



REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

NUMÉRO SPÉCIAL

Les fictions en droit civil

Propos introductifs

Les fictions, réalité incontournable
du droit civil

Arnaud Tellier-Marcil, Shana Chaffai-Parent,
Laura Rizko

Notion et fonctions des fictions

Guillaume Wicker

Les contrats fictifs

Simulation et parénèse :
mauvaises fictions contractuelles?

André Bélanger

Les personnes fictives

Les sociétés contractuelles :
de la fiction de la personnalité juridique au
débat sur le patrimoine d'affectation

Benjamin Lehaire

Les liens parentaux fictifs

Les liens parentaux en droit québécois :
quelle place pour la fiction biologique à l'aube
d'une réforme du droit de la famille?

Michelle Giroux, Clémence Bensa, Vanessa Gruben

Les preuves fictives

La présomption de vérité découlant d'une
décision antérieure : réalité ou fiction?

Guillaume Laganère

L'erreur (manifeste et déterminante)
est humaine

Shana Chaffai-Parent

Le langage fictif

Faire du Code civil une loi à la portée de tous :
une question de mots?

Mélanie Samson

Langage, langage du droit et traduction :
matières à fiction?

Jean-Claude Gémar

Notion et fonctions des fictions

*Guillaume WICKER**

Concept and Functions of Fictions

Noción y funciones de las ficciones

Noção e funções das ficções

拟制的概念和功能

Résumé

L'histoire et la comparaison des droits nous révèlent que la fiction joue un rôle important dans la création, l'interprétation et la systématisation du droit. Étant incertaines par définition, la notion et les fonctions de la fiction varient selon les auteurs. Parmi les définitions, le trait commun qui caractérise la fiction est la dénégation ou la dénaturation de la réalité. Néanmoins, il existe certains débats concernant la détermination de la réalité de référence (matérielle ou juridique) et le caractère volontaire de la contravention à la réalité. De plus, la dualité fonctionnelle qui divise la doctrine implique la reconnaissance de deux fonctions à la fiction. La première, la fonction pragmatique, relève de la pratique juridique. Envisagée en vue d'obtenir un résultat de droit, la fiction participe à l'élaboration d'une règle de droit et à l'application de celle-ci à une situation de fait. La seconde, la fonction

Abstract

The history and comparison of laws tell us that fiction plays an important role in the creation, interpretation and systematization of law. Uncertain by definition, the notion and functions of fiction vary according to the authors. Among the definitions, the common feature that characterizes fiction is the denial or distortion of reality. Nevertheless, there are certain disagreements regarding the determination of the reality of reference (material or legal) as well as the voluntary nature of the transgression of reality. Moreover, the functional duality which divides authors implies the recognition of two functions. The first, the pragmatic function, is a matter of legal practice. With the intent of obtaining a legal result, the fiction takes part in the development of a rule of law and in its application to a factual situation. The second, the dogmatic function, rather belongs to the science of law. From

* Professeur à l'Université de Bordeaux.

dogmatique, est plutôt du ressort de la science du droit. Dans cette optique, la fiction est un prisme à travers lequel le droit est interprété et systématisé. Tandis que les fictions-règles renvoient au jugement d'opportunité porté sur une règle de droit en fonction de la réalité matérielle, les fictions-concepts supposent un jugement porté sur la rectitude logique de la règle à la lueur du cadre juridique général. L'étude des fictions-concepts peut ainsi contribuer au progrès de la science du droit.

Resumen

La historia y la comparación del derecho nos dicen que la ficción juega un papel importante en la creación, interpretación y sistematización del derecho. Al ser inciertas por definición, la noción y las funciones de la ficción varían según los autores. Entre las definiciones, el rasgo común que caracteriza a la ficción es la negación o distorsión de la realidad. No obstante, existen algunos debates sobre la determinación de la realidad de referencia (material o jurídica) y el carácter voluntario de la contravención de la realidad. Además, la dualidad funcional que divide la doctrina implica el reconocimiento de dos funciones de la ficción. La primera, la función pragmática, es una cuestión de práctica jurídica. Con la intención de lograr un resultado de derecho, la ficción participa en la elaboración de una regla de derecho y en la aplicación de esta a una situación de hecho. La segunda, la función dogmática, es más que todo del dominio de la ciencia del derecho. Desde esta perspectiva, la ficción es un prisma a través del cual se interpreta y sistematiza el derecho. Mientras que las ficciones-reglas implican juzgar la conveniencia de

this perspective, fiction is a prism through which the law is interpreted and systematized. While rule-fictions involve a judgment regarding the opportunity of a rule of law in a material reality, concept-fictions involve a judgment made on the logical correctness of the rule in light of the general legal framework. The study of concept-fictions can therefore result in advances in the science of law.

Resumo

A história e a comparação dos direitos nos revelam que a ficção desempenha papel importante na criação, interpretação e sistematização do direito. Incertas por definição, a noção e as funções da ficção variam segundo os autores. Entre as definições, o traço comum que caracteriza a ficção é a negação ou a desnaturação da realidade. Contudo, há controvérsias quanto à determinação da realidade de referência (material ou jurídica) e ao caráter voluntário da transgressão da realidade. Ademais, a dualidade funcional que divide a doutrina implica o reconhecimento de duas funções da ficção. A primeira, a função pragmática, diz respeito à prática jurídica. Imaginada com vistas a obter um resultado de direito, a ficção participa na elaboração de uma regra de direito e em sua aplicação a uma situação de fato. A segunda, a função dogmática, pertence antes à competência da ciência do direito. Nesta ótica, a ficção é um prisma através do qual o direito é interpretado e sistematizado. Enquanto as ficções-regras remetem ao julgamento de oportunidade sobre um regra de direito em função da realidade material, as ficções-conceito

una regla de derecho en función de la realidad material, las ficciones-conceptos implican un juicio sobre la rectitud lógica de la regla a la luz del marco jurídico general. El estudio de las ficciones-conceptos puede contribuir así al progreso de la ciencia del derecho.

supõem um julgamento sobre a retidão lógica da regra à luz do quadro jurídico geral. O estudo das ficções-conceitos pode também contribuir para o progresso da ciência do direito.

摘要

法制史和比较法向我们表明，拟制（fiction）在法律的创设、解释和体系化方面扮演着重要角色。拟制尚未有统一的定义，学者对它的概念和功能也是众说纷纭。尽管拟制的定义五花八门，但它们对拟制的特点有一致的结论，即拟制是对现实的否认或变通。然而，学者们关于（实质上的或法律上的）参考性事实以及违反现实的自愿性如何确定依然各执一词。此外，作为学术分野的功能二元性意味着承认拟制的两种功能。第一种是实用主义功能，属于法律实践的范畴。设计拟制的目的是获得法律上的结果，因而拟制参与了法律规则的制定以及法律规则对事实情况的适用。第二种是教条主义功能，属于法律科学的范畴。从这个角度看，法律正是通过拟制被解释、被体系化。如果规则拟制涉及到判断法律规则是否适合实质上的现实，那么概念拟制则涉及到根据总体法律框架对法律规则的逻辑正确性作出判断。因此，研究概念拟制有助于法律科学的进步

Plan de l'article

Introduction	639
I. La fonction pragmatique des fictions : un mécanisme technique de création du droit	642
A. Le rôle des fictions dans l'élaboration de la règle de droit	643
B. Le rôle des fictions dans l'application de la règle de droit	644
II. La fonction dogmatique des fictions : un instrument technique de l'interprétation et de la systématisation du droit	646
A. La distinction des fictions-règles et des fictions-concepts	647
B. La participation des fictions-concepts au progrès de la science du droit	648
Conclusion	650

Sans doute parce qu'elle engage le rapport de chacun avec la réalité, dont la perception varie d'une donnée absolue jusqu'à des représentations relatives et multidimensionnelles, la notion de fiction est empreinte de la plus grande incertitude. Sa définition comme ses fonctions et ses modes d'action diffèrent d'un auteur à l'autre, de sorte qu'elle n'est en définitive qu'un phénomène que chacun perçoit et interprète selon sa propre conception du monde et du droit¹. Aussi bien toute théorie sur les fictions dépend de la représentation de la réalité qui guide et détermine son auteur. S'agissant par exemple de la nécessité du prononcé de paroles sacramentelles pour la production d'un effet de droit, la nature de cette condition sera perçue comme une réalité ou fiction selon que l'on considère que l'appel à la divinité traduit une vérité ou relève de la superstition. Mais la relativité des fictions ne tient pas seulement à la relativité de la réalité antérieure au droit, elle est en quelque sorte consubstantielle à son domaine dans la mesure où le droit lui-même, qui n'est fondamentalement qu'un jeu de conventions, est par nature relatif. C'est dire qu'en matière de fictions il n'est que des propositions doctrinales.

Si la notion de fiction est incertaine, elle se caractérise en revanche en tant que phénomène par sa permanence; ce qui au demeurant ne saurait étonner, l'interrogation sur la réalité étant une constante dans l'histoire de la pensée. Ainsi, présente dès l'antiquité grecque et orientale, la fiction a connu un fort développement en droit romain et peut aujourd'hui encore s'observer dans tous les systèmes juridiques contemporains². Ainsi y ont recours non seulement les droits occidentaux, qu'il s'agisse des systèmes de common law ou de ceux d'inspiration romano-germanique, mais encore des systèmes qui en sont aussi éloignés que le droit chinois ou le droit musulman. En raison de leur universalité, et parce qu'elles traduisent les limites de la rationalité dans la conception et l'application du droit, les fictions ont fait l'objet d'études nombreuses et sans cesse renouvelées dont les plus anciennes sont l'œuvre des juristes médiévaux³. De l'ensemble de ces travaux il ressort que la fiction, quand bien même sa définition comme

¹ Anne-Marie LEROYER, *Les fictions juridiques*, thèse de doctorat, Paris, Université Paris II, 1995, n° 43, qui prend l'exemple de la différence de sexe.

² René DEKKERS, *La fiction juridique: étude de droit romain et de droit comparé*, Paris, Sirey, 1935.

³ Pour les thèses, voir: Lucien LECOQ, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doctorat, Paris, Université de Paris, 1914; Joseph ISSA-SAYEGH, *Les fictions en droit privé*, thèse de doctorat, Dakar, Université de Dakar, 1968; Philippe WOODLAND, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, thèse de doctorat, Paris, Université Paris II,

ses fonctions demeurent relatives, joue un rôle important tant dans la création du droit que dans l'interprétation et la systématisation du droit.

Quelles que soient les définitions proposées par les auteurs, il s'en dégage un élément commun, certes bien général, qui est que la fiction se caractérise toujours par une dénégation ou une dénaturation de la réalité : constitue une fiction toute solution de droit contraire à la réalité. Au-delà, des oppositions se manifestent lorsqu'il s'agit de déterminer, d'une part, quelle doit être la réalité de référence, et, d'autre part, si cette contravention à la réalité doit ou non être volontaire.

Sur le premier point, la doctrine ancienne de même que certains auteurs modernes comme Gény ou Dabin estiment qu'il n'y a de véritable fiction que dans la mesure où une règle de droit est établie en violation de la réalité matérielle ou naturelle, c'est-à-dire en violation de la réalité antérieure au droit. Inspirée des doctrines du droit naturel, l'idée qui fonde ce choix est que le droit étant un système conventionnel, il n'a pas par lui-même de réalité propre ; en conséquence, la réalité ou le caractère de fiction d'une règle de droit ne peut s'apprécier qu'en fonction de sa conformité à la réalité matérielle qu'elle est destinée à appréhender et à régir. Dans cette perspective constitue par exemple une fiction la qualification juridique d'immeuble par destination appliquée à un bien qui matériellement est un meuble. Sans être inexacte, cette conception n'a cependant qu'une portée réduite :

1981 ; A.-M. LEROYER, préc., note 1 ; Guillaume WICKER, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1997 ; Delphine COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 2000. Pour les ouvrages classiques, voir : Rudolf VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^e éd., t. 4, Paris, Marescq, 1888 ; René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique*, Paris, Rousseau, 1911 ; François GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, Paris, Sirey, 1921 ; Jean DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Paris, Sirey, 1935. Pour les ouvrages collectifs, voir : ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le problème des fictions en droit civil*, t. 3, Paris, Dalloz, 1948, et notamment R. HOUIN, « Rapport », p. 242 ; Chaim PERELMAN et Paul FORIERS (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, et notamment C. PERELMAN, « Essai de synthèse », p. 339 ; DROITS – REVUE FRANÇAISE DE THÉORIE JURIDIQUE, *La fiction*, n° 21, Paris, Presses Universitaires de France, 1995 ; Anne-Blandine CAIRE (dir.), *Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions*, n° 9, coll. Centre Michel de l'Hospital, Paris, L.G.D.J., 2015. Voir également : Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI, « Les fictions en droit privé », dans *Archives de philosophie du droit*, t. 20, Paris, Sirey, 1975, p. 273.

n'envisageant que la capacité de la règle de droit à appréhender la réalité matérielle, elle n'intéresse que la question de l'élaboration de la règle.

À l'opposé, privilégiée par la majorité de la doctrine contemporaine, la référence à la réalité juridique, laquelle se définit en considération de l'ensemble des règles de droit, donne une plus grande portée à la fiction puisqu'elle conduit à retenir cette qualification chaque fois qu'une solution de droit apparaît contraire à une règle de droit. Ainsi en est-il dans l'hypothèse de la fausse application d'une règle comme dans celle où une première règle s'avère incompatible avec une seconde. C'est le cas par exemple du contrat conclu sur la base d'une volonté tacite, alors que celle-ci n'est souvent que le masque d'une absence de volonté.

Entre cette seconde conception et la première, l'opposition est en fait plus apparente que réelle car l'une et l'autre s'avèrent complémentaires. Là où la référence à la réalité matérielle renvoie à la question de l'élaboration de la règle de droit, la référence à la réalité juridique permet d'appréhender les problèmes de son application, de son interprétation et de son insertion dans la construction du droit.

De la même façon, l'opposition manifestée quant au caractère volontaire ou non de la fiction témoigne de deux approches de la notion qui, là encore, s'avèrent complémentaires plutôt que contradictoires. Ceux qui estiment qu'elle constitue nécessairement une contravention volontaire à la réalité – autrement dit un mensonge – envisagent la fiction comme le produit d'une activité consciente consistant à méconnaître la réalité en vue de l'obtention d'un résultat de droit. Mensonge créateur, elle participe alors de la dynamique de la création du droit. Mais la fiction n'est pas seulement un moyen de créer du droit, elle est aussi un résultat de droit. Sous ce second aspect, statique et non plus dynamique, la fiction procède d'un jugement de valeur porté *a posteriori* sur une solution de droit pour laquelle se pose la question non de sa constitution mais de sa compréhension. Afin d'apprécier la validité et la portée de la solution considérée, il s'agit cette fois de déterminer si et comment elle contrevient à la réalité. Et il importe alors peu que cette contravention ait été ou non volontaire puisqu'en tout état de cause elle existe.

En définitive, s'il n'est guère possible de définir davantage la fiction que par la méconnaissance de la réalité, la raison doit en être rapportée au caractère protéiforme de cette notion dont les contours varient selon les

rôles multiples qu'elle est appelée à jouer et les conceptions de celui qui l'analyse. Intervenant dans l'élaboration et l'application de la règle de droit, la fiction apparaît comme un mensonge créateur de droit par contravention à la réalité matérielle ou juridique; en revanche, au stade de l'interprétation et de la systématisation de la règle au regard de la construction du droit, la fiction procède d'un jugement de valeur formulé par référence à la réalité juridique. Il faut donc en déduire que si la notion constitue toujours un instrument de technique juridique, elle relève tantôt de la pratique juridique en tant que mécanisme technique de création du droit, tantôt de la science du droit et plus particulièrement de la dogmatique juridique en tant qu'instrument technique de l'interprétation et de la systématisation du droit. Au demeurant, cette dualité fonctionnelle a depuis longtemps été caractérisée par la doctrine, et notamment par Jhering qui distingue la fonction historique des fictions, par laquelle elles sont le moyen d'introduire dans la vie sociale des règles de droit nouvelles, et leur fonction dogmatique qui est d'insérer les solutions juridiques nouvelles dans la construction du droit. Reste que certains en ont tiré pour conséquence qu'il existerait deux catégories de fictions; c'est ainsi que Unger oppose les fictions pratiques et les fictions théoriques. Mais une telle opposition est artificielle dans la mesure où la pratique juridique et la science du droit sont destinées à s'alimenter l'une l'autre. Rapporté à la fiction, cela signifie qu'une solution de droit contraire à la réalité va intéresser tant la pratique juridique pour ce qui est de sa création – c'est la fonction pragmatique de la fiction (I) – que la science du droit afin que soit précisée sa compréhension – c'est la fonction dogmatique de la fiction (II).

I. La fonction pragmatique des fictions: un mécanisme technique de création du droit

Lorsqu'elle concourt à la création du droit, la fiction peut se définir comme un mécanisme technique consistant en une méconnaissance volontaire de la réalité en vue de l'obtention d'un résultat de droit. C'est à cet aspect de mensonge créateur que se réfèrent les définitions qui présentent la fiction comme un artifice de technique juridique ou encore comme un mode de raisonnement. Selon que la réalité méconnue est la réalité matérielle ou la réalité juridique, la fiction va jouer un rôle soit dans l'élaboration de la règle de droit (A), soit dans son application (B).

A. Le rôle des fictions dans l'élaboration de la règle de droit

Le droit ayant vocation à régir une réalité qui lui préexiste et lui est extérieure, il importe que les règles qu'il élabore soient, autant que possible, le reflet de cette réalité. Reste que le droit ne saurait appréhender cette réalité dans toute sa complexité; il ne va en retenir que ce qui est nécessaire à son objet qui est d'organiser les rapports entre les hommes. Par conséquent, l'élaboration de la règle de droit suppose une réduction et une simplification de la réalité matérielle. Mais il se peut que par l'effet d'une fiction cette réduction et cette simplification soient poussées à un point tel que la réalité juridique posée par la règle rompe volontairement avec la réalité matérielle. Ainsi en est-il par exemple de la règle du nominalisme monétaire. En vertu de cette règle, il est de principe que la valeur d'une unité monétaire doit être tenue pour constante et toujours égale à sa valeur nominale, quelles que puissent être les variations de sa valeur réelle. Cette règle est à l'évidence le produit d'une fiction en ce qu'elle contrevient à la réalité économique. Néanmoins elle se justifie dans la mesure où en attribuant arbitrairement une valeur constante à la monnaie, elle permet de prévenir toute incertitude et toute contestation dans les rapports entre débiteur et créancier que le droit a pour mission de régir. Plus généralement, cet exemple met en évidence que la fiction est le moyen de déformer la réalité matérielle dans le but de la soumettre aux impératifs propres de l'ordre juridique. Il n'en reste pas moins que cette négation de la réalité économique peut avoir pour conséquence que la portée économique de la règle de droit intégrant la fiction du nominalisme monétaire se trouve occultée; notamment, le recours à la fiction masque le fait que le rééchelonnement d'une dette constitue en réalité une diminution de celle-ci.

Toujours dans le cadre de l'élaboration de la règle de droit, la fiction ne vient parfois méconnaître la réalité matérielle qu'à la seule fin d'indiquer un résultat de droit au moyen d'une image volontairement fautive. C'est la voie qu'emprunte la règle « nul n'est censé ignorer la loi », laquelle est le plus souvent tenue pour une fiction⁴. Sous couvert d'une présomption de connaissance de la loi, que tout un chacun sait contraire à la réalité, la règle signifie que l'ignorance de la loi ne permet pas d'échapper à son application; ce qui est en fait une incitation à en rechercher la teneur. Une illustration plus récente peut encore en être donnée avec la technique de la clause réputée non écrite. Cette technique vise à sanctionner l'illicéité de la

⁴ G. WICKER, préc., note 3, n° 3.2 et les auteurs cités.

clause d'un contrat en faisant comme si cette clause n'avait jamais été stipulée dans le contrat. Par cette image délibérément contraire à la réalité, la fiction exprime en un raccourci le fait que la clause illicite est de nul effet, sans que cela ne puisse remettre en cause la validité du contrat dans lequel elle figure. C'est dire que la fiction, lorsqu'elle prend la forme d'une image fausse, constitue un procédé d'élaboration de la règle de droit par économie de moyens⁵.

B. Le rôle des fictions dans l'application de la règle de droit

Conformément à sa structure propre, toute règle de droit présuppose une situation de fait dont la réalisation concrète conditionne son application. Autrement dit, une règle de droit est une réalité juridique dont la concrétisation est subordonnée à la constatation d'une certaine réalité matérielle. En conséquence, il y a constitution d'une fiction chaque fois qu'une règle est appliquée à une situation de fait qui ne correspond pas exactement à sa présupposition. En tant que mécanisme technique, la fiction consiste donc ici à dénaturer ou remodeler la situation de fait dont dépend l'application de la règle de droit. Dès lors, en modifiant les conditions d'application de la règle, elle se présente comme un procédé d'extension ou d'adaptation du droit existant. Contrairement à l'apparence, il faut bien voir qu'en pareil cas la fiction contrevient moins à la réalité matérielle qu'à la réalité juridique, car elle a pour objet premier une application volontairement fautive de la règle de droit; ce qui revient à dire qu'elle emporte violation d'une réalité juridique.

Cette manifestation de la fiction est sans doute la plus ancienne. Historiquement, elle a joué un rôle de la plus grande importance dans le développement du droit romain avec le procédé dit des « conditions feintes ». En effet, en raison de la rigidité du formalisme juridique romain, le préteur fut amené, à défaut de pouvoir modifier la loi, à ordonner au juge de statuer comme si telle condition se trouvait remplie alors qu'elle était manquante. Largement mis en œuvre dans les droits formalistes, comme notamment le droit anglais, ce mode d'action de la fiction se retrouve aujourd'hui encore dans les systèmes juridiques contemporains. La fiction peut alors remplir trois fonctions au moyen pour chacune d'une technique qui lui est propre.

⁵ A.-M. LEROYER, préc., note 1, n° 229-230.

Le recours à la fiction permet, en premier lieu, d'étendre l'application d'une règle de droit à des cas pour lesquels elle n'a pas été prévue. Techniquement, elle opère par assimilation d'une situation de fait à celle visée par la règle en vue de l'extension de cette dernière. C'est le cas notamment de la technique de la légitimation par laquelle un enfant naturel se trouvait assimilé à un enfant légitime pour être soumis au même régime que ce dernier. Il doit ici être souligné que l'extension de la règle de droit par voie d'assimilation n'est pas sans rapport avec son extension par analogie dans la mesure où une assimilation par fiction correspond parfois à l'intuition d'un rapport d'analogie⁶. C'est ainsi par exemple que la personnalité morale dont bénéficient certains groupements a été conçue dans un premier temps comme une assimilation par fiction à la personnalité des personnes physiques; puis, dans un second temps, il est apparu que cette assimilation recouvrait en réalité un rapport d'analogie entre personnes morales et personnes physiques que traduit le concept unique de personnalité juridique. Même si la voie initiale de l'assimilation est désormais abandonnée, il reste néanmoins une trace de la fiction dans la conception encore largement anthropomorphique des personnes morales, pourtant dite théorie de la réalité. Alors que la reconnaissance de la personnalité juridique des personnes morales s'opère sur le fondement d'un rapport d'analogie, ce rapport reste encore largement confondu avec un rapport d'identité. Or cette confusion débouche sur la croyance erronée d'une identité de nature entre personnes physiques et personnes morales; ce qui a parfois conduit à reconnaître à ces dernières, sans guère de limites, des droits de la personnalité, négligeant ainsi que ces droits sont destinés à protéger les personnes physiques en tant qu'elles sont des personnes humaines et non en tant qu'elles jouissent de la personnalité juridique. C'est dire que la méconnaissance de la réalité résultant du jeu d'une fiction peut déboucher sur une nouvelle méconnaissance de la réalité lors même que l'idée de fiction a disparu pour justifier l'extension de la règle de droit.

Le recours à la fiction permet, en deuxième lieu, d'adapter ou de modifier une règle de droit en diminuant le nombre de ses conditions d'application. Le mécanisme technique consiste alors à supposer l'existence de l'une de ces conditions afin, dans les faits, d'en supprimer l'exigence. C'est le cas des volontés tacites dont il est déduit un consentement, lequel est tenu pour acquis sans que la réalité de cette volonté ne soit vérifiée, et même

⁶ D. COSTA, préc., note 3, p. 122.

sans qu'elle puisse être contestée. Mais cette fiction par supposition ne réalise pas toujours une adaptation seulement ponctuelle de la règle ; il est des hypothèses où elle opère une modification générale de la règle. Ainsi en est-il lorsqu'elle emprunte la forme d'une présomption irréfragable. Notamment, en matière de responsabilité civile, toutes les fois qu'une présomption simple de faute a été transformée en présomption irréfragable, excluant donc la possibilité de la preuve contraire, il en est résulté que la faute s'est trouvée en réalité exclue des conditions de la responsabilité civile.

Le recours à la fiction permet enfin d'écarter l'application d'une règle au profit d'une autre. Elle emprunte en ce cas la technique de la réduction : de la situation de fait considérée ne sont retenus que les éléments qui conditionnent la règle que l'on entend appliquer, quand dans le même temps sont occultés les éléments qui auraient déterminé l'application de la règle que l'on souhaite écarter. L'exemple peut en être donné par le procédé de la correctionnalisation judiciaire par lequel le juge pénal disqualifie un crime en délit en retenant seulement, parmi tous les éléments constitutifs d'une infraction, ceux qui déterminent cette dernière qualification.

En toute hypothèse, la distorsion de la réalité en vue de forcer l'application de la règle ne peut être le fait que de la loi ou, plus souvent, du juge, et non des sujets de droit. Concernant ces derniers, une fausse application volontaire de la règle par déformation de la réalité matérielle n'est pas l'expression d'une fiction, mais de mécanismes tels que la simulation, la fraude ou la fictivité, qui tous permettent d'imposer aux intéressés un retour au respect de la réalité par un jeu de sanctions⁷.

II. La fonction dogmatique des fictions : un instrument technique de l'interprétation et de la systématisation du droit

Envisager la fiction du point de vue de l'interprétation et de la systématisation du droit conduit à la saisir, non plus sous l'angle dynamique de sa participation à la création du droit, mais de façon statique en tant que phénomène observable de la réalité du droit. Sous cet angle, elle est l'expression d'un jugement de valeur porté sur une règle de droit. Aussi bien, à l'opposé du prestige dont elle est parfois entourée, la qualification de

⁷ G. WICKER, préc., note 3, n° 3.1 et les auteurs cités.

fiction exclut qu'elle soit dotée de la moindre vertu explicative. Dans le meilleur des cas, elle a le charme que lui confère son aura de mystère, mais la vérité est que cette qualification traduit alors plus fondamentalement un aveu d'impuissance à expliquer la solution considérée, dont elle signale seulement le caractère d'aberration.

Il faut toutefois signaler qu'il est certaines fictions formulées par la doctrine dans le seul but de fonder un résultat de droit. C'est le cas par exemple de la fiction, héritée du droit romain, que constitue l'idée de « continuation de la personne du défunt », laquelle est destinée à justifier que les héritiers soient tenus de l'intégralité des dettes de la succession. Mais il doit être observé que les fictions de ce type, outre qu'elles sont marginales, ne sont tenues pour des fictions que dans la mesure où elles ne sont en fait que la survivance d'une conception périmée. S'agissant là encore de l'idée de « continuation de la personne du défunt », elle n'est actuellement perçue comme étant une fiction que parce que l'obligation indéfinie des héritiers au passif successoral est désormais expliquée par la confusion du patrimoine héréditaire et du patrimoine personnel de l'héritier.

Étant donc écartées ces fictions doctrinales, il peut être distingué entre les fictions selon qu'elles sont définies par rapport à la réalité matérielle ou à la réalité juridique. À cela correspond la distinction des fictions-règles et des fictions-concepts (A), cette dernière catégorie étant susceptible de participer au progrès de la science du droit (B).

A. La distinction des fictions-règles et des fictions-concepts

Lorsqu'elle est appréciée par référence à la réalité matérielle, la qualification de fiction suppose que la règle soit jugée contraire, ou du moins inadéquate, à cette réalité. Le jugement de valeur porté sur la règle de droit est alors un jugement d'opportunité. Il s'agit d'apprécier son opportunité en recherchant si elle constitue une juste représentation de la réalité matérielle ou si la solution qu'elle retient ne contrevient pas aux données matérielles, morales ou économiques. C'est ainsi que peut apparaître comme l'expression d'une fiction-règle la représentativité syndicale dont la reconnaissance s'avère souvent indépendante des effectifs réels du syndicat qui en bénéficie. Pour cette catégorie, la qualification de fiction est étrangère à la dogmatique juridique et ne présente guère d'autre intérêt que celui de stigmatiser la règle considérée dont l'existence se trouve par là même contestée. Dans tous les cas, le jugement porté sur la règle procède d'un choix

de politique et se ressent des conceptions morales, sociales ou économiques de son auteur.

À l'opposé, déterminée par référence à la réalité juridique, la qualification de fiction – que certains dénomment alors fiction juridique ou fiction-concept – s'avère en revanche autrement plus féconde. Si elle procède là encore d'un jugement de valeur, il s'agit cette fois d'un jugement porté sur la rectitude logique de la règle au regard de la construction juridique générale. Elle suppose que la règle soit jugée incompatible avec d'autres règles appartenant au même ordre juridique. Cette qualification permet ainsi d'identifier une insuffisance ou une incohérence dans la construction du droit. Or cette construction étant élaborée au moyen de l'ensemble des concepts juridiques, il s'ensuit que la fiction peut alors se définir comme l'altération d'un ou plusieurs concepts juridiques par la méconnaissance soit des conditions logiques, soit des effets logiques de leur application. Sera donc constituée une fiction si un concept est mis en œuvre alors que fait défaut un élément nécessaire à son application. C'est le cas par exemple de l'obligation née d'un engagement unilatéral, puisque cette obligation, qui hors les faits juridiques doit trouver sa source dans un contrat, est le produit, non d'un accord de volontés, mais d'une volonté unique. Également, il y aura fiction si les effets produits ne sont pas ceux logiquement attachés au concept considéré. À cette hypothèse correspond notamment la rétroactivité traditionnellement attachée à la condition suspensive qui confère à l'obligation une efficacité pour une époque antérieure à celle de sa perfection.

B. La participation des fictions-concepts au progrès de la science du droit

Définie par rapport aux concepts juridiques, la fiction-concept a pour premier intérêt qu'elle permet de préciser l'interprétation de la règle ainsi qualifiée. En effet, en raison de leur caractère d'anomalie, il est fréquemment avancé que les fictions sont d'interprétation stricte. Or, en réalité, ainsi que Gény l'a mis en évidence, c'est à partir d'une explication rationnelle des fictions que doit être déterminée leur juste mesure. En d'autres termes, c'est leur exacte compréhension qui doit guider leur interprétation. Pour cela il convient donc de déterminer l'objet exact de la fiction en précisant les concepts auxquels elle contrevient, pour ensuite dégager le contenu véritable de la règle et par conséquent les limites de son application.

Là encore peut être repris l'exemple de la rétroactivité de la condition suspensive. De prime abord, la rétroactivité semblerait impliquer que l'obligation produise tous ses effets à compter, non de l'accomplissement de la condition, mais du jour de la conclusion du contrat; ce qui impliquerait notamment, dans le cas du transfert de la propriété d'un bien, que soient anéantis tous les actes accomplis sur le bien par le débiteur depuis la conclusion du contrat et que le débiteur doive restituer au créancier tous les fruits produits par le bien pendant la période d'incertitude. Or il est apparu que l'utilité recherchée de la rétroactivité était seulement que soient privés d'effet à l'égard du créancier les actes que son débiteur avait pu accomplir en violation de son engagement depuis le jour de la conclusion du contrat. En conséquence, la jurisprudence avait limité les effets de la rétroactivité à ces seuls actes.

Le second intérêt de l'étude des fictions par référence aux concepts juridiques est que la qualification de fiction, chaque fois qu'elle est retenue, manifeste les limites de la systématisation du droit en soulignant l'insuffisance des concepts qu'elle met en œuvre. D'un point de vue immédiat, elle traduit, ainsi qu'a pu l'écrire Gény, « l'infirmité de notre esprit impuissant à créer sans cesse des concepts parfaitement adéquats aux réalités »⁸. Plus qu'un renoncement, l'idée est ici qu'à un moment donné de son développement la science du droit se heurtera toujours à des solutions nouvelles qui en marqueront les limites. Mais ces limites n'étant jamais infranchissables, il faut admettre, notamment avec Jhering, Gény ou Dabin, que toute fiction présente un caractère transitoire en ce sens que le perfectionnement de la science du droit, que sa présence même appelle, doit conduire à sa disparition. Cela signifie par conséquent que l'étude des fictions doit être conçue comme le moyen d'un approfondissement de l'analyse juridique en vue de leur intégration dans la construction du droit. Dans cette perspective, les fictions constituent, selon l'expression de Demogue, « un instrument de découverte » car elles impliquent un renouvellement de la systématisation du droit et des concepts qui y concourent; et ce renouvellement peut déboucher soit sur la redéfinition, totale ou partielle, d'un concept ou des relations qui l'unissent à d'autres, soit sur l'introduction de concepts nouveaux⁹. C'est ainsi par exemple que l'introduction du concept de personnalité juridique a permis tout à la fois que la personnalité morale ne soit plus qualifiée de fiction et que soient précisés son objet et

⁸ F. GÉNY, préc., note 3, n° 243.

⁹ Voir pour cette démarche, G. WICKER, préc., note 3.

ses conditions d'attribution. Également, s'agissant de la rétroactivité de la condition suspensive, la fiction a mis en évidence l'erreur consistant à envisager l'obligation comme une notion unitaire réduite à l'alternative de ne pas exister ou d'exister dans sa perfection. Son approfondissement a conduit à distinguer dans l'obligation l'engagement et le droit à l'exécution, c'est-à-dire le droit au paiement, seul ce dernier étant suspendu par l'effet de la condition. Or, une fois abandonnée la conception unitaire au profit de cette conception dualiste de l'obligation, peut également être abandonnée la fiction de la rétroactivité. Prenant acte de l'existence de l'engagement du débiteur à compter de la conclusion du contrat, il suffit de poser, comme le fait le nouvel article 1304-5 du Code civil français, que, tant que la condition est pendante, « le débiteur doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation », à peine d'inopposabilité au créancier.

*
* * *

En définitive, en tant qu'instruments de découverte, les fictions-règles viennent en confirmation de l'enseignement de Thomas Kuhn qui écrivait : « Comment rend-on l'anomalie conforme à la loi? [...] La crise diminue l'emprise des stéréotypes et fournit les données supplémentaires nécessaires à un changement de paradigme. La forme du nouveau paradigme est parfois annoncée par la structure que la recherche extraordinaire a donnée à l'anomalie »¹⁰.

¹⁰ Thomas KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, Paris, 1972.