importance pratique en toutes matières de droit privé et de droit public¹¹.

On observera seulement ici, pour l'instant, que les fictions juridiques semblent se retrouver dans tous les systèmes juridiques, aussi bien anciens que modernes, et sont donc familières à tout juriste¹². Le droit romain leur fit une très large place¹³ et le droit anglais y a également toujours eu recours¹⁴. Les droits musulmans utilisent des stratagèmes et des fictions nombreuses pour éluder des solutions archaïques. Sur leur mérite, en dépit de l'hostilité traditionnelle des philosophies jusnaturalistes à l'égard des fictions, on admettra ici avec Georges Del Vecchio que

les altérations ou imitations artificielles du vrai, ouvertement déclarées et acceptées comme telles, ne sont pas par elles-mêmes répréhensibles ; elles constituent même, à leur tour, une catégorie de *vérités secondaires*, relatives ou conventionnelles, qui ne sont pas sans mériter le respect quand elles sont orientées vers des fins légitimes. Il n'en est pas moins entendu que ces artifices doivent trouver une limite dans les besoins réels et cesser avec eux [...] [L]es

¹⁰En particulier, R. Von Ihering, *L'esprit du droit romain*, trad. par O. de Meulenaere, t. 4, 3e éd., Paris, Chevalier-Marescq, 1888, § 68 ; G. Demelius, *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung*, Weimar, 1858 ; Demogue, *supra*, note 1 à la p. 238 et s. ; Gény, t. 3, *supra*, note 5, no 240 et s. à la p. 360 et s. ; J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé*, Bruxelles, Émile Bruylant et Paris, Sirey, 1935 aux pp. 275-345 ; *Les présomptions et les fictions en droit*, *supra*, note 2 ; R. Dekkers, *La fiction juridique*, Paris, Sirey, 1935 ; L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris, 1914 [non publiée] ; L.L. Fuller, « Legal fictions » (1930-31) 25 Ill. L. Rev. 363, 513, 877, reproduits dans L.L. Fuller, *Legal Fictions*, Stanford, Stanford University Press, 1967.

¹¹En droit privé, spécialement en droit civil, voir Schmidt-Szalewski, *supra*, note 4 et, en droit public, voir Rivero, *supra*, note 3.

¹²G. Del Vecchio, *La justice — La vérité : Essais de philosophie juridique et morale*, Paris, Dalloz, 1955 aux pp. 197-98.

¹³Voir Von Ihering, *supra*, note 10 ; Dabin, *supra*, note 10, notamment à la p. 331 et s. et à la p. 340 et s. ; Gény, t. 3, *supra*, note 5, no 240 à la p. 362 et s.

¹⁴H. Sumner Maine, *L'ancien droit*, trad. par F.G. Courcelle Seneuil, Paris, A. Durand et Pedone Lauriel, 1874 aux pp. 25-41.

fictions furent et peuvent être encore des instruments utiles au progrès juridique. Il ne serait pas raisonnable d'en proposer l'abolition *ex abrupto*¹⁵.

C'est donc bien à leur rôle, aux fonctions ordonnatrices et régulatrices qui leurs sont dévolues, que se mesure le mérite des fictions dans le système juridique.

3.— On est alors tenté de dire que les fictions juridiques sont de « pieux mensonges » du droit. Certes, les procédés techniques sont neutres en eux-mêmes ; ils peuvent devenir bénéfiques ou maléfiques selon l'usage qui en est fait et les finalités auxquelles on les utilise : c'est le thème bien connu de la polyvalence des techniques.

Il faut alors rechercher pourquoi il peut être utile ou nécessaire de travestir la réalité vécue en une vérité juridique artificielle et contraire et pour satisfaire quelles valeurs des entorses délibérées à la vérité sont admissibles.

Ce ne peut être, semble-t-il, que pour sauvegarder un élément essentiel de l'organisation sociale.

Il peut d'abord s'agir du nécessaire respect de l'*ordre social* par l'effet obligatoire de la solution de droit. Lorsque l'on proclame que « nul n'est censé ignorer la loi » et quand on consacre l'autorité de la chose jugée au nom du principe « *res judicata pro veritate habetur* », c'est bien l'ordre social que l'on veut garantir. Mais les fictions ont aussi pour objet d'assurer la cohérence interne du système juridique. Il en est ainsi quand, par exemple, par des assimilations fallacieuses, le droit qualifie des biens meubles d'immeubles, ou inversement, pour garantir à un ensemble hétérogène la nécessaire unité de son régime juridique ou quand, pour effacer l'acte nul grâce à la rétroactivité des nullités, on fait comme s'il n'avait jamais existé. D'autres fictions, comme le disait François Gény, cherchent « le juste » « au rebours du vrai »¹⁶. « [L]es 'irréalités' de la loi sont des *effets de justice*, au bénéfice desquels il est avantageux de prétendre. » Comme le souligne Gérard Cornu, « [l]e législateur fait naître, avant l'heure, un enfant conçu, pour le plus grand avantage de celui-ci ; il fait survivre le défunt dans la personne de ses héritiers, ou même fait revivre fictivement le successible prédécédé grâce à la représentation successorale. Il jongle avec l'heure de la naissance ou de la mort » : parce que la fiction rachète un « accident de la nature [...] [e]lle est plus juste que la réalité¹⁷. »

¹⁵*Supra*, note 12 à la p. 197.

¹⁶G. Cornu, *Droit Civil : Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 1980, no 211 à la p. 91.

¹⁷*Ibid.*, no 211 aux pp. 90-91 [nos italiques].

Il semble alors que les fictions aient, selon les cas, une *fonction de « politique juridique »* en permettant la réalisation de certaines valeurs ou de certaines orientations considérées comme souhaitables dans l'ordre juridique ou une *fonction de simple « technique juridique »*, consistant en un procédé de mise en oeuvre et de réalisation des éléments du système juridique. Dans le premier cas, elles tendent vers un but du droit ; dans le second, elles n'en sont qu'un moyen. Certes, il n'est pas toujours facile de distinguer, concrètement, la politique et la technique juridiques, ni les finalités et les moyens. Les moyens sont au service d'un but et la technique juridique est au service de la politique juridique. Mais on admettra facilement que les moyens de réalisation de l'ordre social, comme l'autorité de la chose jugée ou le principe que « nul n'est censé ignorer la loi », ou les procédés assurant la cohérence de l'ordre juridique, tels la rétroactivité ou l'immobilisation des meubles, relèvent de la technique juridique, alors que la maxime « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* », le mariage posthume, la légitimation des enfants naturels ou la naturalisation relèvent directement de la politique juridique. On observera cependant que la plupart des fictions sont de simples procédés de technique juridique.

4.— Encore faut-il, cependant, préciser ce que l'on entend ici par fictions juridiques.

On oppose généralement les *fictions* et les *présomptions*. On souligne en effet que « [l]es présomptions se rattachent à la théorie de la preuve, les fictions à la théorie de l'extension de la norme en droit, voire à celle de la création ou de la légitimation de celle-ci¹⁸. » On insiste surtout sur le fait que les présomptions restent dans la ligne du vrai ou, au moins, du vraisemblable alors que les fictions écartent délibérément la vérité¹⁹.

Effectivement, le fait présumé reste probable. Mais les *présomptions irréfragables*, excluant toute preuve contraire, peuvent consacrer, dans certains cas, un état de chose manifestement opposé à la vérité objective. Certes, elles n'expriment pas un mépris aussi systématique de la vérité et ne la refusent pas délibérément. Les fictions, en revanche, « [f]aisant litière des vraisemblances, [...] heurte[nt], de parti pris, les réalités les plus certaines, pour appliquer, par voie de comparaison forcée ou de supposition imaginaire, à une situation, qui paraît mériter reconnaissance juridique, les règles d'une situation franchement différente²⁰. »

Pourtant, on ne peut considérer les présomptions irréfragables comme de simples éléments de preuve. Ce sont des « artifices techniques » qui

¹⁸Foriers, *supra*, note 2, no 2 à la p. 8.

¹⁹Dabin, *supra*, note 10 à la p. 275 et s.

²⁰Gény, t. 3, *supra*, note 5, no 253 à la p. 446.

permettent de « considérer comme vrai ce qui peut tout aussi bien être faux et qui de plus pose comme vrai dans tous les cas ce qui n'est pas absolument vrai²¹. » Si, entre fiction et présomption irréfragable, il y a, « par rapport au respect de la vérité, plus qu'une nuance [...] leur parenté est évidente : l'un comme l'autre font bon marché de la réalité, et aboutissent à la tenir pour inutile²². »

Alors qu'il existe entre les fictions et les présomptions simples, une différence radicale de nature, il y a entre fictions et présomptions irréfragables une ressemblance réelle car, bien qu'à des degrés divers, les unes comme les autres permettent de méconnaître la réalité. L'embarras des auteurs pour qualifier l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » ou l'autorité de la chose jugée, considérée comme irrévocablement conforme à la vérité, de fictions ou de présomptions est la meilleure démonstration de la similitude de ces procédés : certains y voient des présomptions ; d'autres des fictions²³.

Bien que les fictions consacrent des situations certainement contraires à la réalité alors que les présomptions irréfragables se bornent à entériner des situations susceptibles d'être aussi bien réelles que fausses, on les réunira ici sous la même idée d'abstraction de la réalité, en les opposant aux présomptions simples qui correspondent, quant à elles, à une méthode de recherche de la vérité.

5.— Ainsi, on entendra par fiction toute négation délibérée de la réalité certaine ou possible, afin de produire des effets de droit. Il s'agit toujours d'une substitution à la réalité vécue d'une réalité juridique qui en est différente. Il importe peu alors que, dans certains cas, la réalité de fait soit plus ou moins certainement bafouée, ce qui lierait les fictions à un critère sociologique flottant, ni que l'on formule la fiction sous telle ou telle forme. Il ne s'agit pas ici de recenser les moyens qu'utilise le droit pour consacrer les fictions juridiques ; il dispose à cette fin de nombreux procédés : assimilations, création de concepts ou de règles de droit positif, explication d'une solution, ignorance d'une réalité (clause réputée non écrite), décalage dans le temps par la rétroactivité ou l'anticipation, présomption, action sur les conditions d'application des règles de droit ou extension de leurs effets. Les rôles dévolus aux fictions dans le système juridique sont indépendants des formes qu'elles revêtent.

²¹Foriers, *supra*, note 2, no 2 à la p. 10.

²²Rivero, *supra*, note 3 à la p. 103.

²³Comparer A. Bayart, « Peut-on éliminer les fictions du discours juridique ? » dans *Les présomptions et les fictions en droit*, *supra*, note 2, 27 aux pp. 29-30 ; Foriers, *supra*, note 2, no 10 aux pp. 15-16 ; Perelman, *supra*, note 8 à la p. 342 et s. ; Rivero, *supra*, note 3 à la p. 107.

La doctrine classique assigne généralement aux fictions une *fonction historique* et une *fonction « dogmatique »*²⁴.

Par leur « fonction historique », les fictions servent à introduire des règles de droit nouvelles parmi les règles préexistantes dont elles altèrent les conditions d'application et la portée. Par leur fonction dogmatique, elles répondent à une préoccupation constructive et doctrinale en encadrant théoriquement les solutions de droit par des motivations cohérentes et logiques.

Cette distinction de la fonction historique et de la fonction dogmatique des fictions n'est pas très aisée en pratique. L'utilité de certaines fictions peut n'être que passagère ; certaines fictions évoluent et disparaissent. Les fictions romaines applicables au captif qui ne revient pas et que l'on considérerait comme mort au moment de sa capture pour valider son testament (fiction *legis corneliae*) ou à celui qui a regagné les frontières du pays et est réputé n'avoir jamais été capturé et n'avoir jamais perdu ses droits (fiction du *post liminium*) n'auraient plus guère d'intérêt aujourd'hui. De même, les légitimités fictives que consacrait le droit de la filiation, en France, jusqu'à la *Loi du 3 Janvier 1972 sur la filiation*²⁵, ou qu'il peut encore abriter sous les apparences de certaines procréations artificielles montrent la relativité des fictions. Certaines fictions simplement explicatives peuvent sécréter des fictions extensives ou créatrices de droit. Plus fréquemment, les fictions assument à la fois une fonction historique et une fonction dogmatique²⁶.

Cela conduit à penser que la distinction de ces deux fonctions ne suffit pas à refléter le rôle exact des fictions juridiques et à rendre compte de leur diversité. Il faut encore distinguer des fictions qui ont pour objet de nier une réalité, comme jadis l'adultérinité d'un enfant, et celles qui ne sont qu'un moyen de mise en oeuvre du système juridique. On doit alors assigner aux fictions finalistes une *fonction téléologique* et aux fictions instrumentaires une *fonction mécanique*.

Or, la distinction des fonctions historique et dogmatique, d'une part, et des fonctions mécanique et téléologique, d'autre part, s'intègre plus largement dans celle des fonctions *de technique juridique* et *de politique juridique* que, selon les cas, les fictions peuvent assumer.

Les *fonctions de technique juridique* des fictions (I), bien qu'en apparence moins éminentes, sont naturellement, s'agissant d'un procédé technique du droit, beaucoup plus importantes en pratique que leurs *fonctions de politique juridique* (II).

²⁴Gény, t. 3, *supra*, note 5, no 242 à la p. 375 et s. et les références citées ; Dabin, *supra*, note 10 à la p. 330 et s.

²⁵J.O., 5 janvier 1972, 145, Gaz. Pal. 1972. 1er sem. Lég.51, D.1972.Lég.51.

²⁶Gény, t. 3, *supra*, note 5, no 242 à la p. 377.

I. Les fonctions de technique juridique

6.— En tant que procédé intellectuel méconnaissant la réalité, les fictions doivent d'abord être considérées comme un « instrument de la technique du droit positif²⁷. » À ce titre, leur étude doit s'appuyer sur des exemples précis qui seront ici principalement tirés du droit français contemporain ou du droit québécois, mais qui, vraisemblablement, pourraient l'être aussi bien de tout autre système juridique.

René Demogue observait que les fictions juridiques ont, pour le moins, une « utilité pédagogique (au sens le plus large du mot) et même technique » incontestable. Il s'agissait pour lui de « formule[s] technique[s] ne correspondant directement à aucune réalité qui, en fait, permette[nt] de trouver de bons résultats » soit en étayant provisoirement ces résultats, soit en constituant l'instrument pratique pour résoudre des difficultés données²⁸.

Les fictions sont alors l'instrument de la cohérence du droit qui permettent, sans rupture de son unité logique, de parvenir à des résultats satisfaisants que l'application pure et simple du droit à la réalité ne permettrait pas d'obtenir. Elles consistent alors à sacrifier la réalité matérielle au profit de solutions juridiques adéquates.

Les fictions peuvent ainsi avoir pour objet de fournir une justification logique à des solutions nées en marge du système établi : c'est cette fonction explicative que Von Ihering²⁹ a qualifiée de « *dogmatique* » (A). Mais les fictions jouent également le rôle de courroies de transmission à l'intérieur du système juridique lui-même dont elles relient certains organes qui, sans elles, tourneraient à vide et ne sauraient être utilisés. Cette *fonction mécanique* (B) des fictions est alors la condition de la mise en oeuvre concrète de certains principes et de certaines règles, voire de tout le système juridique.

A. La fonction « *dogmatique* » des fictions

7.— La fonction « *dogmatique* » des fictions, ou, si l'on préfère, « théorique », selon l'expression de l'auteur allemand Joseph Unger³⁰, s'oppose à leur fonction dite « historique » ou « pratique » qui consiste à étendre la règle de droit en en dénaturant les conditions. Elle traduit le rôle des fictions dans l'encadrement conceptuel du droit, dans la mesure où elles contribuent à donner au système juridique sa cohérence logique.

²⁷*Ibid.*, no 245 à la p. 397.

²⁸*Supra*, note 1 aux pp. 242-43.

²⁹*Supra*, note 10, § 68.

³⁰« Die Verträge zum Gunsten Dritter » dans *Jahrbucher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen privatrechts*, t. 10, Liepzig, 1871 aux pp. 9-11, trad. dans Lecocq, *supra*, note 10 aux pp. 220-21.

Dabin³¹ faisait une distinction fondamentale entre, d'une part, ce qu'il appelait les « fictions-règles » qui sont constitutives ou modificatives de règles de droit, autrement dit, qui sont *créatrices de droit* et qui expriment directement une « politique juridique », comme la légitimation ou la naturalisation, et, d'autre part, les « fictions-concepts » extérieures à la règle et qui, d'un point de vue constructif et doctrinal, ont seulement pour objet de l'expliquer en découvrant l'idée logique qui permet de la rattacher à d'autres éléments du droit, considéré comme un système cohérent et harmonieux. Dans cette perspective, la « fonction dogmatique » des fictions n'intéresserait que les « fictions-concepts » qui ne se rattachent qu'à la technique juridique. Mais il n'est pas sûr que ce soit exact. La détermination du domaine et du rôle des fictions paraît être l'une des questions les plus impalpables et les plus incertaines du droit. Cela explique les hésitations ou les contradictions de la doctrine en ce domaine. Dabin lui-même hésitait à rattacher la « personnification civile » à la fonction dogmatique ou à la fonction historique des fictions³², alors que Gény la rattachait délibérément à la fonction dogmatique dont elle serait la meilleure illustration³³ et que d'autres refusent même d'y voir une fiction...

On retiendra ici que les fictions contribuent à insérer des solutions juridiques marginales et utiles dans le système juridique tout en préservant, fût-ce par des artifices, sa nécessaire cohérence. Pour ce faire, elles peuvent soit concourir à l'arsenal conceptuel du droit, soit se borner à expliquer les solutions acquises en droit positif. Selon les cas, les fictions assument alors un rôle *constructif* (a) ou simplement *explicatif* (b).

a. Le rôle constructif des fictions

8.— Le rôle constructif des fictions apparaît lorsque la fiction réside dans le *concept* lui-même et lorsque ce concept est l'instrument de la construction cohérente du droit, autrement dit lorsque, sans lui, la mise en oeuvre du système juridique serait irrationnelle. Tèl est le cas, semble-t-il, de la personnalité morale, des immeubles par destination, du domicile, voire de l'exterritorialité, par exemple.

La personnification des groupements permet d'en faire des sujets de droit, autrement dit de leur reconnaître l'aptitude à être titulaire de droits, à assumer des obligations, à agir sur la scène juridique en faisant des actes juridiques, à ester en justice... Elle permet donc de prendre en considération le but collectif que poursuivent certains groupements, le droit de propriété individuelle qui leur est reconnu sur les biens mis en commun, les actes

³¹*Supra*, note 10 à la p. 321 et s.

³²*Ibid.* aux pp. 333 et 343 et s.

³³*Supra*, note 5, no 242 à la p. 376.

juridiques réalisés pour leur compte par leurs représentants, les actions en justice destinées à protéger leurs intérêts ou à sanctionner leurs obligations. Or la jurisprudence a caractérisé les éléments constitutifs de la personnalité morale à travers les conditions auxquelles son attribution est subordonnée : elle a admis, en France, « qu'elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être reconnus et protégés par la loi », et notamment aux organismes créés par la loi avec mission de gérer des intérêts collectifs³⁴. Si, dans d'autres pays, comme en Belgique, l'existence des personnes morales suppose leur reconnaissance expresse par la loi, elles y correspondent néanmoins à des critères analogues qui en caractérisent le concept. Il importe peu alors de s'arrêter à la fameuse controverse sur la fiction ou la réalité des personnes morales³⁵, qui est maintenant dépassée. Il reste que le droit voit une personne dans un être imaginaire et immatériel et l'identifie par un concept plus ou moins arbitrairement conçu sans lequel la poursuite des intérêts collectifs ne saurait être individualisée et le patrimoine social continuerait à appartenir aux associés. La notion de personne morale et son assimilation fictive aux personnes physiques permet de relier le concept de sujet de droit et les groupements, les personnes juridiques et le patrimoine : c'est un élément de l'édifice juridique auquel est liée la cohérence de sa construction.

Il en est de même quant aux immeubles par destination ou aux meubles par anticipation. Dans ces hypothèses, un bien meuble par nature est fictivement traité en immeuble ou un immeuble est qualifié de meuble. Cette négation de la réalité naturelle permet d'étendre le régime juridique des immeubles aux biens meubles qui sont affectés à leur exploitation ou qui leur sont attachés à perpétuelle demeure. On parvient ainsi, sans anéantir la distinction fondamentale dans beaucoup de systèmes juridiques entre meubles et immeubles, à soumettre au même sort les biens hétérogènes qui se trouvent concentrés dans un ensemble dont on sauvegarde l'intégrité économique. Le concept d'immeubles par destination garantit donc la cohérence du système juridique qui, sans lui, serait désarticulé, sauf à faire éclater inopportunément des unités économiques organisées autour d'un immeuble principal. Il permet donc d'atteindre un résultat satisfaisant que la simple confrontation du droit et des réalités ne pourrait assurer sans lui, sans désorganiser les pièces maîtresses du système juridique. On a d'ailleurs

³⁴Cass. civ. 2e, 28 janvier 1954, D.1954.Jur.217 (note G. Levasseur), J.C.P. 1954.II.7978 (concl. Lemoine).

³⁵R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, 2e éd., Paris, Arthur Rousseau, 1922 ; L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, t. 1, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1924, nos 6-58 aux pp. 16-126, où l'auteur dénie le caractère de fiction à la personnalité morale.

observé qu'il ne suffisait pas, pour parvenir à ces solutions, de faire appel à l'idée d'affectation et de soumettre les meubles affectés au service des immeubles au régime immobilier parce qu'ils en sont les accessoires : « l'idée d'affectation, un peu imprécise, n'a point paru pouvoir constituer le principe d'une classification nouvelle des biens qui, en se superposant à la 'summa divisio' traditionnelle en meubles et immeubles, eût risqué d'énervier celle-ci et, en tout cas, de rompre la commode simplicité du système³⁶. »

Le domicile, que l'article 102 du *Code civil* français définit comme le lieu où une personne a « son principal établissement » et qui consiste à imaginer qu'elle y est en permanence présente, personnellement ou par représentant (et à ignorer si elle se déplace ou non), permet de situer géographiquement les personnes juridiques en un lieu fixe grâce auquel elles peuvent être appréhendées par le système juridique et de déterminer la compétence territoriale des autorités appelées à les régir. Ici encore, la fiction sert de relai entre l'unité de l'organisation juridique et le traitement convenable de l'inconstance des faits. La résurgence de certaines réalités concrètes dans les exceptions apportées au rôle du domicile, par la prise en considération des simples résidences ou des établissements secondaires, ne fait que souligner le caractère artificiel du domicile dont l'utilité dans le système juridique ne peut être complètement effacée.

En droit international public, l'exterritorialité, qui servait jadis de fondement aux privilèges et immunités diplomatiques, impliquait que les agents diplomatiques étrangers étaient censés n'avoir jamais quitté leur territoire national et que les ambassades étaient considérées comme des portions du territoire du pays représenté. Cette fiction avait pour rôle d'éviter une antinomie entre le principe de la territorialité des États et l'exclusion de l'autorité de l'État d'accueil sur les agents diplomatiques étrangers ou sur les ambassades ou les navires des États étrangers. Mais cette fiction n'était pas indispensable à la cohérence du système juridique : elle a pu être avantageusement remplacée par les théories de l'immunité diplomatique et du pavillon des navires. On constate d'ailleurs qu'elle constituait plus une simple explication qu'une pièce essentielle à la construction juridique.

b. Le rôle explicatif des fictions

9.— Certaines fictions ne sont en rien créatrices de droit. Elles ont un caractère purement doctrinal et ne servent qu'à expliquer une solution donnée, voire à en circonscrire la portée³⁷, par une idée logique capable de la relier à des situations ou solutions comparables.

³⁶Dabin, *supra*, note 10 à la p. 326.

³⁷Gény, t. 3, *supra*, note 5, no 243 à la p. 383 ; Dabin, *supra*, note 10 à la p. 339 et s.

Ainsi, le mandat tacite de la femme mariée, lorsque celle-ci était considérée comme incapable par le droit français, fut pour la jurisprudence le moyen d'expliquer l'activité juridique propre de la femme pour le compte du ménage et l'application en ce cas de la solidarité passive des époux pour les dettes contractées pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants. Cette fiction d'un mandat tacite donné par le mari à sa femme pour les opérations nécessaires à la conduite du ménage ne correspond à rien de réel et de concret. De même, l'idée de continuation par les héritiers de la personne du défunt, alors que la personnalité est intransmissible, explique le fait qu'ils soient traités par le droit comme le défunt lui-même. Le privilège du bailleur, règle de droit qu'édicte l'article 2102, paragraphe 1, du *Code civil* français, les articles 1994 et 2005 du *Code civil du Bas-Canada* ou, sous la qualification de droit de rétention, les articles 895 du *Code civil* et 272 du *Code des obligations*, en Suisse, est expliqué par la fiction que le preneur aurait tacitement donné ses meubles en gage à son bailleur.

Certaines fictions jouent ainsi « un rôle de '*simplification technique*' » permettant de justifier « un résultat de droit précis par un artifice de pensée, qui traduit directement et presque naïvement la solution jugée utile³⁸. » Ainsi, la fiction d'une obligation accessoire implicite de conseil que le droit positif met à la charge des cocontractants professionnels facilite la mise en oeuvre de leur responsabilité envers les profanes qu'ils n'ont pas utilement guidés dans leurs choix. Elle est alors un moyen de concentrer les solutions applicables dans des domaines très divers et donc un instrument de simplification et d'unité. Il en va de même pour l'obligation de sécurité que bien des contrats sont réputés inclure.

Ce rôle pédagogique est parfois renforcé par une image expressive. Lorsque, par exemple, les condamnés aux peines les plus graves étaient, jusqu'en 1854, en France, réputés morts afin d'effacer leur personnalité juridique par une quasi-incapacité générale de jouissance, l'expression de « mort civile » était particulièrement significative.

10.— Il faut observer que les « fictions explicatives » impliquent, quant à leur régime et leur portée, une grande liberté puisqu'elles ne s'attaquent pas elles-mêmes au fond du droit et se bornent à justifier et préciser des solutions préexistantes. L'interprète dispose à leur égard d'un droit de libre expression et de libre interprétation. Elles peuvent émaner de toutes les autorités du droit et notamment de la pratique, de la jurisprudence ou de la doctrine. Il est plus rare qu'elles soient directement le fait du législateur qui ne fait souvent que les susciter pour donner une explication à certaines normes de droit positif.

³⁸*Ibid.*, no 243 aux pp. 386-87 [nos italiques].

Mais l'imagination créatrice doit être limitée. Elle ne saurait indéfiniment user d'artifices quand les fictions qu'elle génère établissent des solutions nouvelles et constituent un moyen d'extension ou de réduction du droit.

B. *La fonction mécanique des fictions*

11.— Altérations voulues du réel destinées à produire des résultats utiles³⁹, certaines fictions ont une fonction mécanique : ce sont des *mécanismes* destinés à assurer un fonctionnement satisfaisant du système juridique. Elles rappellent alors les concepts à caractère constructif déjà analysés⁴⁰, tant par leur caractère artificiel que par le mode d'articulation du processus juridique qu'elles constituent. Mais elles sont plus complexes. Ce sont de véritables règles composites qui impriment au droit un mode de fonctionnement artificiel permettant d'obtenir le résultat souhaité.

Certains de ces mécanismes sont nécessaires à l'effectivité du droit dans son ensemble (a) ; d'autres ne sont destinés qu'au fonctionnement d'institutions particulières (b).

a. Les mécanismes nécessaires à l'effectivité du droit dans son ensemble

12.— La maxime « nul n'est censé ignorer la loi » constitue une fiction au sens où nous l'entendons ici. Même si la doctrine l'analyse parfois comme une présomption, elle ne peut être qu'irréfragable et consiste en une abstraction juridique de la réalité matérielle qui, de ce fait, relève de cette étude. Il est faux que tout le monde connaisse la loi et il est clair que la prolifération et le désordre des textes à l'époque contemporaine rendent impossible leur complète connaissance, même par les juristes les plus avertis. Les moyens à leur disposition permettent, grâce à l'informatique notamment, de recenser tous les textes au terme d'une recherche parfois difficile ; mais cela n'est à la portée de personne dans le vif des activités quotidiennes de la vie privée, publique ou professionnelle. Or, la règle « nul n'est censé ignorer la loi » est « une règle essentielle de notre organisation sociale et qui nous vient du droit romain⁴¹ » : c'est une fiction nécessaire « dont l'ordre juridique ne peut se passer⁴². » Ce « mensonge technique consacré par la nécessité », comme disait Von Ihering, est en effet indispensable pour rendre effectif le

³⁹J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1985, no 282.

⁴⁰Voir ci-dessus, no 8.

⁴¹R. Legros, *L'élément moral dans les infractions*, Paris, Sirey, 1952, no 52 à la p. 51, cité par Foriers, *supra*, note 2, no 9 à la p. 14.

⁴²Rivero, *supra*, note 3 à la p. 105. Voir aussi F. Terré, « Le rôle actuel de la maxime 'nul n'est censé ignorer la loi' » dans Centre français de droit comparé, éd., *Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, t. 30, Paris, Cujas, 1966, 91 à la p. 98 ; Von Ihering, *supra*, note 10, § 68 à la p. 296.

caractère obligatoire de la loi promulguée. Sans lui, chacun pourrait s'y soustraire au prétexte qu'il ignorait les règles de droit qu'il enfreint et les normes juridiques resteraient bien souvent inappliquées.

Si l'erreur de droit pouvait être invoquée sans limites, les ordres juridiques se liquéfieraient. Le principe est tellement essentiel dans le fonctionnement du droit qu'il ne peut tout simplement pas être abandonné. Peut-être y aurait-il lieu de l'aménager. Encore faut-il voir les difficultés qu'il y a à admettre plus largement l'erreur de droit. Si dans certains secteurs, comme le droit pénal, on peut concevoir que l'État renonce à réprimer les infractions difficiles à connaître, on voit mal l'admission de l'erreur de droit se développer de manière générale⁴³.

De même, l'autorité de la chose jugée, qui s'appuie sur la présomption irréfragable de vérité légale qui s'attache à la chose jugée, a pour objet d'éliminer la possibilité de remises en cause infinies des décisions juridictionnelles dont le droit ne saurait s'accommoder sans anéantir l'autorité et le prestige du juge et sans renoncer à la nécessaire stabilité des situations juridiques.

Par ailleurs, « le principe selon lequel la loi votée par les élus du peuple est l'expression de la volonté du peuple lui-même », qui reflète la souveraineté de la nation ou celle du peuple, forme la base de tout le droit constitutionnel, voire du droit tout entier⁴⁴. On sait bien, pourtant, malgré ce principe fondamental de la quasi-totalité des États démocratiques, que les citoyens ne reconnaissent pas leur propre volonté dans les lois élaborées par leurs élus et qu'ils n'estiment pas s'être ainsi autolimités ou censurés par les lois votées. Mais cette fiction légitime l'ordre juridique et sert de lien entre les droits et les servitudes des citoyens. Elle s'appuie aussi sur la technique de la représentation, autrement dit sur un mécanisme qui relève également de la fiction et dont les applications à des matières spéciales sont multiples.

b. Les mécanismes relatifs au fonctionnement d'institutions particulières

13.— La représentation politique, au sens « juridico-technique » de « représentation-mandat », rouage essentiel de toute démocratie⁴⁵, n'est qu'une expression parmi d'autres d'un mécanisme important du droit dont les applications sont multiples en toutes matières. La représentation consiste dans

⁴³C.A. Morand, « La croissance normative : Comment faire face à une masse de droit considérable ? » (1986) 8 Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeinde Verwaltung, § 2.2.1. à la p. 337 et s.

⁴⁴Rivero, *supra*, note 3 aux pp. 104-05. Voir R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, réédition, Paris, Economica, 1984, préface G. Burdeau.

⁴⁵Voir le numéro « La représentation » dans (1987) 6 Droits aux pp. 3-106.

le fait « pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir légal, judiciaire ou conventionnel [...], d'accomplir au nom et pour le compte d'une autre [...] un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté [...] »⁴⁶, comme s'il l'avait fait lui-même. Elle est utilisée, selon les cas, en justice, dans le droit des obligations, pour l'expression de la volonté des personnes morales publiques ou privées ou pour celles des incapables mineurs ou majeurs... C'est une fiction modèle puisque le représenté est censé avoir agi lui-même alors qu'en réalité il n'a pas voulu ou pu agir directement. Ce mécanisme d'activité juridique par personne interposée, inconnu du droit romain qui recourait à des techniques plus complexes et insuffisantes, s'est imposé ensuite pour répondre à des nécessités pratiques évidentes sans ébranler la notion d'individualité selon laquelle on n'est, en principe, lié dans la vie juridique que par les actes que l'on accomplit personnellement.

14.— L'altération de la réalité procède parfois de mécanismes destinés à effacer la chronologie des faits. La technique de la rétroactivité, machine juridique à remonter le temps, a de multiples applications. Selon l'article 1179 du *Code civil* français et l'article 1085 du *Code civil du Bas-Canada*, « [l]a condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'obligation a été contractée. » Il en est de même, avec quelques nuances, selon l'article 1775 du *Code civil* louisianais alors que cette rétroactivité est exclue dans certains systèmes juridiques, par les articles 151 et 154 du *Code des obligations* suisse, par exemple. La nullité et la résolution des actes juridiques sont également rétroactives. Cela est vrai, en droit français notamment, aussi bien pour les effets de l'annulation d'un acte juridique de droit privé, que pour ceux de l'annulation d'un acte administratif sur recours pour excès de pouvoir : l'acte est censé n'avoir jamais existé et les choses doivent, autant que faire se peut, être remises en l'état antérieur à son intervention. Il faut également noter, en droit français, qu'en cas d'usucapion réalisée, le possesseur est censé propriétaire depuis son entrée en possession, que les effets patrimoniaux du divorce, entre époux, remontent normalement au jour de l'assignation⁴⁷ ou de la demande de séparation de biens judiciaire⁴⁸ ; il faut aussi évoquer l'effet rétroactif du partage.

On a parfois tenté de dénier à la rétroactivité des nullités et résolutions le caractère d'une fiction au prétexte que les actes intervenus étant affectés d'un vice rédhibitoire ou étant resté inexécutés, l'idée de causalité et la logique interne des institutions impliquent qu'ils n'ont jamais eu d'existence réelle. Pourtant, il est clair que l'acte annulé ou la convention résolue ont

⁴⁶G. Cornu, éd., *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1987 aux pp. 691-93, *vo* « Représentation ».

⁴⁷Art. 262.1 C.c. fr.

⁴⁸Art. 1445 C.c. fr.

bien existé, qu'ils ont même produit des effets, parfois pendant longtemps et qu'il est souvent impossible de les effacer. La reconstitution de carrière après l'annulation d'une décision ayant illégalement frappé un agent public est elle-même fictive. Dans le cas de l'effet déclaratif du partage⁴⁹, la négation de la réalité est tout aussi flagrante : chaque copartageant attributaire d'un bien divis est censé en avoir été seul propriétaire depuis la création de l'indivision, même si celle-ci a duré des années. La rétroactivité constitue donc bien une fiction : la rétroactivité de la condition dénature le fait que l'obligation conditionnelle ne devient parfaite qu'à l'arrivée de la condition ; l'effet déclaratif du partage ignore le fait que les droits divis de chacun n'apparaissent en réalité que lors du partage...

15.— On observe donc aisément que les fictions sont des constructions artificielles, ne correspondant nullement à la réalité et l'altérant même délibérément, mais qui constituent des formules techniques aptes à produire des résultats utiles et à résoudre des difficultés données. Elles répondent ainsi à « des impératifs de l'ordre juridique : les refuser, c'est le rendre impossible⁵⁰. » On ne peut qu'être frappé par le nombre et la diversité des fictions ; les exemples développés ici n'en donnent qu'une idée très incomplète. Il serait intéressant d'analyser aussi bien d'autres mécanismes comme, par exemple, la subrogation réelle. Mais cela serait fastidieux et dépasserait l'objet et les limites raisonnables de cet article qui ne prétend pas être exhaustif.

Ainsi, les fictions se justifient tant qu'elles sont les « [s]ervantes de l'ordre juridique »⁵¹. Mais elles doivent être « [contenues] aux bornes, que [leur] fixe très précisément [leur] but [...] strictement déterminé par la justice ou l'utilité [...] » sociale ou pratique. Au-delà de l'objet pour lequel les fictions paraissent indispensables, il faut revenir à la vérité des choses⁵². Ainsi, les mécanismes juridiques fondés sur des fictions doivent être appliqués en se référant strictement aux fonctions qui leur sont dévolues. Leur interprétation, selon Dabin, doit être à la fois « soumise et intelligente, par rattachement du moyen au but envisagé⁵³. » Gény considérerait que « la fiction légale [...] comporte assurément une interprétation restrictive », tout en admettant que ce procédé doit être apprécié par rapport au but jugé utile qu'il poursuit et non par des considérations de logique abstraite⁵⁴ ; Demogue

⁴⁹Art. 883 C.c. fr.

⁵⁰Rivero, *supra*, note 3 à la p. 111.

⁵¹*Ibid.* à la p. 112.

⁵²Gény, t. 3, *supra*, note 5, no 247 aux pp. 417-18.

⁵³Dabin, *supra*, note 10 à la p. 345.

⁵⁴Gény, t. 3, *supra*, note 5, no 251 aux pp. 436 et 439.

estimait qu'il fallait les appliquer dans toute la mesure de leur raison d'être et non de manière systématiquement restrictive⁵⁵.

Mais l'appréciation de l'utilité d'une fiction n'est pas innocente, surtout lorsqu'elle ne joue pas seulement un rôle technique et s'attache à promouvoir une certaine politique juridique.

II. Les fonctions de politique juridique

16.— L'appréciation de l'utilité des résultats auxquels doivent conduire les fictions relève souvent, en effet, de la volonté de satisfaire une idéologie particulière, de promouvoir un certain ordre social, de favoriser certains intérêts ou d'atteindre des fins considérées comme justes mais dont la détermination et l'appréciation sont éminemment variables selon les convictions de chacun. Tel est le cas déjà des fictions destinées à garantir l'ordre social fondamental, telles que le principe « nul n'est censé ignorer la loi », l'autorité de la chose jugée ou encore la fiction selon laquelle la loi est l'expression de la volonté générale⁵⁶. Mais ce sont là des relais nécessaires à la cohérence interne et à l'effectivité de l'ordre juridique et leur rôle paraît encore plus technique que politique.

Dabin⁵⁷ distinguait des « fictions-concepts », c'est-à-dire des moyens conceptuels contingents, constitués par des aménagements de forme plus que de fond, comme les immeubles par destination, et des « fictions-règles », telles que la légitimation des enfants naturels, consistant en dispositions de fond se suffisant à elles-mêmes, constituant pour le législateur une fin en soi et dans lesquelles la fiction est inhérente à l'institution elle-même et se trouve établie au nom des seules exigences de la politique juridique.

Mais on sait que les fictions techniques se présentent, selon les cas, sous forme de concepts ou de règles. On observe par ailleurs que les fictions établies au service de la politique juridique s'expriment aussi dans des règles ou des concepts. La légitimation ou la naturalisation ne sont-elles pas également des concepts ? S'il ne paraît donc pas possible de suivre complètement la conception de Dabin, elle a néanmoins l'intérêt de mettre l'accent sur le fait que certaines fictions, dans une perspective de pure politique juridique, s'identifient au concept, à la règle ou à l'institution qui les incarne. Elles acquièrent ainsi une certaine autonomie en ce sens qu'elles existent par elles-mêmes et non pas seulement en tant que moyen de coordination interne entre divers éléments du système juridique. Elles ne sont pas purement instrumentaires mais au service d'une finalité qui leur est propre.

⁵⁵*Supra*, note 1 à la p. 246.

⁵⁶Voir ci-dessus, no 12.

⁵⁷*Supra*, note 10 à la p. 325 et s.

Ces fictions sont toutes créatrices de droit. Mais elles peuvent ne constituer qu'une extension des conditions ou de la portée des éléments préexistants de l'ordre juridique. Ce sont alors des procédés de sauvegarde et d'extension du droit existant, en même temps que les véhicules de finalités bien définies : elles correspondent à la *fonction historique* (A) mise en lumière par Von Ihering. Les fictions-finalité se caractérisent aussi, indépendamment de l'environnement juridique auquel elles se rattachent, par le but qu'elles poursuivent. Elles ont dès lors une *fonction téléologique* (B). Mais les fictions de pure politique juridique risquent de comporter des abus si bien qu'il faut songer à en limiter la portée (C).

A. La fonction historique

17.— La fonction « historique » des fictions caractérise des fictions *créatrices* de droit nouveau, en ce sens qu'elles affectent le contenu même des règles de droit dont elles consacrent l'extension, sans pour autant bouleverser l'ordre juridique existant. Elle permet ainsi d'allier une politique juridique novatrice et évolutive dans des domaines particuliers et une politique conservatrice du système établi.

a. La définition de la fonction historique

18.— Quand le droit positif ne correspond plus aux besoins actuels, les fictions permettent d'y introduire des normes nouvelles sans bouleverser l'ordre établi, en respectant, au moins en apparence, le droit existant mais en l'extrapolant et en assimilant artificiellement à des concepts, des règles, des institutions ou des situations déjà connus les situations nouvelles à régir.

Les fictions permettent donc d'introduire dans la vie sociale des règles de droit nouvelles « en classant, sous des concepts préalablement établis les situations nouvelles que les progrès de la vie sociale soumettent à l'exigence d'un règlement, impossible à constituer de toutes pièces [...]. » Pour ce faire, on est conduit à altérer la réalité des choses pour faire entrer les relations sociales que l'on veut régir dans les formes, les catégories, les concepts ou les normes existantes⁵⁸. C'est ainsi que l'on recourt à des fictions. Grâce à elles, « le droit change sans en avoir l'air ; doucement il évolue dans la permanence des formes, évitant des ruptures de cadre qui seraient peut-être des ruptures d'équilibre⁵⁹. » Les fictions juridiques semblent donc être le véhicule de l'adaptation du droit à l'évolution de la vie sociale par la continuité de ses instruments : plutôt que de rompre les cadres d'un système juridique établi, on en étend les composantes au-delà de leurs limites antérieures et naturelles.

⁵⁸Gény, t. 3, *supra*, note 5, no 240 à la p. 365 et s.

⁵⁹Dabin, *supra*, note 10 à la p. 338.

On observe pourtant que les vertus d'une telle méthode ne sont pas illimitées :

Un moment arrive [...] où, la nouveauté étant acclimatée, le procédé ne représente plus qu'une superfétation dangereuse. Au début, la fiction se révèle, somme toute, ouvrière de progrès ; mais, à la longue, il y a lieu de craindre qu'elle ne paralyse, tel un moule mal adapté, le développement du principe original inclus dans la règle qu'elle recouvre [...]. Quand les vieux cadres ne se soutiennent plus qu'au moyen de fictions, le droit, sous la surcharge, s'obscurcit et [...] se complique⁶⁰.

Certaines fictions ont néanmoins la vie dure et présentent un caractère quasi-permanent lorsque, faisant la part de la tradition sans entraver le développement moderne d'une institution, elles permettent à la fois de répondre à des besoins nouveaux et de sauvegarder l'édifice juridique existant en les y introduisant harmonieusement. C'est ainsi que Gény pouvait justement souligner que « les fictions de droit ont toutes, plus ou moins, fonction historique, en même temps que fonction dogmatique⁶¹. » L'adoption, cette institution par laquelle « le droit veut singer la nature », comme disait Napoléon, ne semble-t-elle pas installée dans le droit comme une extension spécifique de la filiation ?

Les immeubles par destination consacrent aussi l'extension du sort des immeubles à des meubles que leur destination rattache étroitement à des immeubles par nature ; ils sauvegardent ainsi l'unité économique ou physique de l'accessoire et du principal⁶². La notion de personne morale, malgré son originalité, apparaît également comme une extension des notions de personnes physiques et de sujet de droit.

b. Les modalités de la fonction historique

19.— Gény a montré que de nombreuses fictions tendent simplement à accroître l'extension des catégories juridiques préexistantes en élargissant leurs conditions alors que d'autres atteignent plutôt les effets de la règle de droit pour accroître la portée pratique des catégories dont elles amplifient les conséquences⁶³. On dira plus simplement qu'elles opèrent selon les cas *sur les conditions* ou *sur la portée* des règles de droit ou des concepts.

Quand les fictions s'attachent aux conditions d'application des règles ou des concepts, elles imaginent la présence de certaines conditions qui n'existent pas en réalité, pour étendre artificiellement l'application d'une qualification ou d'une règle juridique, ou elles considèrent comme inexis-

⁶⁰*Ibid.* à la p. 339.

⁶¹Gény, t. 3, *supra*, note 5, no 242 à la p. 377.

⁶²Art. 524-525 C.c. fr. ; art. 379-380 C.c.B.-C.

⁶³*Supra*, note 5, no 243.

tantes des conditions réalisées. C'est ce que l'on a appelé « le procédé des conditions feintes »⁶⁴ qui exprime parfaitement le sens des « fictions », étymologiquement issues du latin « *fingere* » qui signifie « feindre ».

Ainsi, les articles 524 et 525 du *Code civil* français et les articles 379 et 380 du *Code civil du Bas-Canada* imaginent une immobilisation artificielle de certains biens meubles pour les qualifier d'immeubles par destination et les soumettre au régime juridique des immeubles dont elle étend à la fois le concept et le régime. Le but de cette extension est de préserver l'unité d'un ensemble de biens de natures hétérogènes en les soumettant au même sort.

Par le vieux principe « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* », issu du droit classique romain, on considère par anticipation l'enfant comme né alors qu'il n'est encore que conçu et n'a pas encore de vie distincte. Cela permet de le traiter comme un sujet de droit depuis l'époque de sa conception et de déroger ainsi à la règle selon laquelle la personnalité ne s'acquiert que par la naissance et à la naissance. Alors que, dans d'autres pays⁶⁵, il existe une disposition générale en ce sens, le *Code civil* français n'en contient pas mais prévoit son application en matière successorale⁶⁶ et de libéralités⁶⁷. La jurisprudence en a déduit un principe général d'anticipation de la personnalité dès lors que cela est de l'intérêt de l'enfant à naître. De même le *Code civil du Bas-Canada* consacre cette règle en matière de curatelle⁶⁸, de succession⁶⁹ et de legs⁷⁰, de prescription⁷¹ et d'assurances des personnes⁷².

Dans un autre ordre d'idées, la jurisprudence administrative française valide, comme si elles émanaient d'un véritable fonctionnaire, certaines décisions intéressant des administrés de bonne foi alors qu'elles ont été prises, dans des circonstances diverses, par une personne ayant exercé pendant un certain temps des fonctions publiques dont elle n'était pas régulièrement investie et que l'on qualifie de « fonctionnaire de fait ».

On évoque traditionnellement encore, dans le droit des obligations, l'article 1178 du *Code civil* français selon lequel « la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement. » L'article 156 du *Code des obligations* suisse

⁶⁴Dabin, *supra*, note 10 à la p. 331 et s.

⁶⁵Par exemple, art. 31 *C.c. suisse*.

⁶⁶Art. 725.1 *C.c. fr.*

⁶⁷Art. 906 *C.c. fr.*

⁶⁸Art. 338 et 342 *C.c.B.-C.*

⁶⁹Art. 608 *C.c.B.-C.*

⁷⁰Art. 838 *C.c.B.-C.*

⁷¹Art. 2232 *C.c.B.-C.*

⁷²Art. 2543 *C.c.B.-C.*

répute également la condition accomplie « quand l'une des parties en a empêché l'avènement au mépris des règles de la bonne foi. » Cela conduit donc à donner à une obligation conditionnelle sa pleine efficacité comme si la condition à laquelle elle est subordonnée s'était réalisée alors que tel n'est pas le cas. Le droit québécois consacre une solution analogue dans l'article 1084 du *Code civil du Bas-Canada* ; mais les rédacteurs de ce texte ont eu l'habileté de ne pas la formuler sous forme de fiction et d'édicter seulement la règle selon laquelle « [l']obligation conditionnelle a tout son effet, lorsque le débiteur obligé sous telle condition en empêche l'accomplissement. » Cela montre que l'usage de certaines fictions n'est pas inéluctable même si, à bien des égards, l'ordre juridique a du mal à s'en passer..

Dans d'autres hypothèses, au contraire, le droit élude des réalités pour leur appliquer les solutions qui s'imposeraient si elles n'existaient pas.

Ainsi, l'article 900 du *Code civil* français et, de manière plus restrictive, l'article 760 du *Code civil du Bas-Canada* considèrent comme non écrites les conditions impossibles ou contraires aux lois, aux bonnes moeurs ou à l'ordre public dans un testament, voire, en France, dans les dispositions entre vifs, ce qui permet de valider des libéralités comme si de telles conditions n'y avaient pas été stipulées. Le droit contemporain qu'envahissent les textes impératifs fourmille d'hypothèses dans lesquelles le législateur « répute non écrites » toutes clauses contraires à ces textes.

20.— D'autres fictions s'attachent aux effets des règles de droit dont elles étendent la portée et les conséquences.

La continuation de la personne du défunt par l'héritier, fiction héritée du droit romain qui fait survivre le défunt dans la personne de ses héritiers et légataires universels pour assurer la transmission *ipso jure* du patrimoine du défunt à leur profit au moment du décès et leur obligation *ultra vires* aux dettes de la succession (sauf renonciation ou acceptation sous bénéfice d'inventaire), bien que contestée⁷³, donne à la vocation héréditaire une large extension. Il en est de même de la représentation successorale, « fiction de la loi dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté⁷⁴. »

L'extension des effets des actes que permet plus généralement la représentation par autrui, au sens du droit privé, voire du droit public, est également très importante.

⁷³Voir, par exemple, J. Flour et H. Souleau, *Droit civil : Les successions*, Paris, Armand Colin, 1982, no 165 et s.

⁷⁴Art. 739 C.c. fr. ; art. 619 C.c.B.-C.

L'extension des situations juridiques dans le temps par les fictions de la rétroactivité ou de l'anticipation⁷⁵ font remonter dans le passé les effets des situations juridiques présentes ou avancent dans le présent ceux des situations futures.

21.— L'impact des fictions créatrices sur l'étendue des concepts et des règles juridiques est tel que leur consécration devrait, semble-t-il, ne relever que de la compétence du législateur. La modification du domaine et de la portée de la loi tend à créer du droit *contra legem* et non pas seulement *praeter legem*.

On observe pourtant que le prêtre jadis, le juge maintenant et la doctrine ont toujours utilisé des fictions dans l'oeuvre créatrice qu'en fait, sinon en droit, ils ont largement accomplie. Selon une fiction fondamentale, en droit anglais, la *common law* est théoriquement fondée sur la coutume générale immémoriale du royaume.

Dans les systèmes d'inspiration romano-germanique, les cours et tribunaux, investis du devoir de juger à peine de déni de justice, sont tenus d'appliquer et de vivifier tous les éléments du droit positif, sans pouvoir, théoriquement, se substituer à l'oeuvre créatrice du législateur. Pour répondre aux besoins de la vie sociale, ils sont néanmoins conduits, chaque fois que la loi fait défaut ou est inadaptée, à « ruser » avec la réalité et à l'infléchir pour la rattacher à des concepts et des règles connus et susceptibles de permettre des solutions adéquates. Des analogies, voire des assimilations ou des renvois permettent alors l'extension du droit existant à des situations nouvelles que la jurisprudence finit par admettre. L'admission de certaines obligations considérées comme implicites dans certains contrats, telles les obligations de renseignement, de conseil, de sécurité ou autres, sur lesquelles la jurisprudence fonde la responsabilité de certains professionnels, montre l'usage que l'on fait de ces fictions.

On a ainsi pu dire que « quand le législateur ne tient pas sa loi à jour, l'accommodation s'opère sans lui, par des procédés détournés, révolutionnaires, dont la fiction est l'un des principaux⁷⁶. » Mais, il arrive aussi que, plutôt que de prendre appui sur des concepts ou des règles préexistants, le législateur établisse des institutions, des notions ou des règles nouvelles qui constituent néanmoins des fictions justifiées par des raisons de politique juridique et destinées à atteindre un but jugé utile ou nécessaire.

⁷⁵Bergel, *supra*, note 39 au no 119 et s., plus particulièrement le no 120 ; voir aussi ci-dessus, no 14.

⁷⁶Dabin, *supra*, note 10 aux pp. 344-45. Voir aussi Gény, *ibid.*, no 250 aux pp. 432-33.

B. La fonction téléologique

22.— Certaines fictions ont ainsi une fonction téléologique, en ce sens qu'elles ont pour objet direct une certaine politique juridique consistant à assurer la protection de certaines personnes, de certaines valeurs ou de certains intérêts qui, à tort ou à raison, semblent devoir être garantis. Ces fictions se caractérisent et se justifient par leur finalité propre. Gény observait que les fictions impliquent « *a priori*, l'idée d'un concept naturel, consistant en une représentation adéquate du réel et y opposent celle d'un concept plus ou moins arbitrairement forgé, qui puise toute sa valeur dans la 'convention' inspirée par l'objectif de droit poursuivi [...]»⁷⁷. » Dabin, quant à lui, a mis l'accent sur des fictions consistant en dispositions de fond, constituant pour la loi « une fin en soi », « se suffi[sant] à elles-mêmes » et trouvant leur « justification immédiate dans certaines raisons, bonnes ou mauvaises, de politique juridique⁷⁸. » Le meilleur exemple de ce type de fictions lui paraissait être la légitimation des enfants naturels ; mais il incluait dans sa catégorie des « fictions-règles » certaines fictions qui paraissent davantage relever des fictions à « fonction historique » ou à caractère simplement instrumentaire.

Il semble que ces fictions-buts soient en réalité fort diverses et qu'elles interviennent, selon les cas, en matière extrapatrimoniale (a) ou patrimoniale (b).

a. En matière extrapatrimoniale

23.— En matière extrapatrimoniale, ces fictions à caractère téléologique semblent particulièrement typiques. S'agissant du droit des personnes, la légitimation des enfants naturels⁷⁹ consiste à faire bénéficier un enfant naturel de la légitimité, soit en raison du mariage de ses père et mère, soit, lorsque leur mariage est impossible, en vertu d'un jugement de légitimation par autorité de justice. Autrement dit, la légitimation permet de placer un enfant naturel dans la situation d'un enfant légitime comme si ses parents avaient été mariés entre eux lors de sa conception ou, au moins, de sa naissance. La fiction y est évidente. Elle est spécialement flagrante dans la légitimation par autorité de justice puisque, même après coup, les parents de l'enfant ne se marient pas entre eux. Elle réside en une assimilation factice d'enfants naturels à des enfants légitimes pour leur conférer le même statut familial, social et juridique que s'ils étaient légitimes.

⁷⁷*Ibid.*, no 241 à la p. 367.

⁷⁸Dabin, *supra*, note 10 à la p. 325.

⁷⁹Art. 329 et s. C.c. fr. ; anciens art. 237 et s. C.c.B.-C., maintenant abrogés.

De même, l'adoption⁸⁰ permet de conférer à un enfant une filiation artificielle à la place de sa filiation d'origine⁸¹ et de lui reconnaître, dans la famille de l'adoptant, « les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant légitime⁸² » ou, comme au Québec, les mêmes droits que ceux qui s'attachent à la « filiation par le sang »⁸³.

La naturalisation, consistant pour les autorités d'un État à octroyer à un étranger qui le demande la nationalité de cet État, permet d'assimiler des étrangers aux ressortissants d'un pays. Le mariage putatif a pour effet de faire produire certains effets à un mariage nul, presque comme s'il était valable. L'admission du mariage posthume fournit encore une autre illustration particulièrement topique de ce type de fictions.

Ces diverses institutions consistent donc en assimilations artificielles, faisant fi de la réalité concrète afin de fournir à certaines personnes une situation jugée plus favorable que leur sort naturel, au nom d'une certaine politique de la famille ou de la nationalité.

La présomption de paternité du mari à l'égard des enfants nés de sa femme ou conçus pendant le mariage, quand avant la *Loi no 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation*⁸⁴, elle était quasiment irréfragable, consacrait également parfois une légitimité fictive à l'égard du mari au profit d'enfants en réalité issus des oeuvres d'un tiers. Cela paraissait alors nécessaire à la protection de la famille légitime que le droit français considérait comme la cellule de base de la société.

En d'autres domaines, il existe également d'importantes fictions. En droit pénal, toutes les législations positives semblent réprimer la tentative mais le font de manières très différentes. Le droit français contemporain sanctionne toute tentative de crime et les tentatives de délits, dans les cas déterminés spécialement par la loi, comme les infractions consommées⁸⁵.

Autrement dit, alors que l'acte accompli n'a constitué qu'un commencement d'exécution et, du fait de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, n'a pas atteint l'effet escompté par lui, le législateur le réprime comme si l'infraction avait été accomplie : la tentative « est considérée comme le crime même⁸⁶. » Il y a là aussi une sorte de fiction. Il importe peu que ce soit lié à la volonté de punir l'intention criminelle, matérialisée

⁸⁰Régie par les art. 595 et s. *C.c.Q.*, depuis la réforme de 1980 et, en droit français, s'agissant spécialement de l'adoption plénière, par les art. 343 et s. *C.c. fr.*

⁸¹Art. 627 *C.c.Q.* ; art. 356 *C.c. fr.*

⁸²Art. 358 *C.c. fr.*

⁸³Art. 628 *C.c.Q.*

⁸⁴*Supra*, note 25.

⁸⁵Art. 2-3 *Code pénal*.

⁸⁶Art. 2 *Code pénal*.

par le commencement d'exécution, indépendamment du résultat : cela montre même qu'il s'agit bien d'une institution destinée à une certaine politique criminelle liée à des considérations de défense sociale. L'érection de la tentative en infraction punissable autonome marque également l'identification de cette fiction au but de politique juridique qui l'inspire. On pourrait encore citer, parmi bien d'autres exemples de fictions réalisant par elles-mêmes un but de pure politique juridique, la réglementation de l'heure légale qui méconnaît l'heure astronomique afin de mieux adapter l'heure aux diverses activités sociales et humaines et de limiter, par exemple, la consommation d'énergie.

b. En matière patrimoniale

24.— En matière patrimoniale, il semble que les fictions destinées à assurer directement et à titre principal la protection de certains intérêts constituent moins nettement des institutions autonomes et s'apparentent davantage à des instruments techniques d'extension artificielle de réalités existantes. Leur finalité de politique juridique n'en est pas moins certaine.

La pratique législative selon laquelle les clauses stipulées dans des actes juridiques qui sont contraires à des textes impératifs sont « réputées non écrites » permet de sauvegarder les relations juridiques établies (par un contrat le plus souvent) tout en préservant un intérêt général impérieux pour la société, pour la protection de certaines catégories de personnes ou pour celle de l'ordre public ou des fondements d'une institution.

Le développement de la prohibition de certaines stipulations conventionnelles au nom de la protection des consommateurs en fournit un bon exemple à propos des clauses abusives, en France : la nullité des clauses abusives ne s'étend pas à l'ensemble du contrat dont les autres dispositions demeurent, en principe, valables ; c'est pourquoi le texte comporte l'expression « non écrite »⁸⁷. Inversement, la pratique législative mais surtout jurisprudentielle selon laquelle certains contrats sont réputés comporter implicitement certaines obligations de sécurité, de conseil, de renseignement, de réalisation de prestations et de normes minimales a directement pour objet d'améliorer la qualité des prestations promises, d'assurer la sécurité des usagers, de moraliser l'activité des professionnels et de promouvoir les garanties liées à leur intervention.

Consistant selon les cas à ignorer des clauses existantes ou à imaginer des clauses inexistantes, ces fictions sont destinées à réaliser une politique juridique déterminée.

⁸⁷Par exemple, art. 35, al. 1, *Loi no 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services*, J.O., 11 janvier 1978, 301, D.1978.Lég.86. Voir aussi G. Cas, R. Bout et D. Ferrier, *Lamy droit économique*, Paris, Lamy, 1988, no 4852.

Il en va de même, dans le droit des successions. La fiction de la représentation successorale permet de prendre en considération des parents intermédiaires décédés entre le *de cuius* et l'héritier si bien que des petits-enfants héritent de leur grand-père, en représentation de leur père prédécédé comme si celui-ci avait survécu. Elle permet d'assurer la dévolution successorale par souche et non par tête et de refouler la règle de la priorité du degré grâce à l'égalité des souches. Elle préserve une certaine conception de la famille et de la justice successorale. La séparation des patrimoines que Pothier qualifiait de fiction de droit est destinée à parer au danger que représente pour les créanciers héréditaires, voire pour les légataires particuliers, la confusion des patrimoines du défunt et du successeur lorsque celui-ci est insolvable. Elle permet aux créanciers d'une succession et aux légataires particuliers de sommes d'argent de se faire payer sur les biens héréditaires par préférence aux créanciers personnels de l'héritier en évitant la confusion juridique qui s'opère normalement entre la succession et le patrimoine de l'héritier⁸⁸.

Ce privilège sert directement la sécurité du crédit et favorise certains legs particuliers. On pourrait également observer, en d'autres matières, que le paiement avec subrogation, écartant délibérément l'effet extinctif naturellement inhérent au paiement, subroge le tiers payeur dans la créance même qu'il a payée⁸⁹ avec les garanties qu'elle comporte et le bénéfice du régime qui lui est attaché. Cette institution implique d'importants avantages pratiques pour favoriser le paiement des créances. C'est un instrument de politique juridique dont les incidences économiques sont importantes.

La sécurité des administrés et le crédit attaché à l'État et aux autres personnes publiques justifient également que les auteurs de la faute qui engage une personne publique, même s'ils sont connus, n'apparaissent pas en principe et que leurs fautes soient fictivement réputées « fautes de service » et imputées directement et exclusivement à la personne publique dont elles engagent la responsabilité.

La finalité de politique juridique qui détermine de nombreuses fictions dans les domaines les plus divers du droit positif et dont ces quelques exemples montrent l'importance, ne doit pas conduire à des abus que leur commodité risque d'inspirer. Si les fictions sont précieuses, elles sont aussi dangereuses car elles peuvent aboutir, par voies de déduction, d'extrapolation ou de déformation à des résultats inadmissibles. Ce risque est particulièrement grand dès que les fictions s'appuient sur des considérations de politique juridique dont la fluidité et l'arbitraire peuvent entraîner de graves débordements.

⁸⁸Par exemple, art. 878 et s. C.c. fr. ; art. 743-744 et 886-887 C.c.B.-C.

⁸⁹Art. 1249 et s. C.c. fr. ; art. 1154-1157 C.c.B.-C.

C. La limitation de l'existence et de la portée des fictions de politique juridique

25.— L'existence et la portée des fictions à caractère téléologique doivent donc être soigneusement surveillées. Cette idée doit, semble-t-il, s'appliquer tant en ce qui concerne les sources des fictions que pour leur interprétation et leur remise en cause. Quant à leurs sources, dans les systèmes de droit écrit pour lesquels la loi est en principe seule créatrice de droit, on s'est parfois demandé si la création de fictions de droit relève de la compétence exclusive du législateur⁹⁰. Cette question ne semble pas susceptible d'une réponse globale et uniforme. Lorsque les fictions ont une fonction purement technique et se limitent à une explication de solutions existantes, voire à un moyen d'assurer la cohérence du système juridique, la contribution de la jurisprudence et de la doctrine à cette oeuvre ne paraît nullement choquante et semble même très utile. Elle ne heurte pas la théorie des sources du droit et ne présente pas de réel danger.

En revanche, s'il s'agit de fictions créatrices de droit à des fins de politique juridique, seule la loi devrait, dans les systèmes légalistes, pouvoir les instituer. Il en est surtout ainsi pour des fictions à caractère téléologique et autonome qui apparaissent comme des sortes de prothèses dans l'ordre juridique. Dans l'esprit d'un tel système, on admet (peut être artificiellement d'ailleurs) que seuls le législateur et la procédure législative présentent des garanties suffisantes pour créer le droit. Il devrait en être ainsi particulièrement pour élaborer de telles fictions à finalité politique qui, pour être souvent utiles, n'en sont pas moins dangereuses par leur arbitraire. Bien que moins flagrant, ce danger existe aussi lorsque les fictions, par leur fonction historique, se bornent à une simple extension du droit existant. Pourtant, les fictions résultent alors parfois de la jurisprudence qui y a recours pour combler les insuffisances des textes. Elle ne devrait pourtant user de ce procédé qu'avec beaucoup de parcimonie.

26.— Quant à l'interprétation des fictions et à leur portée, on conçoit un certain libéralisme lorsqu'il s'agit de fictions à caractère purement technique qui ne paraissent limitées que par le but et l'utilité pratiques qui leur sont assignés⁹¹. Il faut, semble-t-il, être très strict au contraire pour les fictions destinées à développer une politique juridique, surtout lorsque, dépassant le cadre d'une simple extension du droit existant, elles se présentent comme des institutions autonomes.

Les fictions semblent alors de droit strict. Leur interprétation doit être restrictive tout en s'inspirant de la finalité qu'elles poursuivent. Leur ex-

⁹⁰Gény, t. 3, *supra*, note 5, no 248 et s. à la p. 420 et s. ; Demogue, *supra*, note 1 à la p. 248 et s. ; Dabin, *supra*, note 10 à la p. 344.

⁹¹Voir ci-dessus, no 15.

tension par analogie doit, semble-t-il, être évitée. Il appartient aux interprètes d'en limiter la portée à l'objet pour lequel elles ont paru indispensables et au-delà duquel leur application doit être écartée.

Enfin, contrairement aux fictions-moyens qui sont techniquement nécessaires et intégrées à l'ordre juridique existant, les fictions de pure politique juridique peuvent n'être que très provisoires ; plus exactement, leur permanence n'est pas assurée car leur inspiration n'est parfois qu'éphémère et leur remise en cause ne compromet pas l'architecture interne du système juridique dont elle ne sont qu'un appendice. Leur relative autonomie détermine à la fois leur force obligatoire et leur précarité propres.

On imagine mal que le juge étende au-delà des conditions légales dont elles sont assorties la légitimation, la naturalisation ou l'adoption. On conçoit aisément, en revanche, que le législateur, au nom de considérations de politique juridique, restreigne ou étende leurs domaines.

Conclusion

27.— En conclusion, les fictions ont, selon les cas, des effets positifs ou des effets négatifs.

Ignorer ou travestir la réalité permet d'échapper à ses effets habituels dans l'ordre juridique : il peut être utile d'écarter ainsi des conséquences parfois injustes, incommodes ou inopportunes de l'application du droit positif à la réalité des faits. Il est des artifices intellectuels qui renforcent la cohérence et l'application du droit. Il en est d'autres qui permettent de promouvoir des institutions justes et bénéfiques.

Qu'elles servent à évincer des réalités gênantes ou à consacrer des artifices utiles, les fictions remplissent des fonctions de technique ou de politique juridique qui, malgré les dangers inhérents à la méconnaissance des réalités par le droit, expliquent et justifient leur constante utilisation par les divers systèmes juridiques. Elles apparaissent toujours et un peu partout, dans les droits de tradition romano-germanique, musulmane ou de *common law*, comme un instrument de rénovation de solutions archaïques et de promotion de solutions nouvelles. En même temps, elles permettent, sans le figer, de maintenir, voire d'expliquer, de rationaliser et de prolonger l'ordre juridique existant. Procédé d'évolution du droit sans révolution, les fictions peuvent ainsi renforcer la stabilité et la sécurité juridiques tout en contribuant à promouvoir des solutions justes ou utiles. Mais elles ne se justifient que par la qualité des buts qu'elles poursuivent et leur portée doit être à la satisfaction de ces finalités. Le procès souvent fait aux fictions semble donc abusif si l'on considère leurs rôles dans le système juridique.

On dit aujourd'hui parfois que le législateur n'a plus besoin de feindre et qu'il ordonne. On sait pourtant qu'il gagnerait à légiférer moins mais mieux. L'inflation législative désordonnée qui pulvérise l'unité et la cohérence des systèmes juridiques n'est pas le meilleur moyen de les enrichir ou de les rénover. Si des fictions raisonnables facilitent la continuité du droit, son organisation rationnelle et son application, tout en lui fournissant des solutions justes et nécessaires, elles sont bien préférables à des interventions législatives ponctuelles, voire pointillistes, et dispersées ou contradictoires. Les diverses fonctions des fictions peuvent se combiner ; certaines fictions se rattachent à la fois à plusieurs d'entre elles. Ces fonctions permettent de caractériser les fictions et d'en déterminer les sources, le régime et les limites.

Il en est des fictions comme de toutes les lois et de tous les jugements. On en peut trouver de bonnes et de mauvaises, d'utiles et d'inutiles, de modernes et d'archaïques. Mais la généralité et la permanence de leur usage montre qu'elles sont nécessaires au droit. Il ne faut jamais oublier cette réflexion synthétique de Benjamin N. Cardozo :

Ever in the making, as law develops through the centuries, is this new faith which silently and steadily effaces our mistakes and eccentricities. I sometimes think that we worry ourselves overmuch about the enduring consequences of our errors. They may work a little confusion for a time. In the end, they will be modified or corrected or their teachings ignored. The future takes care of such things. In the endless process of testing and retesting, there is a constant rejection of the dross, and a constant retention of whatever is pure and sound and fine⁹².

« Les juristes, a-t-on dit, [...] savent généralement qu'ils travaillent sur des créations intellectuelles, sur des constructions de l'esprit. » Mais « il leur arrive de se laisser prendre au piège du réalisme ; dans leurs raisonnements, ils ne parviennent pas toujours à se départir de la croyance que la qualité d'un concept juridique se mesure à son aptitude à décrire la réalité brute. Ils oublient que sa fonction est de provoquer l'application de solutions appropriées⁹³. » Ces observations générales ne fournissent-elles pas aux fictions leur meilleure justification ?

⁹²*The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921 à la p. 179.

⁹³C. Atias, *Épistémologie juridique*, Paris, P.U.F., 1985, no 82 à la p. 154.