
Les conférences de la revue

**Deuxième conférence,
prononcée par Monsieur Geoffrey Samuel
Professeur à la Kent Law School du Royaume-Uni
À propos de la relation entre le droit et la fiction
Le 6 octobre 2015**



Le droit : Est-il une fiction ?

Geoffrey SAMUEL

(Kent Law School, UK/Sciences Po, Paris)

« *Theories don't have to be right; they just have to work* », Hunter, dans la série télévisée « Callan », diffusée dans les années soixante-dix

Cette conférence tire son origine de la question suivante : « Le droit est-il une fiction ? » Peut-être pourrait-on y réfléchir en en posant une autre. Imaginons que le *Corpus Iuris Civilis* – cette grande source du droit romain – se révèle un faux document, c'est-à-dire un texte rédigé par des ecclésiastiques du neuvième siècle. Cela aurait-il une grande importance à l'égard de l'autorité du droit civil contemporain ? Certes, les deux questions sont différentes, du moins d'une certaine manière, en ce que l'autorité du droit peut être soutenue sans recours à une théorie des fictions. Néanmoins cette deuxième question incite à une réflexion sur la nature des modèles épistémologiques employés par les juristes. Est-ce que le droit est une réalité ? En effet, que veut-on dire lorsque l'on parle de « réalité » ?

Introduction

Dans un manuel publié en 1940 consacré à une introduction historique à la théorie du droit, J. Walter Jones a rédigé des pages qui aujourd'hui pourraient dérouter un peu le spécialiste contemporain de la théorie du droit. Bien sûr, un chapitre traite des juristes de droit civil et un autre examine l'École historique et les codes. Cependant, les théories du droit sont pour la plupart distribuées à travers les chapitres qui portent des titres tels que « les théories psychologiques », « les théories de souveraineté » et, ce qui est intéressant pour les juristes d'aujourd'hui, « la théorie des fictions »

(*fiction theory*). Est-ce qu'une théorie qui affirme que le droit est une fiction peut être défendue¹ ?

Si l'on pose cette question directement, il serait probablement difficile de défendre cette théorie puisque la fiction est normalement considérée comme la contradiction d'une vérité factuelle. Aussi la « fiction » se distingue-t-elle d'autres expressions telles que le « concept » et la « présomption » avec la conséquence qu'il devient difficile de construire une grande théorie sur ce fondement². L'idée que le droit considéré comme un tout est une fiction semble un peu simpliste sinon idéologique.

Toutefois, quand on examine le droit non pas comme un tout, mais en considérant les principaux aspects de cette discipline, c'est-à-dire les concepts, les diverses théories et les raisonnements juridiques, la position simpliste est remise en question. Les fictions, ou du moins les notions et les images fictives apparaissent fréquemment afin de soutenir un argument ou une thèse. Or, tout dépend, comme on l'a noté, de la définition adoptée. En effet si la notion de fiction se limite au sens strict du terme, autrement dit à la contradiction d'un fait vrai, il sera difficile de dégager de ces différents aspects du droit une unité capable de fournir une théorie. Cependant, si, en revanche, la fiction est prise dans le sens affirmé par Hans Vaihinger la situation se transforme.

La fiction, selon Vaihinger, consiste à faire « comme si » un modèle ou une théorie est vraie sans se soucier de la réalité ou de la vérité³. Comme l'a noté Christophe Bouriau dans un livre récent consacré à Vaihinger, il s'agit d'« une certaine attitude épistémique » dans laquelle on se concentre sur la question de la fécondité du modèle ou de la théorie et non sur la réalité en tant que vérité⁴. Si l'on adopte cette définition qui voit dans la fiction un raisonnement « comme si » et si l'on met l'accent sur la perspective épistémologique, il devient possible d'apprécier à quel point la fiction s'inscrit dans la pensée juridique. La conséquence épistémologique en est

¹ J.W. JONES, *Historical Introduction to the Theory of Law*, p. 164 et 165 (1940).

² Frédéric ROUVIÈRE, « Critique des fonctions et de la nature des fictions », dans Anne-Blandine CAIRE (dir.), *Les fictions en droit*, Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne/L.G.D.J., 2015, p. 83, aux pages 83-101.

³ Hans VAIHINGER, *La Philosophie du comme si*, 2^e éd., Paris, Éditions Kimé, 2013 (trad. Christophe BOURIAU).

⁴ Christophe BOURIAU, *Le « comme si » : Kant, Vaihinger et le fictionnalisme*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2013, p. 119.

que les sous-domaines qui font partie de la discipline du droit ont la capacité peut-être de nous informer sur ce qu'est le droit lui-même.

Or, même si la thèse des fictions a la capacité de convaincre, il reste la question de savoir pourquoi une telle théorie est importante. Pourquoi adopter cette « attitude épistémique » ? Il y a quelques réponses.

Tout d'abord, une telle attitude permettra au juriste de droit comparé d'éviter ce qu'on pourrait nommer l'impérialisme juridique. En d'autres termes, elle aide le juriste à ne pas imposer son propre modèle de droit – sa propre « réalité » – sur une autre culture, par exemple en supposant que dans n'importe quelle société la « possession » existe en tant que notion empirique ou que toute opération d'échange est un « contrat ». En effet, cette attitude épistémique permet de combattre l'idée défendue par Peter Birks, à savoir que les catégories de « quasi-contrat » et de « quasi-délit » sont irrationnelles. Les juristes romains étaient contents de raisonner en considérant que les fictions jouaient un rôle très positif⁵. Pour eux, là où il existait quelques situations de fait très proches, par exemple, d'un contrat de mandat, ils faisaient « comme si » (*quasi*) un tel contrat existait. Cette attitude se révèle parfaitement rationnelle une fois que l'on a compris la mentalité des Romains.

De même, cette attitude aide le juriste à ne pas penser qu'il existe, derrière le droit, une réalité sociale – les faits existants ou actuels – qui sont indépendants du droit pris comme une sorte de « science ». Dans une certaine mesure, les faits sont des créations de la rationalité juridique et il ressort de cela qu'on peut les envisager comme des « faits virtuels »⁶. En fait, il s'agit de la représentation du savoir juridique⁷. En ce qui concerne la science naturelle, on dit souvent que « la carte n'est pas le territoire », ce qui veut dire qu'un objet et sa représentation ne sont pas la même chose⁸. Il faut distinguer entre les deux, même si « la science vise une réalité »⁹. Cependant, en ce qui concerne le droit, la carte *est* le territoire en ce sens que ses concepts s'imposent sur la réalité sociale en la « mettant en forme,

⁵ Yan THOMAS, *Les opérations du droit*, Paris, Éditions Seuil/Gallimard, 2011, p. 133-186.

⁶ Voir sur cette question : G. SAMUEL, *Introduction to Comparative Law Theory and Method*, p. 147-150 (2014).

⁷ Voir : Marie-Laure MATHIEU, *Les représentations dans la pensée des juristes*, Paris, IRJS Éditions, 2014.

⁸ *Id.*, p. 177.

⁹ Gilles Gaston GRANGER, *La science et les sciences*, 2^e éd., Paris, PUF, 1995, p. 46.

et finissant en somme par devenir plus “vrai” que les faits »¹⁰. Le droit envisage le social « comme s’il » est une réalité.

Enfin, la *fiction theory* offre une connaissance et une compréhension plus profonde des raisonnements juridiques et des relations entre ces raisonnements et les institutions, les concepts, les notions et les théories du droit. C’est ce que cette conférence vise à démontrer.

I. Considérations historiques et générales

Comme on l’a constaté, une réflexion sur les fictions dépend tout d’abord de la définition adoptée. Qu’est-ce qu’on veut dire quand on parle des fictions en droit¹¹ ? S’il s’agit d’une définition stricte, c’est-à-dire, si elle ne s’applique qu’aux situations où quelque chose qui est manifestement faux est regardé comme vrai, la « fiction » se distinguera des termes tels que « présomption », « concept » et « nom »¹². Ici la fiction ne devient qu’une petite île dans un océan conceptuel avec la conséquence qu’elle ne peut guère agir comme le fondement d’une théorie à propos du droit lui-même. Néanmoins, même ici, il n’en demeure pas moins qu’elle a la capacité de provoquer quelques questions épistémologiques comme l’a noté Walter Jones¹³. Le débat concernant la question de savoir si la personne morale est une fiction (*persona ficta*) ou une réalité (*res*) a un lien direct avec la révolution nominaliste du Moyen Âge¹⁴. Selon les nominalistes, un mot tel que « forêt » n’est qu’un nom (*nomen*) ou un signe (*signum*) et ainsi n’est-il pas une chose réelle (*res*), car seuls les arbres ont une existence. À son tour, cette révolution a bouleversé l’idée que l’existence d’une société implique l’existence du droit (*ubi societas ibi ius*) avec la conséquence qu’il y avait place pour une nouvelle théorie fondée sur la notion d’un contrat social. Certes, cette nouvelle théorie s’est révélée finalement être « une fiction inutile » étant donné l’inexistence d’un tel contrat¹⁵. Mais

¹⁰ Jacques ELLUL, *Histoire des institutions : 3 – Le Moyen Âge*, 9^e éd., Paris, PUF, 1982, p. 27.

¹¹ Voir sur cette question : L. FULLER, *Legal Fictions* (1967). Voir aussi Frédéric ROUVIÈRE, « Critique des fonctions et de la nature des fictions », dans Anne-Blandine CAIRE (dir.), *Les fictions en droit*, Clermont-Ferrand, Université d’Auvergne/L.G.D.J., 2015, p. 83, aux pages 83-101.

¹² L. FULLER, *Legal Fictions*, p. 40-48 (1967).

¹³ J.W. JONES, *Historical Introduction to the Theory of Law*, p. 164 et 165 (1940).

¹⁴ *Id.*

¹⁵ H.F. JOLOWICZ, *Lectures on Jurisprudence*, p. 93 (1963).

L'essentiel est que le point de mire a glissé d'un concept spécifique (la personne morale) vers une théorie générale sur le fondement du droit.

Ce glissement est facilité par la structure du droit comme elle était envisagée par le juriste romain Gaius¹⁶. Si la *persona* peut être considérée en termes de fiction, il en va de même du *res*. En effet, Gaius lui-même a affirmé que le concept de *res incorporalis* a été créé par le droit¹⁷, ces créations étant selon les Post-Glossateurs les *fictiones iuris*¹⁸. On arrive donc à une structure institutionnelle où les deux fondements – c'est-à-dire la personne et la chose – sont des fictions. Quant aux actions (*actiones*), il s'agissait, selon Michel Villey, des actes des acteurs (« les paroles et les gestes ») qui, avec les personnes (« les acteurs ») et les choses (« le décor de la scène »), composent « le vaste théâtre qu'est le monde du droit »¹⁹. Si l'on admet que les institutions fondamentales sont des créations du droit lui-même, il n'est pas difficile d'arriver à la conclusion que tous les concepts juridiques – les droits subjectifs, la possession, le contrat etc. – sont des créations, à savoir des *fictiones juris*.

En fait, cette conclusion a des implications à l'égard de l'épistémologie en général en ce qu'elle provoque une question au sujet des structures conceptuelles – des modèles – employées dans n'importe quelle discipline. Peut-on dire que n'importe quel modèle dans n'importe quelle discipline est une création fictionnelle? Or en ce qui concerne les sciences naturelles la plupart des modèles se sont développés pour expliquer le comportement d'un objet externe. Il s'agit, selon Jean-Michel Berthelot, d'un « schème causal » par lequel un phénomène (disons A) s'explique par sa relation causale avec un deuxième phénomène (disons B). Ainsi la vérification du phénomène A dépend d'une correspondance entre le phénomène physique B et les prédictions du modèle²⁰. S'il existe une correspondance – par exemple une prédiction fondée sur le schème causal qui s'avère toujours exacte – on dit souvent que le modèle ou la théorie est « vrai ». Il s'agit d'une théorie réaliste en ce que celle-ci donne une description d'une réalité²¹. Cependant, une difficulté avec cette notion de vérité est que les

¹⁶ *Omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinent vel ad res vel ad actiones*: G 1.8.

¹⁷ G 2.14.

¹⁸ J.W. JONES, *Historical Introduction to the Theory of Law*, p. 166-169 (1940).

¹⁹ Michel VILLEY, *Le droit romain*, 7^e éd., Paris, PUF, 1979, p. 44.

²⁰ Jean-Michel BERTHELOT, *L'intelligence du social*, Paris, PUF, 1990, p. 62-65.

²¹ Voir généralement : Claudine TIERCELIN, « Réalisme », dans Dominique LECOURT (dir.), *Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, 4^e éd., Paris, PUF, 2006, p. 936.

modèles souvent employés par les scientifiques sont fondés sur les mathématiques. Or, celles-ci utilisent un langage de fictions, tel que « l'infini ». Le philosophe Christophe Bouriau donne un exemple :

« Au collègue, nous avons appris à utiliser des quantités dites infinitésimales pour résoudre certains types de problèmes mathématiques. Nous avons pu vérifier qu'en utilisant ces quantités infinitésimales pour nos calculs nous obtenons des résultats corrects. Or qu'est-ce qu'une quantité infinitésimale ? C'est une quantité plus petite que n'importe quelle quantité existante. En d'autres termes, il s'agit d'une fiction, c'est-à-dire d'une idée à laquelle rien ne correspond dans la réalité. »²²

Cela a conduit ce philosophe à poser la question suivante : « Comment peut-on distinguer le vrai du faux »²³ ? Sa réponse consiste à réhabiliter la théorie du « comme si » développée par le philosophe allemand Hans Vaihinger.

Suivant la tradition Kantienne, Vaihinger pensait qu'une affirmation sur la réalité objective – ce qu'on dénomme « la vérité » – ne résulte pas d'une correspondance entre un modèle ou une théorie et une réalité objective. Car une telle réalité demeure cachée ou inconnaissable²⁴. Selon la thèse de Vaihinger, la relation épistémologique se trouve entre le modèle (ou la théorie) et les résultats pratiques ou fonctionnels qui en découlent²⁵. Quant au modèle (ou à la théorie) lui-même, il est une construction dont les éléments ne sont que des fictions, mais des fictions épistémologiquement efficaces qui permettent l'accès au savoir scientifique. On regarde ces éléments efficaces *comme s'ils* étaient vrais. Ainsi, pour Vaihinger, « une théorie qui permet de former des prédictions justes n'est pas pour autant une théorie vraie, mais seulement un instrument ou un moyen de prévision efficace. »²⁶ Or une telle philosophie a évidemment soulevée des débats parmi les philosophes des sciences²⁷. Cependant, il n'est pas question ici d'examiner les critiques, du moins en ce qui concerne les sciences dures. Ce qui se révèle pertinent à propos de la théorie du « comme si »,

²² Christophe BOURIAU, *Le « comme si » : Kant, Vaihinger et le fictionnalisme*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2013, p. 13.

²³ *Id.*

²⁴ *Id.*, p. 85.

²⁵ *Id.*, p. 17 et 40.

²⁶ *Id.*, p. 208.

²⁷ *Id.*, p. 211-216.

c'est son utilité dans le domaine des sciences sociales où le schème causal s'avère beaucoup plus difficile à appliquer. Cela est difficile non seulement parce que les sociétés et les relations sociales sont complexes en elles-mêmes, mais aussi parce qu'il n'existe pas une distinction nette entre l'objet et le sujet, car celui-ci fait partie de celui-là²⁸. En effet, en raison de cette difficulté, des épistémologues des sciences sociales ont fait la distinction bien connue entre « expliquer » et « comprendre »²⁹. En d'autres termes, alors que les scientifiques emploient pour la plupart une approche causale, les savants des sciences sociales sont fréquemment obligés de mettre l'accent sur l'« interprétation », à savoir le schème herméneutique.

II. Fictions et théories juridiques

Le schème herméneutique joue bien entendu un rôle central dans la pensée et la méthode juridique étant donné l'importance des textes dans cette discipline³⁰. Pourtant, quand on quitte les modèles de sciences sociales en général pour se concentrer sur la science juridique et les théories du droit, quelques problèmes spécifiques se présentent. Quel est, par exemple, l'objet de cette science? S'agit-il des faits? Autrement dit, est-ce que le droit lui-même est une science ou devrait-on parler d'une science dont le droit est l'objet³¹? Certes la distinction est bien connue, mais les deux niveaux ont toujours la capacité de donner naissance aux énigmes épistémologiques. Si le droit lui-même est l'objet de la science ou la théorie, quel est la nature de cet objet? L'héritage du droit romain nous a transmis quelques possibilités sur le plan linguistique: il y a non seulement la règle comme objet (*regula iuris*) mais aussi le droit subjectif (*ius*), l'action en justice (*actio*), l'intérêt (*interest*), les concepts spécifiques (*dominium, possessio, obligatio...*) et même la politique juridique (*utilitas*)³². Un réaliste pourrait offrir un objet sensiblement différent, par exemple les acteurs juridiques ou une idéologie politique endossée par les facultés de droit. Or

²⁸ Jean-Michel BERTHELOT, « Épistémologie des sciences humaines », dans Sylvie MESURE et Patrick SAVIDAN (dir.), *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, PUF, 2006, p. 378.

²⁹ Rudolph A. MAKREEL, « Expliquer et comprendre », dans Sylvie MESURE et Patrick SAVIDAN (dir.), *Id.*, p. 441 ; cf. Jean GRONDIN, *L'herméneutique*, Paris, PUF, 2006, p. 75-92.

³⁰ Denis THOUARD, « Herméneutique », dans Sylvie MESURE et Patrick SAVIDAN (dir.), *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, PUF, 2006, p. 536.

³¹ Michel TROPER, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, 2003, p. 27-33.

³² G. SAMUEL, « Legal Reasoning and Argumentation », in J.D. WRIGHT (ed.), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, 776 (2d ed., vol. 13) (2015).

une question mérite réflexion au travers de ces possibilités : dans quelle mesure la fiction s'insère ou se retrouve parmi les expressions, les concepts ou les réalités qui constituent la discipline du droit ? Toutefois il faut rappeler que la fiction se comprend ici – c'est-à-dire chez Vaihinger – en tant que « faire comme si » et fonctionne comme « une attitude épistémique »³³.

Néanmoins, malgré cette compréhension particulière, un théoricien tel que Herbert Hart aurait été un peu déconcerté d'apprendre que le fondement de sa thèse, à savoir la règle de reconnaissance, s'avère une fiction³⁴. Après tout, Hart avait déclaré que son livre était un travail de « sociologie descriptive »³⁵ et, quant à la règle de reconnaissance, il s'agissait d'une « affirmation externe de fait » (*an external statement of fact*)³⁶. Hans Kelsen, pour sa part, avait admis que sa *Grundnorm* était une fiction et non une hypothèse³⁷, mais ce juriste n'a jamais proposé un modèle sociologique ou réaliste. Comme l'observe Christophe Bouriau, la *Grundnorm* « est l'unique moyen de fonder, d'un point de vue purement formel, la pratique juridique de validation des normes »³⁸. Toutefois si l'on demande où se trouve la règle de reconnaissance en tant que chose réelle ou empirique, la réponse de Hart est qu'elle existe dans la pratique des cours et des acteurs juridiques³⁹.

La principale difficulté avec cette réponse est que si l'on observe ces acteurs, pourrait-on conclure qu'ils agissent « comme s'il » y a une règle de reconnaissance ? Prenons par analogie l'église dans laquelle se trouvent des gens qui croient que Dieu existe et agissent selon cette croyance. Mais leurs actes ne prouvent pas l'existence de Dieu, ce qui veut dire que ces gens agissent « comme si » Dieu existe. En effet, Hart a par la suite reconnu que sa règle n'existait pas comme telle et qu'elle était une présupposition, mais une présupposition dont le fondement était empirique⁴⁰. On observe la situation, c'est-à-dire des acteurs qui se fondent sur le fait que la règle

³³ Christophe BOURIAU, *Le « comme si » : Kant, Vaihinger et le fictionnalisme*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2013, p. 119.

³⁴ H.L.A. HART, *The Concept of Law* (2d ed. 1994).

³⁵ *Id.*, p. vi.

³⁶ *Id.*, p. 110.

³⁷ Christophe BOURIAU, *Le « comme si » : Kant, Vaihinger et le fictionnalisme*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2013, p. 152-164.

³⁸ *Id.*, p. 164.

³⁹ Voir par exemple H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 293 (2d ed. 1994).

⁴⁰ *Id.*, p. 292 et 293.

existe, par exemple lorsque des juges reconnaissent une règle du précédent non écrite. Les règles non écrites n'existent-elles pas en tant que choses empiriques de la même manière qu'existent les règles écrites? En fait, au moins en ce qui concerne les règles dégagées des précédents, il est possible de les considérer comme les fictions de type « comme si ». C'est dire que les juges et les acteurs agissent « comme si » ces précédents existent et ont une force obligatoire. Ainsi, peut-on vraiment échapper à l'analogie avec les gens dans l'église? Si l'on adopte l'attitude épistémique de Vaihinger, les acteurs chez Hart n'agissent-ils pas « comme si » la règle de reconnaissance est un fait?

La théorie de Hart entraîne à son tour une thèse concernant le raisonnement juridique. Selon Hart, le droit est composé par une structure de règles et celles-ci donnent lieu de temps en temps aux ambiguïtés linguistiques⁴¹. Or pour Hart une telle situation dote le juge, dans un cas difficile (*hard case*), d'un pouvoir discrétionnaire à l'égard du sens caché du mot ou de l'expression⁴². Toutefois cette hypothèse a suscité une forte critique du philosophe Ronald Dworkin qui a affirmé que dans un cas difficile il y a toujours une bonne réponse (*right answer*)⁴³. Ainsi, pour ce dernier, une définition du droit ne se trouve pas dans une structure de règles mais dans l'activité même de l'interprétation, ce qui met l'accent sur le juge. Il ne saurait être question ici d'examiner dans tous ses détails ce que le juge doit faire pour arriver à la bonne réponse⁴⁴. Ce qu'il convient de noter, c'est que Dworkin a recours à deux fictions afin d'expliquer ce processus d'interprétation juridique.

La première se fonde sur le juge lui-même (ou elle-même) et sur sa capacité de raisonner de la manière extraordinaire exigée par la méthodologie de Dworkin. Il s'agit d'un juge philosophe doté « d'une habileté, d'un savoir, d'une patience et d'une perspective surhumains »⁴⁵. Il en résulte

⁴¹ *Id.*, p. 126.

⁴² *Id.*, p. 124-136.

⁴³ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, p. 81-130 (1977); R. DWORKIN, *Law's Empire* (1986).

⁴⁴ Voir cependant : Ronald DWORKIN, « Y a-t-il une bonne réponse en matière d'interprétation juridique? », dans Paul AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles/Aix-en-Provence, Bruylant/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 227, aux pages 227-233.

⁴⁵ Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, p. 183. (trad. par Marie-Jeanne ROSSIGNOL, Frédéric LIMARE et Françoise MICHAUT).

un juge fictionnel dénommé «Hercule». C'est ce «juge imaginaire» – c'est-à-dire la fiction d'un juge surhumain – que Dworkin a employé comme véhicule pour expliquer sa théorie de la bonne réponse. Sans doute, Dworkin observait-il, «les juges réels règlent-ils la plupart des cas de façon beaucoup moins méthodique»⁴⁶. Cependant, «Hercule nous révèle la structure cachée de leurs jugements, et les ouvre donc à l'étude et à la critique»⁴⁷.

La deuxième fiction se concentre sur la méthodologie et se trouve dans une analogie que Dworkin a utilisé afin d'illustrer le travail d'un juge de common law⁴⁸. Il s'agit du roman à la chaîne où «un groupe de romanciers écrit un roman, chacun à son tour; chaque romancier de la chaîne interprète les chapitres qu'il a reçus pour écrire un nouveau chapitre, qui vient alors s'ajouter à ce que reçoit le romancier suivant, et ainsi de suite»⁴⁹. Dworkin a enrichi cet exercice avec une obligation qui pèse sur chaque romancier d'«aider à la meilleure élaboration possible du roman» et il en résulte que «la complexité de cette tâche reproduit la complexité du verdict à rendre dans un cas délicat de droit-intégrité»⁵⁰.

En ce qui concerne Dworkin, Kelsen et, selon ce qui a été suggéré ci-dessus, Hart, l'emploi des fictions, du moins dans les sens donné à ce concept par Vaihinger, n'est guère étonnant puisque leurs théories juridiques respectives sont idéalistes sinon métaphysiques. Il y est question des structures intellectuelles qui dépendent d'un juge surhumain, d'une norme posée ou d'une règle imaginaire. Il en va différemment pour les théories réalistes qui ont pour but de décrire les faits et de repousser tout aspect métaphysique et imaginaire. Néanmoins ces modèles réalistes peuvent-ils aussi être considérés en tant que fictions de type «comme si»?

À première vue, le réalisme américain semblait être une réaction à l'«absurdité transcendantale» (*transcendental nonsense*) qu'était le formalisme juridique, lui-même hérité de la pensée juridique allemande⁵¹. Tou-

⁴⁶ Ronald DWORKIN, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 288. (trad. par Elisabeth Soubrenie).

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.*, p. 251.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ F. COHEN, «Transcendental Nonsense and the Functional Approach», 35 C.L.REV. 809 (1935).

tefois il faut rappeler que le point de départ de ce mouvement réaliste était le « méchant homme » (*bad man*) d'Oliver Wendell Holmes, lequel ne s'intéresse point à la structure conceptuelle du droit⁵². Ce méchant homme se soucie uniquement de ce que les cours et les agents du droit vont faire par rapport à lui. Certes, Holmes ne concevait pas cet homme comme une sorte de supposition posée pour valider sa thèse. Mais il n'en demeure pas moins qu'il s'agissait non seulement d'un homme imaginaire mais aussi d'une image formaliste du droit à laquelle les réalistes et les écoles de pensées qui les suivirent s'en prenaient. Ainsi, pour que Duncan Kennedy puisse avancer sa thèse qui critiquait les Facultés de droit, il se devait de construire une image d'une école de droit américaine typique⁵³. Sans doute Kennedy fonde-t-il cette image, de bonne foi, sur une description qu'il pense – comme sans doute la plupart de ses étudiants – être très exacte et fidèle. On peut au demeurant insister sur le fait que cette image est une fiction de type « comme si ». La thèse de Kennedy ne se comprend que par rapport à un modèle d'une école de droit « comme si » cette image représente une réalité.

III. Fictions et science du droit

La grande contribution faite par les réalistes et par un juriste comme Kennedy, qui est plus généralement associé au mouvement des *Critical Legal Studies*⁵⁴, est la déconstruction du discours traditionnel du droit laquelle, à son tour, a provoqué des réflexions sur la nature du savoir juridique. Malgré cette réflexion au niveau de la philosophie du droit, les philosophies et les théories continuent de se présenter en termes de mouvements différents. Il y a l'école du droit naturel, du positivisme, des réalistes et ainsi de suite, chacune semblant être indépendante des autres. Le réalisme, par exemple, se compare avec le positivisme. En revanche, quand on passe de la philosophie du droit à la science du droit, des approches différentes tendent à se masquer derrière les concepts et les catégories employées par les praticiens et les professeurs qui enseignent un droit dogmatique⁵⁵. Les traités et les manuels donnent l'impression que le

⁵² O.W. HOLMES, « The Path of the Law », 10 HARV. L. REV. 457 (1897).

⁵³ D. KENNEDY, « Legal Education and the Reproduction of Hierarchy », 32 J. LEGAL EDUC. 591, 595 (1982).

⁵⁴ Voir : Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 290 et 291.

⁵⁵ Christian ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, p. 164.

savoir juridique est un savoir très dogmatique ou, comme on le dit chez les Britanniques, « *black-letter* »⁵⁶. Étant donné le niveau moins élevé où l'on situe généralement les fictions, est-ce qu'elles se trouvent parmi les concepts, les catégories, les règles et les principes ?

On a déjà noté que certains concepts tels que la personne morale attirent l'étiquette de *persona ficta*, du moins chez les juristes médiévaux⁵⁷. En ce qui concerne la personne morale, les juges anglais considèrent même aujourd'hui qu'elle est une fiction⁵⁸. Or l'idée que la *persona* ou le *res incorporalis* étaient regardés comme des *fictiones iuris* par les juristes romains est difficile à soutenir si l'on consulte les textes de l'époque. Cependant, les Romains ont fait un usage fréquent de l'expression « comme si » et cet usage nous permet de penser que les fictions dans le sens entendu par Vaihinger jouaient un rôle important à leur époque. Un enfant adopté, par exemple, était regardé « comme si » (*quasi*) il ou elle était un enfant naturel des parents adoptifs⁵⁹. Yan Thomas nous a fourni d'autres exemples de ce type de fiction⁶⁰. En effet, les Romains ont façonné deux catégories juridiques qui portent le nom « quasi », dans lesquelles étaient classées les actions personnelles (*in personam*) qui étaient considérées proches des actions contractuelles ou délictuelles⁶¹. Une action était considérée quasi-contractuelle dans les cas où l'opération entre les personnes était proche d'une relation contractuelle, bien qu'il n'existait pas une véritable convention entre deux parties. Dans un tel cas de figure, on considérait qu'il s'agissait d'une affaire « comme si » (*quasi*) il y avait un accord⁶². Le juriste Ulpian, par exemple, a noté dans un texte que le propriétaire d'un esclave s'est obligé à l'égard d'une dette contractée par celui-ci parce que c'était « comme si » (*quasi*) le propriétaire avait lui-même fait passer un contrat⁶³. De la même façon, une action *quasi ex delicto* se déclenche dans certaines situations « comme s'il » existait un délit civil⁶⁴.

⁵⁶ Voir : F. COWNIE, *Legal Academics*, p. 49 et 50 (2004).

⁵⁷ J. CANNING, *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*, p. 190 (1987).

⁵⁸ Voir le (Lord) juge Reid dans *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass*, [1971] UKHL 1, [1972] AC 153, 170.

⁵⁹ Dig 1.7.6.

⁶⁰ Yan THOMAS, *Les opérations du droit*, Paris, Seuil/Gallimard, 2011, p. 169-186.

⁶¹ l.3.27pr et l.4.5pr.

⁶² Voir par exemple Dig 44.7.5.3.

⁶³ Dig 15.3.1.

⁶⁴ Voir par exemple Dig 44.7.5.4.

En fait, c'est la qualité fictionnelle de ces catégories de quasi-contrat et de quasi-délit qui est la source des attaques lancées par les juristes du passé et d'aujourd'hui contre ces étiquettes. En ce qui concerne un contrat, ou bien le contrat existe – c'est-à-dire qu'il existe une véritable convention entre les deux parties – ou bien le contrat n'existe pas, parce qu'il n'y a pas de convention⁶⁵. S'il n'y a pas de convention, parler d'un « contrat » de type « comme si », ou d'un contrat implicite n'est rien autre qu'une fiction. En fait, selon le juriste anglais Peter Birks le problème se situe au niveau de la taxonomie elle-même en ce que malgré « la symétrie élégante » du plan de Justinien, il s'agissait d'une mauvaise réponse au défi présenté par les choses diverses non classées (*residual miscellany*)⁶⁶. Pour Birks, les catégories de contrat et de délit avaient pour base empirique des « évènements causaux » (*causative events*) – à savoir la convention (*agreement*) et les torts (*wrongs*) – tandis que celles de quasi-contrat et de quasi-délit n'avaient aucun fondement empirique⁶⁷. Aussi ces deux étiquettes se révèlent-elles décevantes. C'était comme si, selon Birks, tous les oiseaux devaient être classés soit dans la catégorie des pigeons, soit dans celle des moineaux; les volatiles qui ne sont ni des pigeons, ni des moineaux devraient néanmoins être qualifiés de pigeons ou de moineaux⁶⁸.

Le professeur Birks avait l'intention sans doute non seulement de dénoncer une fiction mais également d'affirmer une vérité épistémologique. Cependant, il est permis de se demander si ce qu'il a proposé n'était pas seulement de remplacer une fiction par une autre. Est-il vraiment possible de comparer les oiseaux avec les évènements causaux? Les uns, les oiseaux, existent en tant qu'objets tangibles dont chacun a des éléments spécifiques qui permettent la qualification dans un système zoologique. Celui-ci est une représentation qui ne se mélange pas avec les objets (les oiseaux) représentés. Aussi donc un pigeon s'inscrit-il dans une catégorie tandis qu'un moineau s'insère dans une autre catégorie. L'évènement causal, pourtant, se révèle un objet différent puisqu'il n'est pas possible d'identifier un seul élément parmi les faits qui constituent une « cause ». En effet, comme l'observe Christophe Bouriau, en réalité « une quantité indéfinie de facteurs concourt à la production du moindre

⁶⁵ David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2007, p. 94-96.

⁶⁶ P. BIRKS, « Definition and Division: A Meditation on *Institutes* 3.13 », in P. BIRKS (ed.), *The Classification of Obligations*, 1, 18 and 19 (1997).

⁶⁷ *Id.*, 17-19.

⁶⁸ *Id.*, 19.

événement» et la conséquence en est qu'en «retenant *une* cause pour un événement, nous simplifions abusivement la complexité du réel»⁶⁹. En d'autres termes, à l'égard d'un système qui vise à représenter la causalité, il n'est plus possible de faire une nette séparation entre la représentation et les choses représentées.

Il est permis donc de conclure que la notion d'un évènement causal est une fiction de type «comme si». Certes il est permis également, d'après Vaihinger, de se demander si le système zoologique est aussi une fiction. Mais voilà bien une question qu'on ne saurait traiter dans le contexte d'une réflexion sur les fictions juridiques. Le moins qu'on puisse en dire est que la taxonomie juridique par rapport, par exemple, à la taxonomie en science médicale ou dans la zoologie se révèle sensiblement différente dans la mesure où celle-là catégorise des «choses» qui font partie de la «science» elle-même. À titre d'exemple, une personne donne à son amie un cadeau: s'agit-il d'une opération qui relève du droit des biens ou du droit des obligations? Le droit anglais propose une réponse, tandis que le droit français en donne une autre. Or cette divergence de qualification ne menace pas l'autorité ou la cohérence de chaque régime juridique. Toutefois elle confirme que les objets de la taxonomie sont créés dans une certaine mesure par les catégories et les concepts qui font partie de cette taxonomie. C'est dire que les catégories et les concepts juridiques ne dépendent pas complètement d'une réalité empirique. Il s'ensuit que la «science» juridique de la classification ne peut être considérée que «comme si» elle est une science dure.

Cependant, même si la science juridique n'est pas une science dans le sens d'une science naturelle, nous considérons qu'elle peut être comparée avec les mathématiques, lesquelles n'ont pas un objet empirique. Les mathématiques sont un système d'axiomes créé uniquement par le cerveau et dont la validité épistémologique ne se trouve point dans une correspondance avec la réalité mais seulement dans la cohérence du système. Dans une perspective historique, cette analogie entre la science juridique et la science mathématique a donné naissance au XVII^e et au XVIII^e siècles à l'école du *mos mathematicus* (ou *mos geometricus*) dans laquelle les civi-

⁶⁹ Christophe BOURIAU, *Le «comme si»: Kant, Vaihinger et le fictionnalisme*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2013, p. 110.

listes se sont efforcés de façonner un système complètement cohérent⁷⁰. Est-ce qu'on pourrait dire que cette cohérence – pourvu qu'elle soit réalisée – aurait la capacité de doter le droit du statut de vraie science ou est-ce que l'analogie entre le droit et les mathématiques est destinée à demeurer une fiction? Bien sûr, pour Vaihinger, si les mathématiques sont une fiction, le droit en sera sans doute une à double titre, en ce que la philosophie du « comme si » s'appliquera à la fois au modèle (système juridique) et à l'analogie avec les mathématiques⁷¹. Cependant, l'importance du *mos mathematicus* se situe aujourd'hui davantage dans le domaine de la méthodologie juridique que dans celui de la théorie du droit. Ainsi, il y a lieu de considérer cette question de fiction au niveau plus particulier des raisonnements juridiques.

IV. Fictions et les raisonnements juridiques

Le *mos mathematicus* s'est forgé à une époque juridique où l'accent était mis sur la méthode. Pendant les ^{xvi}e et ^{xvii}e siècles, la réforme du droit, a noté Sir Henry Maine, était une question de réforme des livres de droit⁷². Sur ce plan méthodologique, une fois qu'on a façonné un système ou une structure complètement cohérent, les solutions devraient se déduire uniquement grâce au syllogisme⁷³. Le rôle principal de la doctrine était donc de développer un droit plus structuré et plus cohérent. Cette attitude épistémique a été critiquée au siècle dernier mais elle n'a pas totalement disparue. Elle se trouve dans le formalisme contemporain au sein duquel on « peut rêver d'une règle de droit qui se déduirait d'un raisonnement strictement logique, grâce à une terminologie rigoureuse, à la hiérarchie des règles consacrées par le droit positif et à la possibilité d'extraire les solutions particulières d'un certain nombre d'axiomes indiscutables »⁷⁴. En bref, on peut rêver qu'un jour « la formule mathématique puisse régir la logique juridique »⁷⁵. La question est évidemment de savoir si cette méthode, avec son fondement mathématique, est une fiction.

⁷⁰ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, p. 58-63.

⁷¹ *Id.*, p. 75.

⁷² H. MAINE, *Early Law and Custom*, p. 363 (1890 ed.).

⁷³ J. GORDLEY, *The Jurists: A Critical History*, p. 165-194 (2013).

⁷⁴ Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 307.

⁷⁵ *Id.*

Or en ce qui concerne certaines règles on ne saurait dire que le syllogisme n'a aucun rôle. S'il s'agit d'une règle dans laquelle un chiffre est la condition centrale – par exemple une règle qui contrôle la vitesse de circulation – elle s'applique en principe par voie du syllogisme. Cependant dans cette situation ni la règle ni les faits ne donnent lieu à une ambiguïté : ou bien la voiture a roulé à plus que (disons) soixante kilomètres à l'heure ou bien elle n'a pas roulé à cette vitesse. En d'autres termes, la décision sera déterminée par les mathématiques. En revanche, quand il s'agit d'une règle qui ordonne, par exemple, que les contrats doivent être exécutés de bonne foi, la mathématique n'aura aucun rôle direct dans la solution. Dans cette situation, comme l'a observé Christian Atias, « le passage de la règle générale – ou de la décision antérieure – à la solution du cas concret ne saurait s'analyser en un simple processus déductif d'application »⁷⁶. Car « la subsumption de l'espèce sous la règle fait intervenir de multiples circonstances, éléments et variables qui interdisent de prétendre prédire avec certitude son résultat »⁷⁷. En effet, ajoute Jean-Louis Bergel, la « réduction du droit à une logique formelle serait d'ailleurs contraire à la finalité essentielle de tout système juridique » puisque le droit « a pour fonction de régir la vie sociale et ne peut ignorer les réalités concrètes, ni le mouvement des faits et des aspirations. »⁷⁸ S'il en est ainsi, on peut conclure que si l'on représente le raisonnement juridique comme un processus déductif, on affirme en réalité qu'un tel raisonnement fonctionne « comme s'il » s'agit d'un syllogisme. En d'autres termes, les juristes formalistes se comportent « comme s'ils » étaient des mathématiciens.

Quand on se tourne vers la common law, la position semble à première vue tout à fait différente. L'histoire de la pensée juridique et les méthodes de raisonnement se sont formées en dehors non seulement de la tradition romaniste mais aussi, du moins avant le XIX^e siècle, d'une tradition universitaire. Ainsi, l'idée que le droit est une science comme les mathématiques en sont une ne se trouve-t-elle qu'avec difficulté parmi les juristes et les praticiens anglais⁷⁹. Les juges australiens parlent d'un raisonnement « de bas-en-haut » (*bottom up*) qui s'oppose à la méthode de la tradition civiliste où, selon eux, on commence à partir une théorie géné-

⁷⁶ Christian ATIAS, *Épistémologie du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 119.

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 309.

⁷⁹ Voir : M. LOBBAN, *The Common Law and English Jurisprudence 1760-1850* (1991).

rale⁸⁰. Néanmoins le formalisme n'est pas absent chez les common lawyers. En effet un juge de la Chambre des Lords a même déclaré que :

«A judicial decision will often be reached by a process of reasoning which can be reduced into a sort of complex syllogism, with the major premise consisting of a pre-existing rule of law (either statutory or judge-made) and with the minor premise consisting of the material facts of the case under immediate consideration. The conclusion is the decision of the case, which may or may not establish new law – in the vast majority of cases it will be merely the application of existing law to the facts judicially ascertained.»⁸¹

Peut-on dire donc que les juristes anglais se comportent « comme si » le raisonnement juridique est conforme aux exigences du *mos mathematicus*?

En fait lorsqu'on examine de plus près les paroles du *Law Lord* la méthode se révèle plus nuancée. Il a affirmé que la méthode associée avec le précédent entraîne également l'analogie. Ainsi :

«Where the decision does constitute new law, this may or may not be expressly stated as a proposition of law: frequently the new law will appear only from subsequent comparison of, on the one hand, the material facts inherent in the major premise with, on the other, the material facts which constitute the minor premise.»⁸²

Avant qu'un précédent puisse lier un juge, les « faits pertinents » (*material facts*) de la décision précédente analysée doivent être analogues aux faits pertinents de l'affaire dont est saisi le juge. Par exemple, dans un cas où une fuite d'électricité avait causé le dommage⁸³ la question de la responsabilité dépendait d'un précédent dans lequel le dommage résultait d'une fuite d'eau⁸⁴. Ainsi donc le juge dans l'affaire de l'électricité devait décider si l'électricité est analogue à l'eau. Certes, il existait un dénominateur commun, celui de la « fluidité ». Toutefois il y a également des différences sensibles entre l'eau et l'électricité et ainsi il est permis de conclure que dans cette situation le raisonnement du juge n'est pas en réalité un

⁸⁰ Juge Gummow, dans *Roxborough v Rothmans of Pall Mall (Australia) Ltd*, [2001] HCA 68, [2001] 208 CLR 516, au para. 73.

⁸¹ (Lord) Juge Simon dans *Lupton v FA & AB Ltd*, [1972] AC 634, 658-659.

⁸² *Id.*, 659.

⁸³ *National Telephone Co v Baker*, [1893] 2 Ch 186.

⁸⁴ *Rylands v Fletcher* (1866), LR 1 Ex 265; [1868] UKHL 1, (1868) LR 3 HL 330 (CA).

procès d'inférence. Le juge procédera « comme si » l'eau est (ou n'est pas) analogique à l'électricité et puis il continuera « comme s'il » s'agit d'un raisonnement logique.

Quant aux textes législatifs – qui sont beaucoup plus importants en tant que source du droit aujourd'hui que le droit non écrit – les raisonnements pourraient sembler un peu différents en ce que le juge doit appliquer une prémisse majeure sans un procès inductif. S'il y a un problème, on a tendance à croire qu'il se situe au niveau de la langue écrite. Il est question de l'interprétation d'un mot ou d'une phrase ambiguë. Or les normes d'interprétation façonnées par les juges se fondent dans une certaine mesure sur quelques fictions, surtout à l'égard du *mens legislatoris*. Par exemple, est-ce qu'il existe vraiment une « volonté du Parlement » ? Néanmoins, mettre l'accent sur le texte plus que sur les faits peut souvent éclipser le rôle des fictions dans le procès de raisonnement lui-même.

Prenons une affaire assez célèbre qui ne concernait pas en fait une loi mais un testament dans lequel il y avait un mot ambigu⁸⁵. Un homme et sa femme voulaient faire le tour du monde, ce qui nécessitait l'utilisation de plusieurs moyens de transport, y compris un bateau. Avant le départ le couple a rédigé des testaments dans lesquels il y avait une clause qui réglait la situation si les deux décédaient au même moment, à savoir « simultanément ». Le bateau a disparu sans laisser de traces et il fallait décider si les deux personnes étaient mortes au même moment. Le juge Denning, qui était dissident en Cour d'appel, pensait que la Cour devrait trancher en faveur des morts simultanées. Pour soutenir son argument il a adopté l'approche suivante :

« I decline... to ask myself: what do the words mean to a grammarian? I prefer to ask: What did Dr Rowland and his wife mean by the word 'coincide' in their wills? When they came to make their wills it is not difficult to piece together the thoughts that ran through their minds. »⁸⁶

Puis il a continué avec cette « scène de théâtre » :

« The doctor might well say: 'We are going off for three years to these far off places and in case anything happens to either of us we ought to make our wills. If I die before you, I would like everything to go to you, but if you die

⁸⁵ *Re Rowland* [1963] Ch 1 (CA).

⁸⁶ *Id.*, à p 11.

before me, I should like it to go to my brother and his boy.' She might reply: 'Yes, but what if we both die together? After all, one of those little ships might run on the rocks or something...' 'To meet that,' he would say, 'I will put in that if your death coincides with mine, it is to go to my brother and his boy just the same.' He would use the words 'coinciding with,' not in the narrow meaning of 'simultaneous,' but in the wider meaning.... It would not cross Dr Rowland's mind that anyone would think of such niceties as counsel for the first defendant has presented to us.»⁸⁷

Le rôle de la fiction dans ces raisonnements semble évident. Le juge se comporte comme Terence Rattigan. Mais le juge Russell, qui pensait que la Cour devrait arriver à la conclusion opposée à celle du juge Denning, a lui-même créé une scène. Il a affirmé :

«If the evidence was that the testator and his wife were below decks in their cabin and the vessel plunged abruptly to the bottom of the sea, the view might be taken that their deaths were, metaphysics apart, coincident in point of time. But we simply do not know what happened to them. Counsel for the appellants could not suggest, in the case of either spouse, whether the correct inference was death by drowning, trapped in the ship, or death by drowning, sucked down by the sinking ship after going overboard, or death by shark or similar fish, or by thirst, or by drowning after swimming about or floating for a greater or less period with or without a lifebelt. This makes it plain that there is no evidence at all that the deaths were coincident in point of time (in the natural sense of simultaneous) in the mind of the ordinary man.»⁸⁸

Il n'agit peut-être pas d'une scène du *Deep Blue Sea* de Terrence Rattigan ou mieux encore de Stephen Spielberg et son film *Jaws*. Mais la construction fictionnelle de ces scènes est frappante et indique dans quelle mesure l'image joue un rôle dans l'argumentation⁸⁹. Dans cette affaire du testament ce qui a été exposé était une divergence fondamentale sur le plan épistémologique, à savoir l'holisme par rapport à l'individualisme. Néanmoins cette grande question philosophique n'a trouvé son expression que par des scènes fictives. Le savoir se représente moins dans les mots comme tels et davantage dans l'image créée par l'interprète. Il est vrai que les images employées dans ce cas du testament sont assez exceptionnelles en termes de vivacité. Mais, comme un juriste anglais l'a noté

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.*, à p 17.

⁸⁹ Cf. Marie-Laure MATHIEU, *Les représentations dans la pensée des juristes*, Paris, IRJS Éditions, 2014.

récemment, les fictions sont une clé de la compréhension des problèmes difficiles de causalité dans le domaine de la responsabilité civile⁹⁰. D'autres auteurs ont souligné leur importance ailleurs dans le droit⁹¹. En fait, plus on cherche des fictions dans les raisonnements – du moins si on les définit comme le fait Vaihinger – plus on en trouve.

Vers une conclusion

Cela dit, dans les limites d'une conférence il n'est guère possible de poursuivre des recherches plus profondes sur les raisonnements juridiques. Faute de temps, il faut donc retourner à la question de recherche elle-même qui consistait à se demander si le droit est une fiction. Quel que soit le progrès réalisé à propos de cette question grâce aux exemples exposés ci-dessus, le fait est que tout dépend de ce qu'on veut dire quand on parle d'une fiction juridique. Une autre difficulté, du moins si la fiction s'oppose à la réalité, est que la réalité se révèle aussi vague que la fiction, ce qui a amené Walter Jones à déclarer que la réalité, dans le domaine juridique, est quelque chose qu'on approuve tandis que la fiction est quelque chose qu'on n'approuve pas⁹². En effet, même dans la science naturelle, les fictions peuvent devenir les réalités. Robert Blanché, citant Whewell, a remarqué :

« [Q]ue les idées par lesquelles nous interprétons les faits s'incorporent peu à peu aux faits eux-mêmes tels que nous les percevons, si bien que nous ne les distinguons plus comme telles et croyons les lire directement dans l'expérience ». En d'autres termes, 'les idées d'une génération deviennent ainsi les faits pour la génération suivante.'⁹³

En ce qui concerne le droit, un concept tel que, par exemple, la possession, semblerait se conformer à ce procès décrit par Robert Blanché. Est-ce vrai pour n'importe quel concept juridique? Certes, il est difficile d'affirmer que les concepts normatifs comme la propriété, le droit subjectif et l'obligation décrivent une « réalité ». De plus, la personne morale est un concept que le droit anglais n'a aucune difficulté à accepter en admettant

⁹⁰ J. LEE, « Fictions in Tort », in M. DEL MAR, W. TWINING (ed.), *Legal Fiction in Theory and Practice*, p. 255-274 (2015).

⁹¹ M. DEL MAR, W. TWINING (ed.), *Legal Fiction in Theory and Practice*, (2015).

⁹² J.W. JONES, *Historical Introduction to the Theory of Law*, p. 186 (1940).

⁹³ Robert BLANCHÉ, *L'épistémologie*, 3^e éd., Paris, PUF, 1983, p. 83.

du même souffle qu'elle est un *factio iuris*⁹⁴. Même les concepts qui s'attachent directement aux choses réelles telles que la faute, le dommage ou l'intérêt s'avèrent des concepts qui ont un aspect « quasi normatif »⁹⁵. Quant aux catégories juridiques, elles sont ouvertes à une pareille analyse : sont-elles vraiment une « réalité » ? Est-ce que la distinction entre le droit public et le droit privé ou entre les biens et les obligations est une différence de catégorie qui est enracinée dans le monde empirique ou s'agit-il d'une proposition « comme si » ? En bref, il n'est pas déraisonnable de conclure que les concepts et les institutions juridiques sont des constructions « comme si » dans le sens donné à cette notion par Hans Vaihinger. Si l'on y ajoute les notions employées chez les théoriciens du droit – tel que celles de la *Grundnorm*, de la règle de reconnaissance et du juge surhumain – ainsi que les images utilisées dans les raisonnements juridiques, il est difficile d'échapper à la conclusion que quand on analyse les modalités de fonctionnement du droit, les fictions se trouvent partout.

Bien sûr la thèse de Vaihinger a suscité des critiques dont plusieurs mériteraient une étude sérieuse⁹⁶. Cependant cette conférence a un objectif limité. Elle s'est proposée de montrer comment il peut être possible de défendre l'idée que le droit est une fiction. La défense est fondée sur une analyse de différentes parties du droit, c'est-à-dire sur le plan des théories, des concepts, des catégories et des raisonnements. On a démontré comment chacun de ces concepts est pénétré par les fictions, du moins dans le sens donné à ce terme par Vaihinger. Or on pourrait répondre en disant que le droit se révèle différent de ses parties et qu'il constitue une réalité sociale distincte, bien que la nature de cette différence soit discutée. Toutefois Vaihinger pourrait affirmer à son tour que la distinction entre une « chose » et ses « parties » est elle-même une fiction⁹⁷. En d'autres termes, les gens agissent « comme si » une telle distinction existe. Le fait qu'un bon nombre de professionnels et de non-professionnels croient que le droit existe ne prouve rien, tout comme l'existence d'une masse de gens qui croient que Dieu existe ne prouve pas qu'Il existe.

⁹⁴ *Tesco Supermarkets v Natrass* [1972] AC 153, 170.

⁹⁵ Paul DUBOUCHET, *Sémiotique juridique : introduction à une science du droit*, Paris, PUF, 1990, p. 144 et 145.

⁹⁶ Voir généralement : Christophe BOURIAU, *Le « comme si » : Kant, Vaihinger et le fictionnalisme*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2013, p. 119.

⁹⁷ L. FULLER, *Legal Fictions*, p. 101 (1967).

