

Fictions juridiques: Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes

Mikhaïl XIFARAS*

Pour Yan Thomas, *in memoriam*

Cet article présente quelques procédés fictionnels en usage dans le travail des juristes, à partir d'exemples plus ou moins célèbres dans la littérature spécialisée, et voudrait à l'occasion de ce panorama non exhaustif proposer quelques réflexions sur les rapports entre droit, réalité et fiction.

Le premier cas est celui d'un dispositif fictionnel de type « feintises sérieuses » qu'on peut interpréter comme tromperie, ou comme *mascarade* (1). Le second mobilise un autre type de feintises sérieuses, qualifiée par Rudolf von Jhering de « fictions historiques », qui correspond aux fictions juridiques *stricto sensu*, par quoi il faut entendre le procédé technique par lequel ce qui est tenu pour faux est pris pour vrai dans un but pratique, et qui malgré leur caractère technique peuvent parfois être appréhendées comme *fétiches* (2). Les troisième et quatrième illustrent des dispositifs fictionnels mis en œuvre aussi bien dans un cas plaisant, jugé par la Cour de Dôle en 1573 que dans quelques décisions récentes de la Cour de Cassation, dispositifs qui se présentent comme des *feintises roublardes* et remplissent la fonction de *renseignement mythique* (3). Les cinquième et sixième cas consistent en deux adages juridiques établissant des présomptions (respectivement simples et irréfragables) qu'on peut interpréter comme des *feintises indolentes*, auxquels il n'est pas impossible d'attribuer une fonction *carnavalesque*, et d'en tirer des leçons qui permettent de réinterpréter le premier cas (4). Le septième cas est celui d'une fiction juridique tirée de certains articles du Code civil qui s'interprète comme un jeu de langage, et offre de dégager les règles propres au genre juridique, au sein de la grande famille des *feintises ludiques* (5). Le huitième cas, qui intéresse directement

* Professeur de droit public, Ecole de droit de Sciences Po. (EA4461, 13, rue de l'Université, 75007, France), membre junior de l'Institut Universitaire de France (chaire de Philosophie du droit), professeur visitant à l'Institut de Recherche en Sciences Humaines de l'Université de Kyoto (2008).

l'ontologie sociale, permet l'examen de la fameuse querelle relative à la nature juridique de la personne morale, et permet de considérer les dispositifs fictionnels dans le droit comme autant de *jeux de miroirs*, fournissant ainsi l'occasion de quelques réflexions sur la condition de polycosmie radicale qui est la nôtre (6). Le neuvième et dernier cas introduit des considérations plus directement politiques, en donnant matière à discuter l'argument du « noble mensonge » dans lequel la fiction juridique se pose comme *Référence* fondatrice de l'ordre politique (7). Quelques intermèdes viennent parfois suspendre ce déroulement.

Introduction

Il est très difficile, sans doute impossible, de parler sérieusement des fictions juridiques — sujet au demeurant fort sérieux — si par sérieusement, on entend : *sans feinter*. On a beau chercher, en effet, il n'y a aucun procédé juridique dont on puisse dire avec certitude : « *c'est une fiction* »¹. On trouve certes des exemples de fictions juridiques célèbres mais pour chacun d'eux, il se trouve aussi des juristes pour réfuter le caractère fictionnel des énoncés en cause. On comprend d'ailleurs pourquoi : outre qu'aucune définition de la fiction juridique n'est unanimement acceptée, ce qui est le destin de tous les concepts intéressants, un très grand nombre de procédés juridiques qui se présentent comme des fictions peuvent tout aussi bien être interprétés comme des procédés *non fictionnels*. Ainsi Bentham distingue les noms d'entités réelles (noms qui désignent des entités réellement existantes ou des entités auxquelles le locuteur entend attribuer réellement l'existence) et les noms d'entités irréelles. Au sein des entités irréelles, Bentham distingue encore les noms d'entités fabuleuses, ou *fallaces*, qui sont les noms d'entités non existantes et les noms d'entités fictives, ou fictions, qui se laissent ramener à des noms d'entités réelles au moyen de la technique *de la paraphrase*. L'usage des fictions est légitime parce qu'il est utile à la pensée et ne requiert pas qu'on accorde foi à

¹ Une première version de cet article a été écrite en 2008, au cours d'une année de recherche passée dans le cadre enchanteur et accueillant de l'Institut de Recherches en Humanités de l'Université de Kyoto, où m'avait conduite la généreuse hospitalité du professeur Oura que je n'ai pas assez de mots pour remercier ici. Des exposés publics en ont été proposés au cours du séminaire du professeur Oura au Centre des Humanités (2008), à l'Université de Kwansei Gakuin (2008), à l'invitation amicale du professeur Hirotsugu Yamajo, puis au séminaire doctoral de l'Ecole de droit de Sciences Po (2009). A chacune de ces occasions, j'ai profité de la richesse des remarques et des critiques des participants, que je remercie très vivement. Je remercie encore chaleureusement A. Kubo pour son aide très précieuse dans la préparation du premier de ces séminaires, Manuela Hesse et Didier Boyer pour leur aide amicale. Je remercie enfin Louis Assier-Andrieu, Denis Baranger, Benoît Frydman, Duncan Kennedy, Guillaume Tusseau qui ont bien voulu lire et relire, commenter et critiquer des versions antérieures du présent texte, m'aidant ainsi grandement à corriger partie de ses erreurs et défauts, qui me sont imputables.

FICTIONS JURIDIQUES

l'entité qu'elles désignent². Selon Bentham donc, les « bonnes » fictions qui ne sont pas fallacieuses sont celles qu'on peut rapporter à des noms d'entités réelles. Dans la même veine, d'autres auteurs, comme Lon Fuller³, soutiennent que toutes les fictions juridiques doivent pouvoir être exprimées en termes non fictionnels, ou encore, que dans un monde où nous aurions le temps, la patience et la lucidité pour nous exprimer avec la précision requise, les fictions n'existeraient pas. On peut certes, tout aussi bien, trouver ces vues excessivement *modernes*, et presque attendrissantes de naïveté. Ce qui, en revanche, paraît plus certain, c'est que définir un énoncé juridique comme fictionnel suppose la détermination certaine d'une « réalité » référentielle sans laquelle les fictions ne sont pas fictives. Il n'y a pas de fiction là où il n'y a pas de réalité. Il se pourrait donc bien que l'impossible définition des fictions juridiques ait à voir avec la non moins impossible définition du « réel » du droit.

Quoi qu'il en soit, on perdrait à rester tout à fait insensible à l'ironie de la situation : les nombreux juristes qui se sont essayés à faire la théorie des fictions juridiques sont certainement, pour la plupart d'entre eux, des scientifiques sérieux, réputés dire et faire des choses tout à fait sérieuses. Mais pour entreprendre sérieusement une théorie des fictions juridiques, ces juristes se doivent de commencer par feindre croire que les dites fictions existent bien en ce qu'elles se distinguent (par leur caractère fictionnel) d'un « réel » très sérieusement réel, et feindre encore que leur caractère fictionnel soit connaissable comme tel. La fiction n'apparaît comme fiction que sur une scène préalablement dressée qui la fait apparaître comme fiction, et la donne à voir *comme si* elle était un objet de connaissance, de manière assez analogue aux autres phénomènes juridiques réputés *réels*. Il faut donc se résoudre à cette feinte, en empruntant au registre de la fiction les moyens requis pour constituer la fiction en objet de connaissance.

S'il est vain (et ennuyeux) de vouloir recenser les divers sens qu'on peut conférer au mot « fiction », il n'est en revanche peut être pas tout à fait impossible, à partir d'exemples plus ou moins connus, de dresser un tableau non exhaustif des divers types de situations qui sont

² Les réflexions de Bentham sur les fictions sont éparpillées dans son œuvre, on peut se référer aux textes suivants : Bentham J., *Logical Arrangements, or Instruments of Invention and Discovery*, in *Works, op. cit.*, Vol. III, pp. 285–295 ; *A Fragment on Ontology*, in *Works, op. cit.*, Vol. VIII, iii+600 p., pp. 193–211 ; Bentham J., *Essay on Logic*, in *Works, op. cit.*, Vol. VIII, pp. 213–293 ; Bentham J., *Essay on Language*, in *Works, op. cit.*, Vol. VIII, pp. 295–338 ; Bentham J., *Fragments on Universal Grammar*, in *Works, op. cit.*, Vol. VIII, pp. 339–357. Sur sa théorie des fictions, cf. C. K. Ogden, *Bentham's Theory of Fictions*, Kegan Paul, Trench, Trübner & Co., London, 1932 ; J.-P. Cléro, « La théorie des fictions chez Jeremy Bentham » in *Nouvelles de la République des Lettres*, Prismi, Naples, 1993 ; Christian Laval, *Jeremy Bentham, Le pouvoir des fictions*, Paris, PUF 1994 ; Guillaume Tusseau, *Jeremy Bentham. La guerre des mots*, à paraître (Je remercie Guillaume Tusseau de m'avoir permis de lire ce manuscrit avant publication).

³ Lon L. Fuller, *Legal Fictions*, Stanford University Press, Oxford University Press, 1967.

ordinairement engagées quand on parle de procédé fictionnel dans le droit.

I. La fiction juridique comme feintise sérieuse

Cas n° 1. Tromperies et Mascarades. Les 39 schillings de Jeremy Bentham

L'exemple appartient au droit anglais et se trouve chez Bentham⁴. Il est célèbre, et fait l'objet de nombreux commentaires savants⁵. Il sera ici traité hors de toutes considérations historiques, comme un cas d'école⁶.

Au XVIII^e siècle, le crime de *grand larceny* est puni de la peine de mort en Angleterre. La qualification de *grand larceny* s'applique à partir de 40 shillings dérobés. Pour ne pas prononcer la peine de mort, les jurés estiment systématiquement la valeur des vols à 39 shillings. En 1808, c'est un vol de 2 guinées qui est évalué à 39 shillings, alors que depuis 1717, la parité guinées/shillings était établie à 21 shillings pour une guinée.

Dans cet exemple, la fiction semble bien incontestable, pour cause d'inconsistance avérée : les juges savent que 2 guinées valent un peu plus de 42 shillings et font *comme si* elles valaient 39 schillings, afin de ne pas appliquer la règle prévue pour les vols de telles sommes. Il n'est pas question ici de croyance sérieuse dans un objet imaginaire, mais d'un acte conscient de *feintise*. En quoi consiste cette feintise ?

Mascarade

On affirme un effet (le prononcé d'une peine de déportation et non de mort), alors que la cause associée à cet effet (un vol d'une valeur inférieure à 40 s.) est évidemment connue comme fausse (2 guinées valent 42 s. soit plus que 40 s.). Dans ce cas, les jurés tiennent le faux (qu'ils savent faux) pour vrai, dans le but d'associer à ce faux des effets qui sont ordinairement associés au vrai. On aura reconnu la définition canonique des « fictions juridiques » entendues au sens strict de procédé de technique juridique que résume une formule en usage depuis les Glossateurs : « *la certitude du faux tenu pour vrai dans un but pratique* »⁷.

De fait, les jurés savent certainement que deux guinées font quarante deux schillings, ils ont donc la certitude du faux, mais tiennent ce faux pour vrai, dans le but de produire les effets pratiques qui s'attachent habituellement au vrai, en l'occurrence la condamnation à la déportation plutôt que la peine de mort. Comment comprendre le procédé en cause ? S'agit-il

⁴ Jeremy Bentham, *Rationale of Judicial Evidence Specially Applied to English Practice*, in *Works, op. cit.*, Vol. VII, p. 418. V. également Id., *Rationale of Judicial Evidence Specially Applied to English Practice*, in *Works, op. cit.*, Vol. VI, p. 273. *Ibid.*, p. 381.

⁵ Sur cet exemple célèbre, cf. Chaïm Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979, p. 63 et Guillaume Tusseau, *Jeremy Bentham et la guerre des mots, op. cit.* n° 42 sq.

⁶ Pour une étude du contexte historique, cf. Douglas Hay, Peter Linebaugh, E. P. Thompson, *Albion's Fatal Tree: Crime and Society in Eighteenth Century England*, London, Allen Lane, 1975.

FICTIONS JURIDIQUES

d'un mensonge ou d'une tromperie comme le suggère Bentham ? Indéniablement, le procédé a bien quelque chose de commun avec le mensonge, puisque ce dernier suppose aussi une feintise — il faut que celui qui ment sache qu'il ment, donc qu'il « ait la certitude du faux ». Mais il faut encore au menteur l'intention de tromper, de « faire croire » au faux tenu pour vrai. Dans le cas présent, faut-il penser que le but pratique poursuivi par les jurés est de faire croire que 2 guinées valent *vraiment* 39 schillings ? Il semble plutôt que le but de l'opération soit de sauver la peau du voleur, et ce par tous les moyens, y compris les plus invraisemblables. L'intention ici n'est pas de tromper, mais de faire en sorte que le faux qui est affirmé produise les mêmes effets que le vrai, *quand bien même on y croirait pas*. Ce n'est donc pas une tromperie ou un mensonge.

Sur le plan juridique, le procédé mis en œuvre est le suivant : sachant que les textes prévoient la peine de mort pour les auteurs de vol de plus de 40 schillings et que les jurés sont censés respecter les textes qui établissent universellement les parités monétaires, ils devraient condamner le voleur à mort, ce qu'ils ne souhaitent pas. Pour éviter ce résultat, il convient de neutraliser les effets de la règle : toutes les fois que la règle relative au *grand larceny* condamnant à mort les voleurs de plus de 40 s. est applicable, les jurés vont donc suspendre les effets de cette règle en la combinant avec les effets d'une autre règle, à la fois nouvelle et implicite, qui se laisserait formuler de la manière suivante : *le vol, quelque soit son montant doit être qualifié de simple larceny*. Il résulte de l'adoption de cette règle nouvelle que la catégorie de *grand larceny* ne s'applique jamais au vol, que ce dernier n'est par conséquent jamais passible de la peine de mort. Par ce procédé, les jurés suspendent l'application d'une règle explicite et officielle et lui substituent indument une règle nouvelle, implicite et officieuse⁸. Cette règle nouvelle sera élevée au rang de règle explicite et officielle en 1808, lorsque le Parlement supprimera la catégorie de *grand larceny*.

L'opération en cause consiste donc à intercaler une règle nouvelle entre la règle officielle existante et l'application au cas, tout en préservant les apparences selon lesquelles c'est la règle officielle qui s'applique. Il y a bien feintise, non pas pour tromper en faisant croire, puisque la qualification est *invraisemblable*, mais pour masquer la substitution opérée, en

⁷ Cinus de Pistoia écrit : « la fiction prend pour vrai ce qui est certainement contraire au vrai (in re certa contrariae veritatis pro veritate assumption, sur CJ 4, 19, 16), formule reprise par Bartole sur D 41, 3, 15, n. 21. Cité par Yan Thomas, « *Fictio Legis*, l'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales » *Droits*, Paris, PUF, 1995, n° 17, p. 21 sq. On retrouve cette formule partout, y compris chez Bentham : « *By fiction, in the sense in which it is used by lawyers, understand a false assertion of the privileged kind, and which, though acknowledged to be false, is at the same time argued from, and acted upon, as if true.* » J. Bentham, *Constitutional Code*, in *Works, op. cit.*, Vol. IX, p. 77.

⁸ Dans une perspective historique, on pourrait ainsi analyser ce cas comme une survivance des temps où le jury était juge du droit, et pas seulement du fait. Pour une histoire du jury, cf. A. Harding, *A Social History of English Law*, Baltimore, Penguin Books, Inc., 1966.

continuant à reconnaître la validité juridique de règles officielles qui sont en fait devenues inapplicables, puisque l'adoption implicite d'une règle nouvelle en bloque systématiquement la mise en œuvre. Il semble donc bien que la feintise ici en cause ne soit pas une tromperie ou un mensonge, mais bien plutôt une *mascarade*.

Tromperie

On pourra trouver le procédé coûteux, et pour tout dire douteux. La mascarade ne sied pas à l'exigence de vérité et de sérieux d'une procédure pénale, pourquoi alors s'y livrer avec tant d'ostentation ? Sans doute parce que nos pauvres jurés n'ont pas vraiment le choix, puisque leur compétence officielle se limite à la seule reconnaissance des faits, et ne s'étend certainement pas jusqu'au pouvoir discrétionnaire d'inventer des règles nouvelles susceptibles de faire obstacle aux lois pénales en vigueur, même les plus cruelles. N'étant pas habilité à poser des règles de droit et ne pouvant exhiber l'usage excessif qu'ils font de leurs compétences, ils en sont réduits à feindre se contenter de déterminer les faits, en substituant le plus discrètement possible à la règle honnie une autre règle, plus clémente, de leur invention.

Il se pourrait donc bien qu'on en ait pas tout à fait fini avec le mensonge, dès lors que le procédé fictionnel mobilisé par les jurés paraît ici poursuivre non pas un, mais au moins deux buts, liés mais distincts : sauver le voleur de la peine de mort, en parvenant à subvertir l'application d'une loi jugée trop sévère, mais aussi masquer la sortie indue de leur champ de compétence et l'extension illégitime de leurs pouvoirs juridiques qui en résulte (depuis quand un jury est-il compétent pour modifier une loi pénale ?).

Ce second but est réalisé par l'adoption implicite d'une disposition nouvelle, qui règle désormais toutes les opérations de détermination des faits dans l'application de la loi sur le *grand larceny*. Alors que la détermination des faits doit ordinairement se contenter de décrire ce qui s'est vraiment passé, elle devient ici une opération de qualification juridique (tous les faits décrits seront qualifiés de *simple larceny*), qualification qui parce qu'elle réalise la correspondance systématique d'une catégorie juridique avec tous les faits possiblement en cause revient à poser une règle de droit nouvelle (le crime de *grand larceny* est aboli pour les vols, quels que soient leur montant). Au lieu d'être une opération de description des faits en cause, la détermination des faits ainsi comprise se transforme en véritable procédé législatif. La mascarade consiste donc à changer le contenu du droit (les règles effectivement applicables aux cas) sans en changer la forme (les règles officiellement applicables aux cas). On comprend que ce genre de feintises fasse enrager les nomophiles⁹. Appelons ce second but : « but politique » puisqu'il met en jeu la distribution des compétences et des pouvoirs de faire le droit.

⁹ Sur la notion de nomophiles, abordée du point de vue des nomophobes, cf. Eric Desmons « Le divan des nomophobes : Sade et Saint-Just chez Deleuze », in *La loi*, (dir. Puigelier), Economica, 2005.

FICTIONS JURIDIQUES

Ainsi, considéré à l'aune du « but pratique », la feintise ici en cause n'est pas mensongère, elle n'a pas pour objet de « faire croire » que deux guinées valent moins que quarante schillings. Mais considérée sous l'aspect du second but, le « but politique », l'élément de tromperie est indéniable : il s'agit bien de « faire croire » que c'est la loi pénale en vigueur qui régit le cas, alors qu'il s'agit en fait de la règle inventée par les jurés, ce que ces derniers ne sauraient évidemment ignorer¹⁰.

Notons encore que la réalisation du second but est une condition de la réalisation du premier, ou encore qu'on ne saurait mettre sur pied des mascarades juridiques sans mentir sur l'usage réel de ses compétences. C'est bien pourquoi selon Bentham il ne saurait y avoir de mascarades vertueuses ou légitimes (il dirait « utiles »), dès lors qu'elles impliquent un défaut de loyauté dans l'application de la règle applicable et que dans ce défaut de loyauté se nichent des captations indues de pouvoir par la « caste des juristes ». Enregistrons ce premier résultat. La fiction juridique est par certains aspects une mascarade et par d'autre une feintise mensongère. Faut-il en conclure avec Bentham que toute mascarade se prolonge fatalement en tromperie, ou encore que la fiction comme « but pratique » est toujours associée à un « but politique » inavouable ? Un second exemple permettra de préciser ce point.

II. La fiction juridique comme procédé technique et comme fétiche

Cas 2. Les « fictions historiques » de l'administrateur des chemins de fer selon Rudolf von Jhering

L'exemple a le mérite de la simplicité, on le trouve dans ce monument de la littérature juridique qu'est *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*¹¹, au tome IV de la traduction française : une administration des chemins de fer, plus exactement un receveur des contributions, a fait imprimer des formulaires indiquant le montant dû pour transporter divers matériaux. Il se trouve qu'un type de matériau n'a pas été compris dans la nomenclature, soit parce qu'il a été oublié, soit parce qu'on en transportait pas au moment de la rédaction du document. Plutôt que de réimprimer les formulaires, le receveur choisira d'inscrire le nouveau produit en l'associant à un autre matériau, dont les conditions de

¹⁰ Il se pourrait que cette interprétation ne fasse pas justice à la signification réelle du cas, qui consisterait moins dans un détournement des compétences et dispositions légales en vigueur que dans la production d'un dispositif disciplinaire dont la finalité serait d'imposer aux condamnés de faire allégeance politique à la gentry en sollicitant la levée d'une condamnation pénale dont aucun des acteurs ne « croit » vraiment qu'elle est susceptible d'être appliquée. L'interprétation ici proposée traite cet exemple comme un cas d'école classique. Je remercie Duncan Kennedy de m'avoir suggéré cette interprétation.

¹¹ Rudolf von Jhering, *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. Française Octave Meulenaere, A. Marescq Aîné, Paris, 2e ed. 1880.

transport sont déjà visées par le formulaire. Par exemple, ayant oublié de régler le sort des lignites, le receveur fera comme si ces lignites étaient des houilles, dont le régime fiscal est prévu par le formulaire¹². Rudolf von Jhering décrit ce type de fictions comme des « mensonges techniques » mais il ajoute que ces mensonges sont « consacrés par la nécessité »¹³.

Expédient technique

De la référence au mensonge, on pourrait songer que le juriste allemand se place sur le même terrain que Bentham : la fiction juridique est une feintise trompeuse, une tromperie. Au demeurant, on retrouve dans ce cas les deux aspects de mascarade et de mensonge précédemment évoqués : le receveur a bien la « certitude du faux » qu'il tient pour vrai puisqu'il distingue fort bien, en réalité, les lignites des houilles, mais il décide pourtant de les confondre, en droit, dans le même régime fiscal. De plus, le receveur invente bien une nouvelle règle, qu'on pourrait formuler de la manière suivante : « *le lignite est taxée comme la houille* », et c'est bien cette nouvelle règle qui s'applique alors que, formellement, le formulaire en vigueur ne prévoit rien pour les lignites. De même que les jurés chers au cœur de Bentham, le receveur a utilisé son pouvoir de qualification juridique des faits pour donner un contenu nouveau à une forme juridique antérieure, qui reste officiellement inchangée. Enfin, cette tromperie (ou mensonge) est elle aussi la condition de la réalisation d'un « but pratique » puisque c'est grâce à elle qu'il devient possible de taxer les lignites sans avoir à refaire tous les formulaires. Peut-on pour autant interpréter ce cas comme celui des 39 schillings, et voir dans cette fiction une ruse politique destinée à étendre indument les compétences d'un organe juridique donné ? On peine à le penser, dans la mesure où c'est le même receveur qui est compétent pour poser le formulaire ancien et pour le réviser. En prenant les lignites pour des houilles, ce receveur change indument le contenu de la règle applicable, mais n'augmente pas pour autant ses pouvoirs et compétences juridiques, puisqu'il est parfaitement compétent pour fixer le prix applicable aussi bien aux houilles qu'aux lignites. Le sens du procédé est ici de lui faciliter la vie, de lui permettre d'ajouter une règle nouvelle sans avoir à réimprimer les formulaires, ou encore de lui permettre de corriger son travail à la marge sans avoir à se soumettre à la procédure usuellement consacrée pour l'établissement des règles nouvelles (réécrire le formulaire). De plus, la règle nouvelle ne se substitue pas à l'ancienne et ne la

¹² « *En réalité, rien n'est plus simple que les fictions. Un exemple emprunté à la vie actuelle, va faire toucher la chose du doigt. Une administration des chemins de fer, un receveur des contributions ont fait imprimer des formules. Celles-ci, soit par oubli, soit parce que tel article n'était pas encore connu, ne mentionnent point un produit quelconque devenu dans l'intervalle un article courant. Pour ne pas devoir faire réimprimer toutes les formules, on décide que ce produit devra être porté dans une des colonnes existantes, que les lignites, par exemples, seront considérés comme houilles* » R. von Jhering, *L'esprit du droit romain op.cit.* IV, p. 294.

¹³ R. von Jhering, *L'esprit du droit romain op.cit.* IV, p. 294.

FICTIONS JURIDIQUES

contredit pas, elle se contente d'en élargir la portée, en étendant son application à une nouvelle classe de faits. Elle ne lui fait par suite pas perdre sa portée pratique, le transport des houilles est toujours taxé de la même manière, quand bien même les lignites ont été soumis au même régime. Le procédé fictionnel n'a donc ici rien d'une ruse politique, c'est un expédient qui répond à la « nécessité technique » de conserver une forme ancienne en l'adaptant à des faits nouveaux, dans le seul but de s'épargner la réécriture et la réimpression d'un formulaire. Jhering parle néanmoins à ce sujet de « fonction historique » de la fiction, terme un peu surprenant qui mérite d'être éclairci.

Fonction historique

Selon lui, cet expédient technique, malgré la modestie de ses apparences et de ses finalités, remplit bien une « fonction historique », et des plus importantes. En effet, le droit est sans cesse soumis à l'exigence contradictoire de garantir sa propre continuité en faisant procéder les règles présentes des règles passées, tout en restant adéquat à des réalités sociales perpétuellement changeantes. Il fut un temps où l'on transportait des houilles, mais pas de lignites, les formulaires fiscaux se contentaient donc de régir le transport des houilles, en parfaite adéquation avec le monde qu'ils prétendaient régir. Et puis ce monde a changé, soit parce qu'on a commencé à transporter des lignites, soit parce qu'on s'est aperçu qu'on avait jamais cessé d'en transporter sans s'en rendre compte, soit encore qu'on en transportait en s'en rendant compte, mais qu'on ne trouvait pas ça assez intéressant pour régler cette activité, et la nécessité s'est faite jour de devoir changer de formulaire, quand bien même le dit formulaire restait parfaitement adapté au transport de tous les autres matériaux. Comme le droit ne procède pas par création continuée, il convient donc de trouver le moyen de ne pas changer l'ensemble du droit à chaque fois qu'il est nécessaire de changer une règle, et en l'espèce de conserver l'ancien formulaire tout en adaptant son contenu pour ce qui concerne le lignite.

Le droit ne peut pas procéder par création continuée parce qu'un monde qui seraient régité par des règles qu'il faudrait intégralement réinventer à chaque fois qu'une situation locale change serait proprement invivable. Dans une société bien ordonnée, les règles qui la régissent dans son ensemble sont, pour la plus grande part, stables et pérennes, elles s'inscrivent dans la longue ou la très longue durée. Mais comme cette même société est soumise à des changements permanents, il faut qu'une partie des règles qui la régisse reste mobiles, en sorte qu'elles puissent s'adapter aux nouvelles réalités sociales (ou aux perceptions nouvelles des mêmes réalités). Les citoyens anglais ont estimé un jour qu'un vol supérieur à quarante schillings valait la mort, mais les citoyens anglais de la fin du XVIIIe siècle ne supportent plus la sévérité de ces dispositions, ils ont cessé d'estimer ces vols assez considérables pour qu'ils coûtent la vie à leurs auteurs. L'industrie allemande transportait des houilles, mais pas des lignites (ou l'administration fiscale ne jugeait pas toujours utile de les taxer), mais il se

trouve que désormais les industriels allemands transportent l'un et l'autre, et que le fisc s'y intéresse également. Selon Jhering, si le droit est le meilleur instrument d'organisation sociale possible, c'est précisément parce qu'il est doté de cette étonnante capacité d'adaptation aux transformations du réel.

Le génie de la fiction juridique serait donc d'être le lieu où s'articulent des temporalités juridiques hétérogènes, reconduisant les formes anciennes, sans renoncer à produire les formes nouvelles qui, nées dans l'ombre des formules conservées, sont seules capables de traiter correctement de rapports sociaux inédits. La stabilité des structures sociales serait à chercher du côté de la continuité symbolique des formes juridiques, tandis que leur efficacité serait du côté de l'adaptation continue aux nouveaux besoins de la société. Et la fiction serait précisément le moyen de tenir ensemble ces deux dimensions¹⁴. On peut en conclure que toutes les mascarades ne sont pas des mensonges, qu'elles ne sont pas toutes élaborées dans le « but politique » rusé d'étendre de manière illégitime le pouvoir des juristes, mais qu'elles correspondent à la vie normale du droit, en assurant la bienfaisante « fonction historique » d'articuler des temporalités distinctes, et de garantir ce faisant la production de continuités temporelles à travers le tumulte des changements sociaux¹⁵.

Fétiche

On pourrait objecter à cette vision, avec quelques raisons pour le faire, que pour n'être pas élaborées dans un but politique, ces fictions n'en sont par pour autant politiquement neutres. Elles le sont certes, si la neutralité politique désigne l'absence de tromperie, opérant la captation illégitime de pouvoirs et compétences. Elles ne le sont peut être pas tout à fait néanmoins, si l'on veut bien considérer que la fonction historique des procédés fictionnels dans le droit ne se contente pas d'articuler des formes symboliques pérennes aux évolutions progressives de leur contenu, dans la mesure où cette articulation même reconduit l'autorité des formes anciennes et confère indûment cette autorité aux règles nouvelles, tout en escamotant l'efficace (et parfois même l'existence) de ces dernières, qui se présentent comme le simple prolongement de dispositifs normatifs qu'elles ont pourtant transformé, parfois de manière très significative. Le formulaire qui régit la taxation des lignites porte désormais la règle implicite qui identifie ces derniers aux houilles, mais c'est toujours du même formulaire qu'est réputée procéder la nouvelle taxe. La fiction ne se contente donc pas d'ajouter discrètement et sereinement des règles nouvelles qui trouveraient leur place dans la continuité

¹⁴ Sur ce point, Louis Assier-Andrieu, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1986, p. 56 sq.

¹⁵ Sur l'autorité du passé en droit, cf. Louis Assier-Andrieu *L'autorité du passé en Common Law*, à paraître. (Je remercie Louis Assier-Andrieu de m'avoir permis de lire ce manuscrit avant publication).

FICTIONS JURIDIQUES

des anciennes, elle occulte la nouveauté de ces règles en les présentant comme de simples émanations des règles anciennes, produisant ainsi la croyance erronée dans l'effectivité inaltérée de ces dernières. Ce qui est occulté ici, c'est la décision du receveur de traiter les lignites comme des houilles, décision qui apparaît comme éminemment politique si l'on veut bien se souvenir qu'il aurait pu assimiler les lignites à l'anhracite plutôt qu'aux houilles, ce qui aurait produit des effets très différents pour les transporteurs, autant que pour l'administration fiscale. La « fiction historique » donne toute son efficace juridique aux formes nouvelles, mais attribut fictivement cette efficace aux formes anciennes, qui ne sont pourtant plus qu'une apparence de droit en vigueur. Elle renverse donc bien le rapport entre la réalité du droit réellement applicable et son apparence formelle, au moment même où elle produit ce droit applicable. On aura reconnu le modèle du renversement des rapports entre essence et phénomène caractéristique de l'idéologie, que décrit la métaphore de la *camera obscura* chez Marx¹⁶.

Généralisons : c'est par le recours à la fiction comprise dans sa « fonction historique » que les « règles dans les livres » se donnent pour les « règles en action »¹⁷ sans leur correspondre pour autant. Et c'est par la grâce de ces fictions qu'on en vient à croire que les secondes procèdent sagement des premières. Il y a donc bien une feintise dans les fictions techniques, non pas au sens d'une mascarade ou d'un mensonge, mais au sens d'un *simulacre*. En feignant que les lignites sont des houilles, on simule la continuité historique du droit, alors qu'on est précisément en train d'y attenter. L'essentiel ici est que la croyance idéologique dans la pérennité des formes anciennes ne procède pas d'une erreur ou d'un mensonge du receveur, mais des effets propres de la technique juridique, en l'espèce de la très réelle capacité des formes anciennes à subsumer des contenus nouveaux, par la grâce du procédé fictionnel. En ce sens, les fictions historiques ne désignent pas une contradiction entre la réalité et les mots qui la disent, mais plutôt une contradiction entre deux ordres de réalité, ou deux manières de faire du droit, en quoi ce sont moins des *fallaces* (Bentham) que des *fétiches* (Marx), et leur critique devrait moins porter sur l'usage trompeur des mots que sur la force aliénante des habitudes¹⁸.

¹⁶ « La conscience ne peut jamais être autre chose que l'Etre conscient et l'Etre des hommes est leur processus de vie réel. Et, si, dans toute l'idéologie, les hommes et leurs rapports nous apparaissent placés la tête en bas comme dans une camera obscura, ce phénomène découle de leur processus de vie historique, absolument comme le renversement des objets sur la rétine découle de son processus de vie directement physique » Karl Marx, « Feuerbach » in *L'idéologie allemande*, trad. Française Gilbert Badia et alii, Editions Sociales, Paris, 1968, p. 50 et 51.

¹⁷ La formule est de Roscoe Pound.

¹⁸ Cf. Etienne Balibar, *La philosophie de Marx*, La découverte, Paris, 1993, p. 74.

Intermède. Une définition provisoire de la fiction juridique comme « feintise sérieuse »

Au vu de ce qui précède, on peut vouloir tenter une définition de la fiction juridique. Selon J.-M. Schaeffer, le mensonge comme la « feintise sérieuse » tiennent pour vrai ce qui est cru faux, mais alors que le mensonge repose sur l'intention de tromper, la feintise sérieuse opère « *dans le cadre de processus représentationnels qui, eux, ne sont nullement fictionnels, ni ne sont fictionnalisés par l'intervention de ces éléments irréels* »¹⁹. C'est très précisément ce qui semble se passer dans les deux exemples précédents : il y a bien un cadre qui n'est ni fictionnel, ni fictionnalisé par le recours aux procédés fictionnels, et c'est ce cadre bien réel qui donne son sens ultime à la fiction juridique : sauver la vie d'un homme au cours d'un procès, financer les dépenses de l'Etat en taxant les matériaux transportés *etc.* Ces processus appartiennent au monde de la vraie vie, ils sont réels et ne perdent pas leur statut réel par le recours local et ponctuel à la fiction juridique, dont le but reste instrumental, pratique, et référé aux effets réels qu'ils produisent dans la vraie vie. Dans ce sens, les fictions juridiques sont très certainement des feintises sérieuses, « sérieux » voulant dire ici « réel », au sens d'avoir sa raison suffisante dans cette vraie vie. C'est pourquoi J.-M. Schaeffer peut opposer les fictions juridiques qui sont sérieuses parce que locales et instrumentales, aux fictions littéraires qui seraient pour leur part ludiques, parce que globales et endotéliques²⁰.

La distinction proposée par Schaeffer paraît convaincante : les fictions juridiques sont effectivement instrumentales, au sens où elles poursuivent toujours un but pratique qui n'a de sens qu'à l'extérieur du dispositif fictionnel, à savoir dans le monde réel la vraie vie (sauver la vie du voleur, taxer les lignites *etc.*). Elles sont ainsi locales, au sens où elles portent sur des objets déterminés, et non pas sur l'ensemble de l'univers dans lequel ces objets reçoivent leur signification. Ainsi, seule la parité guinée/schilling, seule la définition physique respective des lignites et des houilles sont fictionnalisés, ni le droit pénal anglais, ni le droit fiscal allemand (ou *a fortiori* la vie des criminels anglais et l'industrie allemande) ne le sont. Tout au contraire, leur réalité se trouve confirmée par le recours à ces fictions locales et instrumentales : truquer la parité schilling/guinée ou identifier les lignites et les houilles n'a de sens que dans un monde où les voleurs risquent *vraiment* la peine de mort, où le fisc tient *vraiment* à taxer le transport des matériaux. A l'inverse, selon Schaeffer, dans la littérature, la fiction ne concerne pas les êtres et les objets considérés localement, mais l'univers même dans lequel ces êtres évoluent. Dans le premier chapitre des *Misérables*, Monseigneur Bienvenu rencontre Napoléon. Il se trouve que Napoléon est un être réel et que Monseigneur Bienvenu est un être fictionnel, mais tout ceci est sans lien avec le fait que l'univers du roman pris dans son

¹⁹ J.-M. Schaeffer, *De l'imagination à la fiction*, Vox Poetica, 2002. Cf. <http://www.vox-poetica.org/fiction.htm>

²⁰ J.-M. Schaeffer, « Quelles vérités pour quelles fictions » in *L'Homme* 175 2005 p. 35.

FICTIONS JURIDIQUES

ensemble est fictionnel, et c'est pourquoi le Napoléon du premier chapitre est un personnage fictionnel.

Pour le dire autrement, il n'est pas possible selon J.-M. Schaeffer de distinguer un être fictif d'un être réel en considérant ses propriétés sémantiques propres : il est parfaitement possible que le Napoléon des *Misérables* ait exactement les mêmes propriétés que le Napoléon d'un ouvrage scientifique et que ces propriétés soient exactement celles du référent réel de ces deux descriptions, le vrai Napoléon historique. Il n'en reste pas moins que le Napoléon des *Misérables* est un être de fiction, personnage secondaire du roman *Les Misérables*. En empruntant à Thomas Pavel, Schaeffer affirme que la fiction littéraire produit, dans le monde réel qui est le nôtre, des univers saillants²¹, ou encore des univers secondaires qui sont imaginaires et dans la mesure où ils opèrent un « débrayage » par rapport au monde réel « primaire » de la vraie vie. Il ajoute que ce débrayage consiste dans le fait que cet univers « s'annonce » comme fictionnel ce qui lui permet d'affirmer que la littérature repose sur un « contrat de feintise ludique » qui inaugure la production d'un véritable « univers fictionnel »²² dans lequel les représentations sont « au delà du vrai et du faux »²³.

Dans une telle perspective, on voit tout ce qui sépare la fiction littéraire de la fiction juridique : « alors qu'une « fiction » juridique par exemple intervient en un lieu strictement délimité à l'intérieur d'un argumentaire qui traite de cas réels, une pièce de théâtre ou un roman sont fictionnels au niveau de leur statut pragmatique global »²⁴. C'est en outre la raison pour laquelle, toujours selon J.-M. Schaeffer, les fictions ludiques sont « endotéliques » au sens où elles ont leurs fins en elles-mêmes : Victor Hugo invente Monseigneur Bienvenu parce qu'il souhaite nous raconter la vie d'un évêque imaginaire (qui aurait croisé un jour Napoléon) et ce récit lui permet de décrire un univers fictionnel qui est le monde de son roman. C'est pourquoi écrire *les Misérables*, inventer l'univers fictif qui porte ce nom et raconter la vie des personnages imaginaires qui le peuplent sont une seule et même activité, en sorte que, dans la littérature, « la question même de la vérité ou de la fausseté des représentations ne semble plus [...] être pertinente »²⁵. Mais à la différence des fictions ludiques, qui sont des entreprises

²¹ Thomas Pavel, *Univers de la fiction*, Paris, Seuil, 1988, p. 73.

²² Ce contrat « nous invite à isoler les représentations qu'il encadre du réseau de croyances d'arrière-plan qui délimitent notre vision du réel et de construire l'univers fictionnel comme un monde clos sur lui-même. En somme ce que nous demande le contrat de feintise ludique, c'est de traiter les représentations fictionnels comme des représentations endogènes et endotéliques » J.-M. Schaeffer, *Quelles vérités pour quelles fictions*, *L'Homme* 175 2005 p. 35.

²³ « La fiction artistique ne s'oppose pas au vrai mais au vrai et au faux, c'est-à-dire qu'elle échappe à la pertinence de la vérification comme telle » Quelles vérités pour quelles fictions, *op. cit.* p. 31. L'expression « au delà du vrai et du faux » est de Gérard Genette dans « Les actes de fiction » in *Fiction et Diction*, p. 20, cité par J.-M. Schaeffer dans *Pourquoi la fiction*, Paris, Seuil, 1999, p. 210.

²⁴ J.-M. Schaeffer, *De l'imagination à la fiction*, *op. cit.*

²⁵ J.-M. Schaeffer, *Pourquoi la fiction ?* *op. cit.*, p. 148 et 149.

de débrayage global, les feintises sérieuses, au premier rang desquelles on trouve les fictions juridiques, finissent toujours par ré-embrayer sur le monde réel, ce qui leur confère leur portée instrumentale et locale.

On pourrait se satisfaire de cette première conclusion, qui confère à la notion de fiction juridique une définition claire et une théorie satisfaisante. Malheureusement pour la tranquillité de notre esprit, celle-ci se trouve perturbée par d'autres exemples de fictions juridiques. Ainsi, celle du Garou.

III. La fiction juridique comme feintise roublarde

Cas 3. Le Garou de la Cour de Dôle comme renseignement mythique.

Dans une chronique publiée en 1821 à *La Thémis*, on trouve le récit du cas suivant :

Un Sieur Gilles Garnier, marginal qui vit dans la forêt, enlève des enfants, les tue et les mange. Il est arrêté un soir de la Saint Barthélémy, alors qu'il avait enlevé et tué un enfant mais qu'il ne l'avait pas encore mangé, et condamné par la Cour qui estime qu'il « *tua et occis* » les enfants « *étant en forme de Loup Garou* » tant « *avec ses mains semblant pattes qu'avec ses dents* ». La Cour constate cependant que, au moment où on l'arrête « *il a forme d'homme et non de loup* ». Comme le souligne Louis Assier-Andrieu qui a consacré une analyse approfondie à ce cas²⁶, Garnier est condamné *en tant qu'homme* pour avoir mangé des enfants *en tant que loup*.

Illusion

Que s'est-il passé ? L'homme Garnier a donné son âme au Diable, il est possédé, il a en lui un élément diabolique qui se manifeste par sa transformation en loup. Cette anecdote judiciaire est rapportée dans le volume de la *Themis* à la rubrique des curiosités historiques, il doit à son caractère à la fois fictionnel et spectaculaire d'être passé à la postérité. Mais s'il s'agit d'une fiction, dans quel sens doit-on entendre ce mot ? Accordons qu'on peine à reconnaître ici un dispositif reposant sur la « certitude du faux tenu pour vrai dans un but pratique », il semble plutôt que le mot fiction vient à l'esprit parce que la Cour de Dôle affirme l'existence d'un être imaginaire (qui n'a pas de référent dans le monde réel de la vraie vie), en l'occurrence le Diable, dont chacun sait bien qu'il n'existe pas. On peut donc commencer par se dire que la Cour a commis quelque chose comme une erreur manifeste d'appréciation en attribuant l'existence à un être qui en est dépourvu. Nous serions alors dans le registre de l'*erreur* ou encore de l'*illusion*. Une telle interprétation du jugement de la Cour de Dôle repose sur un postulat « ségrégationniste » au sens que Thomas Pavel donne à ce terme, pour désigner la

²⁶ Louis Assier-Andrieu *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996, p. 57-58. Le cas se trouve dans la livraison de 1821 (vol. II) de *La Thémis*, pp. 18 sq.

FICTIONS JURIDIQUES

position théorique qui cherche à opérer une séparation stricte entre entités réelles et fictions, selon leurs propriétés sémantiques respectives²⁷.

Dans une ontologie ségrégationniste, il est possible de distinguer un être réel et un être fictif en considérant leurs propriétés sémantiques. On peut donc se demander si le Garou de la Cour de Dôle désigne un « vrai loup ». A cette fin, on vérifiera si l'univers dont il est censé procéder a les propriétés d'un monde réel, qui sont la complétude, la consistance et la réalité²⁸. Opérant une sorte de test, on pourra alors constater que le monde désigné par la Cour de Dôle est incomplet, au sens où, par exemple, il n'est pas possible de vérifier expérimentalement si ce Garou est, en tant que loup, de l'espèce *canis lupus albus* ou *canis lupus italicus*. L'on constatera encore que ce monde est inconsistant, puisqu'on peut dire à la fois que Diable avait des pattes, en tant que Garou, et qu'il n'avait pas de pattes, en tant que Garnier. On pointera enfin et surtout que ce monde n'est pas réel, au sens où la possession diabolique ne fournit pas une explication causale satisfaisante des viols d'enfants. Et l'on conclura de cette série de test que le monde qui contient le Garou de l'arrêt de la Cour de Dôle est une fiction, que par suite ce Garou est un être imaginaire, ou encore une *chimère* qui n'existe pas dans la vraie vie, et que la croyance dans l'existence réelle de tels êtres relève de l'erreur ou de l'illusion.

La démonstration ségrégationniste est impressionnante, elle offre un excellent compte de l'intuition selon laquelle le recours au Garou est une fiction, au sens où Garou est un être imaginaire dans la réalité duquel on ne saurait croire sérieusement sans se tromper. Peut-être est-elle d'ailleurs un peu trop impressionnante, peut-être prouve-t-elle un peu trop. Dans une ontologie ségrégationniste en effet, on ne saurait distinguer le Garou en tant que personnage chimérique d'un arrêt de la Cour de Dôle rendu dans la vraie vie du droit et le Garou comme personnage fictif de roman. Or, de toute évidence, l'arrêt de la Cour de Dôle n'est pas un roman. Et comme on l'a vu, les propriétés sémantiques des êtres qui les peuplent ne permettent pas de distinguer le caractère fictionnel ou réel des univers saillants. Le Garou peut donc bien être un être imaginaire en considération de ses propriétés sémantiques, cela ne nous apprend rien sur l'intérêt de sa présence dans l'univers saillant d'où il est tiré, en l'occurrence le monde que raconte la jurisprudence de la Cour de Dôle. Il est vrai que grâce à l'analyse précédente, on peut affirmer avec le plus haut degré de certitude possible que le Diable et les Garous n'existent pas et partant que la référence au Garou dans cet arrêt est une erreur ou une illusion. Mais quelle leçon tirer de cette conclusion ? Que les acteurs concernés (les juges et leur public) se trompent, qu'ils sont les naïves victimes de croyances erronées ? On peut imaginer que pour les habitants de Dôle (ou au moins pour certains d'entre eux), que pour les juges de la Cour (à des degrés divers sans doute), et que pour Garnier lui-même (peut-être), il n'était pas tout à fait impossible de se laisser aller à penser que le Garou existait *vraiment*. On

²⁷ Thomas Pavel, *Univers de la fiction*, *op. cit.*

²⁸ Cf. Thomas Pavel, *Univers de la fiction*, *op. cit.*, p. 98.

peut donc imaginer que les acteurs concernés proposeraient des réponses très différentes au test ségrégationniste, qu'ils pourraient se hasarder à considérer que le Garou est une espèce relativement bien déterminée de loup (l'espèce de ceux qui ont parfois des pattes et qui parfois n'en ont pas, selon qu'ils sont possédés ou pas par le Démon), que ce polymorphisme était assez consistant (puisqu'il est bien établi que le Diable est par nature polymorphe), et que la possession du Sieur Garnier par le Diable offrait une explication causale satisfaisante des viols et festins d'enfants (pourquoi voudriez vous que ce brave Garnier viole et mange des enfants s'il n'était pas possédé par le Diable ?). Si l'on adopte ce point de vue, dont on ne peut tout à fait exclure que ce soit celui des acteurs, il se pourrait fort bien que l'affirmation de l'existence du Garou soit moins une erreur ou illusion qu'une *croissance sérieuse et partagée* par toute une communauté humaine. Il n'y aurait alors erreur, illusion ou fable que *pour nous*, communauté de gens qui ne partageons pas la croissance sérieuse dans l'existence du Diable et qui examinons avec intérêt et attention (où se mêle aussi parfois de la condescendance) les opérations juridiques d'une communauté unie dans sa (plus ou moins) naïve crédulité. Ce qui saute aux yeux ici, c'est que la perspective ségrégationniste est incapable non seulement de comprendre, mais même d'expliquer le jugement de la Cour de Dôle, parce qu'elle ne peut pas reconstituer la signification que revêt l'arrêt pour les juges, les habitants et Garnier lui-même, ni les raisons qui les ont (peut être) conduit à l'accepter ou à l'approuver.

Croissance sérieuse ?

On objectera peut être que de telles remarques conduisent à des pentes dangereuses, qu'en abandonnant le point de vue « sérieux » du ségrégationnisme, on risque de verser dans le jeu stérile qui consiste à faire comme s'il n'était pas possible de distinguer le réel et la fiction, et à sombrer ainsi dans des formes assez plates de relativisme ou d'irrationalisme. Mais est-il tellement plus sérieux et satisfaisant pour la raison de considérer les croyances (plus ou moins) sérieuses et partagées d'une communauté comme des erreurs ou des illusions ? Et de quel critère la raison dispose-t-elle pour distinguer le sérieux des croyances ségrégationnistes contemporaines et le (possible) sérieux des croyances de ceux qui croient dans ce que les ségrégationnistes appellent des fictions ? Tous les lecteurs des célèbres *Remarques sur le rameau d'Or de Frazer* de Ludwig Wittgenstein se souviennent des mises en garde du philosophe anglais vitupérant contre l'anthropologue qui, décrivant « *les conceptions magiques et religieuses des hommes (...) comme des erreurs* », nous révèle toute « *l'étroitesse de [sa] vie spirituelle...* », l'étendue de son incapacité à comprendre que les croyances sérieuses et partagées ne sont pas des « *opinions* », alors que « *c'est seulement à l'opinion que l'erreur correspond* »²⁹.

²⁹ L. Wittgenstein, *Remarques sur le rameau d'Or de Frazer*, L'Âge d'Homme, 1982 (1930), pp. 13, 15, 17.

FICTIONS JURIDIQUES

On préférera donc commencer par admettre que la question de l'existence réelle du Garou n'est peut être pas susceptible d'erreur ou d'illusion, dans la mesure où elle est objet de croyance plutôt que d'opinion. On admettra encore qu'il n'est pas possible de conclure que le Garou est une fiction au seul motif que nous n'y croyons plus, sauf à donner sans justification à nos croyances un statut supérieur aux autres croyances. Enfin on estimera qu'eu égard à la complexité des opérations qu'il réalise, l'arrêt de la Cour de Dôle mérite un peu mieux que d'être versé au magasin des erreurs et des illusions

Revenons au cas : voici un homme, le Sieur Garnier, qui commet des actes de viol et de cannibalisme qu'on peut fort bien qualifier d'inhumains, au regard de la portée normative de la notion d'humanité. Pour réussir à rendre compte de cette contradiction (c'est un homme qui commet des actes inhumains) tout en conservant à la notion d'humanité sa portée normative (il n'est pas humain de violer et manger les enfants), les juges doivent à la fois punir le coupable (en tant qu'homme), et affirmer que l'auteur des actes n'est pas humain. A la suite de Louis Assier-Andrieu, on trouvera alors remarquable de subtilité un montage qui permet de restaurer un ordre symbolique mis à mal par la réalité du crime: en affirmant que ce n'est pas *en tant qu'humain* que Garnier a mangé des enfants, mais bien *en tant que Garou*, et que c'est néanmoins *en tant qu'humain* qu'il sera condamné, les juges posent d'un même mouvement que l'humanité doit être incapable d'inhumanité et la restaurent quand elle est effondrée, en punissant l'homme qui s'en est montré indigne. On n'a pas dit grand-chose de la sophistication et de l'intérêt de tels dispositifs quand on les a qualifiés d'erreur.

Renseignement mythique

Ajoutons encore que l'interprétation de cet arrêt n'exige pour autant pas de son commentateur qu'il abdique sa croyance dans l'inexistence du Diable, si l'on veut bien se laisser guider par le grand petit livre de Paul Veyne, *Les grecs ont-ils cru à leurs mythes*³⁰. Dans cet ouvrage, Paul Veyne suggère que le « mythe » n'est ni vrai, ni faux, parce qu'il est à la fois « *extérieur au monde empirique* » et « *plus noble que lui* »³¹. C'est pourquoi les grecs l'interprètent comme un *renseignement* : « *le mythe est un renseignement ; il existe des gens renseignés, qui sont branchés non sur une révélation, mais tout simplement sur une connaissance diffuse qu'ils ont eu la chance de capter* »³².

Ces remarques pourraient bien éclairer le cas du Garou³³. A Dôle au XVIe siècle, on peut penser que depuis déjà quelques siècles le Diable ne fait plus vraiment partie du monde réel de la vraie vie, qu'on ne l'aperçoit fort heureusement pas tous les jours, mais qu'on a pas pour autant tout à fait cessé de le craindre, et qu'on ne saurait le considérer comme une simple une

³⁰ Paul Veyne, *Les grecs ont-ils crus à leurs mythes ?*, Paris, Seuil, 1983.

³¹ Paul Veyne, *Les grecs ont-ils crus à leurs mythes ?*, *op. cit.*, p. 34.

³² *Ibidem*.

fiction littéraire, quelque chose comme une invention tirée d'un univers saillant imaginaire et plus ou moins ludique qui s'annoncerait comme tel. On peut ainsi considérer que le Diable appartient à un univers qui n'est ni « réel », ni « imaginaire », un univers saillant distinct de la vraie vie mais qui interfère parfois avec elle, l'univers du « surnaturel » dans lequel se produisent des affaires qui sont à la fois extérieures et plus nobles que les nôtres. Dans ce sens, la référence au Diable dans un arrêt de la Cour peut être interprétée comme un « renseignement mythique » au sens que Paul Veyne donne à ce terme.

Sommes-nous encore dans le cadre de ce qu'on appelle « fiction juridique » ? Sans doute pas, si par fiction juridique on désigne le procédé qui repose sur « *la certitude du faux tenu pour vrai* », puisque le faux n'est pas ici tenu pour faux, mais pour « *assez vrai pour être considéré avec respect* »³⁴. Il reste que le dispositif qui consiste à mobiliser un « renseignement mythique » peut être rangé sans trop d'effort dans la catégorie des dispositifs fictionnels dans la mesure où ils font appel à des êtres dont l'existence réelle n'est pas tout à fait certaine, même aux yeux de ceux qui les invoquent, et que ce dispositif appartient à la panoplie des procédés dont les juristes disposent pour faire du droit. L'essentiel ici est de souligner que si les juges de la Cour de Dôle affirment que le vrai est assez vrai pour être considéré avec respect, il ne faut pas en déduire pour autant qu'ils considèrent tenir « *le vrai pour vrai* ». Comme le montre Veyne à propos des grecs, il se pourrait bien que le registre de croyance dans lequel se situent ces juges ne soit pas tant celui de la croyance sérieuse et partagée, mais qu'il relève bien plutôt d'une forme élaborée de feintise, du type que convoque le célèbre adage italien : *se non e vero, e bene trovato*³⁵.

Dans le registre du « bien trouvé », il ne s'agit pas d'y croire vraiment, mais de faire un peu comme si on y croyait, sans trop se forcer, parce que ça a toutes les apparences de la vérité et que c'est assez bien trouvé pour être respecté comme si c'était vrai. Il s'agit certes d'une feintise (« *ne sachant pas vraiment si c'est vrai, je vais faire comme si ça l'était* »), mais de type *roublarde* plutôt que *mensongère*, une forme de *ruse* donc, mais de celles — dont la *mêtis* (qualité grecque s'il en est) est familière³⁶ — qui sont plus astucieuses que trompeuses, qui combinent plus qu'elles ne trahissent.

³³ On aura compris qu'il n'est question dans cet article que d'interpréter les rapports entre droit et mythe du point de vue de l'efficace juridique, sans préjudice de la possibilité de prendre les choses dans l'autre sens. Pour une étude des phénomènes juridiques considérés du point de vue de leur efficace symbolique, cf. Louis Assier-Andrieu, « Le territoire de la conscience : culture et pensée normative », *Droit et Cultures*, vol. 35, 1998/1, pp. 13–22.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Paul Veyne, *Les grecs ont-ils crus à leurs mythes ?*, *op. cit.*, p. 89.

³⁶ Marcel Detienne et Jean-Pierre Vernant, *Les ruses de l'intelligence, la mêtis des grecs*, Paris, Flammarion, 1974. « Sur le plan du vocabulaire, *mêtis* désigne, comme nom commun, une forme particulière d'intelligence, une prudence avisée ; comme nom propre, une divinité féminine, fille d'Océan. » p. 17.

Feintise roublarde

Considérons donc le Garou comme un dispositif fictionnel mobilisé par le droit, qui s'apparente aux « *renseignements mythiques* » dont nous parle Paul Veyne et relève d'un genre de feintises dont on peut dire qu'elles ne sont ni ludiques (comme les romans), ni sérieuses (comme les fictions juridiques entendues au sens strict de procédé technique), mais d'un genre ambigu, souple et ondoyant, le genre des *feintises roublardes*. La feintise roublarde n'a pas la certitude du vrai, elle se fie aux apparences et n'ignore pas qu'elle tient pour vrai ce qui pourrait n'être que respectable. Dans ce sens, elle repose sur un mécanisme de suspension de la croyance, dont on pourrait montrer qu'elle caractérise les périodes historiques de transition entre le règne déclinant d'un dogme et le triomphe éventuel d'un nouveau³⁷.

Le caractère respectable des renseignements mythiques repose sur leur apparence de vérité, qui procède elle-même de la spécificité des univers saillants dont ils sont issus. Ces univers ne sont ni des univers réels (comme les renseignements mis en jeu dans les feintises sérieuses), ni des univers imaginaires (comme les renseignements mis en jeu dans les feintises ludiques), mais des univers surnaturels qui se présentent apparemment comme *plus réels* que le monde réel de la vraie vie, mais dans la réalité desquels on ne croit pas vraiment. Ainsi, les renseignements qui procèdent de ces univers se donne comme ontologiquement supérieurs aux objets de notre monde, bien que leur réalité soit douteuse, ce qui leur est facilement pardonné lorsqu'ils sont *bien trouvés*, en considération de la haute crédibilité de leur apparat et des grands services qu'ils sont susceptibles d'offrir dans le monde réel. Et c'est bien pourquoi il n'y a aucune raison pragmatique sérieuse de se poser sérieusement la question de

³⁷ Ces périodes de transition n'ont peut être jamais été aussi bien décrites que dans un essai, qu'il faudrait citer dans son intégralité, qui présente les diverses phases qui mènent de la perte de la foi dans le dogme ancien au rétablissement de « l'empire légitime de la vérité » du dogme nouveau. On se contentera ici de reproduire les premières lignes :

« *Quand un dogme touche à la fin de son règne, on voit naître d'abord une indifférence profonde pour la foi reçue. Cette indifférence n'est point le doute, on continue de croire ; pas même une disposition à douter, on ne s'est point encore avisé que le doute fût possible ; mais c'est le propre d'une croyance qui n'a plus de vie et qui ne subsiste que par la coutume. Dans les temps éloignés où le dogme pris naissance, on l'adopta parce qu'il parut vrai ; on croyait alors, et on savait pourquoi : la foi était vivante. Mais les enfans des premiers convertis commencèrent à admettre le dogme sans vérifier ses titres, c'est-à-dire à croire sans comprendre ; dès lors la foi changea de base, et au lieu de reposer sur la conviction, s'assit sur l'autorité et tourna en habitude. Transmis ainsi de génération en génération sous des mots consacrés, et toujours moins compris à mesure qu'il s'éloigne davantage de sa source, le moment vient où le dogme ne gouverne plus qu'en apparence, parce que tout sentiment de sa vérité est éteint dans les esprits. La foi n'est plus qu'une routine indifférente qu'on observe sans savoir pourquoi, et qui ne subsiste que parce qu'on n'y fait pas attention.* » Théodore Jouffroy, Comment les dogmes finissent, in *Mélanges philosophiques*, Paris, Fayard, 1997 (1823), p. 13.

savoir si ces renseignements sont vrais ou pas.

Où l'on voit que le recours à la *feintise roublarde*, qui consiste à « *attribuer les effets du vrai au respectable mais douteux qui présente néanmoins les apparences du vrai* », exige de la part des acteurs qu'ils n'aient pas d'engagements ontologiques trop forts à propos de la vérité ou de la fausseté de l'univers saillant d'où procèdent ces êtres fictionnels. A l'instar des juges de la Cour de Dôle, il convient de ne pas trop y croire, sans aller toutefois jusqu'à ne pas y croire du tout. Le statut ontologique de l'univers surnaturel d'où procèdent ces renseignements doit être « indécis », et la croyance floue, voire suspendue. La feintise roublarde est pyrrhonienne³⁸.

Sur le plan de la théorie juridique, la leçon que nous administrent les juges de Dôle est donc triple : nous découvrons en premier lieu qu'on peut faire excellent usage des renseignements mythiques dans le droit, en outre que les engagements ontologiques trop forts, les certitudes et les croyances sérieuses dans la vérité des êtres juridiques et de l'univers d'où ils procèdent (le monde réel du droit) pourrait nuire à la résolution satisfaisante des délicats problèmes d'infanticide et de cannibalisme qui surviennent de temps en temps dans les communautés humaines et enfin qu'un attachement trop exclusif à la question de la vérité ou un usage trop systématique de protocoles vérificationnels peuvent constituer de sérieux obstacles techniques et conceptuels à l'intelligence de ces problèmes et de la manière dont ils sont traités par le droit.

On rétorquera que le recours au renseignement mythique fonctionne chez les grecs anciens et les juges du moyen âge tardif et ténébreux, mais que nous autres modernes sommes assez éclairés pour être désormais incapables de telles indéisions ontologiques. On ajoutera que ces indéisions sont indignes de gens sérieux qui ont la chance de vivre dans un monde positif et désenchanté qui a depuis longtemps établi l'inexistence des univers surnaturels, qui n'ont au demeurant rien de respectable. Cette objection se prévaudra sans doute de faire honneur aux prétentions de la raison humaine, il semble toutefois qu'elle soit très au-delà des exigences de la raison juridique, ou en tout cas de celles que les juges contemporains s'assignent à eux-mêmes, l'expérience prouvant que ces derniers ne répugnent pas à faire usage de renseignements mythiques dans leurs décisions, comme le montre la jurisprudence récente de la Cour de Cassation française en matière de transsexualisme.

Cas n° 4 : Le « sexe vrai » des transsexuels de la Cour de Cassation comme renseignement mythique.

L'affaire en question est le cas Dominique X, transsexuel ayant demandé à changer d'état civil après avoir changé de sexe. La Cour d'appel de Bordeaux a constaté que Dominique X

³⁸ Sextus Empiricus, *Esquisses pyrrhoniennes*, traduction française Pierre Pellegrin, Paris, Seuil, 1997.

FICTIONS JURIDIQUES

est inscrite à l'état civil comme de sexe féminin, qu'après s'être soumise à divers traitements médicaux, et plusieurs opérations chirurgicales, elle a demandé à changer la mention de son sexe à l'état civil. La Cour admet en outre « avec les experts » que Dominique X est un « transsexuel vrai », mais l'a déboute de sa demande au motif que « *le sexe est un élément objectivement déterminé et intangible dont le meilleur critère est tiré de la formule chromosomique* »³⁹. Dans un arrêt du 21 mai 1990, la Chambre civile de la Cour de Cassation donne raison à la Cour d'appel de Bordeaux au motif que « *le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu ne peut s'analyser comme un véritable changement de sexe* » et que par conséquent le respect du droit à la vie privée n'impose pas « *d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas en réalité le sien* »⁴⁰.

Que fait la Cour de Cassation ? Elle suppose d'abord l'existence d'un monde réel, le nôtre, celui de la vraie vie, dans lequel Dominique X a réellement un sexe. Elle enregistre encore, par la voix « d'expert », l'existence de « renseignements » qui procèdent de deux univers saillants distincts du monde réel de la vraie vie, celui de l'anatomie et celui de la génétique et considère ces « renseignements » comme assez respectables pour figurer au rang des raisons qui justifient sa décision. Les renseignements en question sont du type : « *Dominique X est un vrai transsexuel au sens où il est anatomiquement devenu un homme* ». Ou encore : « *la formule chromosomique de Dominique X est toujours celle d'une femme* ». Les univers d'où procèdent ces renseignements sont des univers « scientifiques » qui saillent du monde réel de la vraie vie (la science est une activité réelle dans la vraie vie) mais s'en distinguent en ce qu'ils contiennent des êtres et des relations qui leurs sont propres (théories, modèles, artefacts, objets, expérimentations *etc.*). Ces univers se voient en outre dotés (avec de bonnes raisons pour le faire) la qualité de décrire ou d'expliquer avec un degré élevé de certitude certains phénomènes observables dans le monde réel de la vraie vie. C'est ce qui leur confère un haut degré de respectabilité.

Il se trouve que dans le cas d'espèce, les renseignements qui émanent des mondes « anatomie » et « génétique » se contredisent : dans l'univers de la science anatomique, le sexe réel de Dominique X est masculin, mais dans l'univers de la génétique, il est féminin. Cette contradiction est embarrassante, dès lors que la crédibilité des renseignements émanant des univers « anatomie » et « génétique » est réputée équivalente. La Cour de Cassation doit cependant arbitrer entre ces deux représentations concurrentes de la vérité du sexe de Dominique X, et hiérarchiser la respectabilité des renseignements respectivement émanés de l'anatomie et de la génétique. Elle le fait en se ralliant à la Cour d'Appel de Bordeaux pour qui « *le sexe est un élément objectivement déterminé et intangible dont le meilleur critère est celui tiré de la formule chromosomique* ». Ainsi, le 21 mai 1990, il est juridiquement établi que dans

³⁹ Cass. Civ. 1ère, Dominique X, 21 mai 1990.

⁴⁰ Cour d'appel de Bordeaux, Dominique X, 5 mars 1987.

le monde réel de la vraie vie, le vrai sexe de Dominique X est son sexe génétique, que par suite Dominique est une femme, quand bien même l'anatomie (et l'intéressé) affirmeraient le contraire.

De ce que la Cour de Cassation a jugé que les renseignements qui procèdent de l'univers de la génétique sont plus respectables que ceux qui procèdent de l'univers de l'anatomie, faut-il en conclure que les juges accordent une supériorité ontologique à l'univers génétique sur l'univers anatomique, qu'ils *croient* dans la vérité de la génétique plutôt que dans celle de l'anatomie ? On peut fermement en douter à la lecture d'un autre arrêt, rendu le 11 décembre 1992 par l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation, soit peu de temps après que la France ait été condamnée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme pour n'avoir pas reconnu le droit des transsexuels à changer la mention du sexe dans leur état civil⁴¹.

Ce cas ressemble au précédent : René X est inscrit à l'état civil comme étant de sexe masculin, et la question posée à la Cour est celle de savoir si ce sexe est « *faux ou devenu faux* ». Outre que René X s'est toujours senti plutôt fille que garçon, la Cour relève que les experts le considèrent comme « transsexuel vrai » au sens anatomique, bien que son caryotype soit masculin. Une nouvelle fois, les renseignements qui procèdent des univers « anatomie » et « génétique » se contredisent. Mais prenant le contre-pieds de la décision rendu deux ans auparavant, la Cour de Cassation va considérer cette fois-ci que les renseignements anatomiques sont « plus vrais » que les renseignements offerts par la génétique, en conclure que la transformation anatomique qu'a connu René X est constitutive d'un « changement vrai d'identité sexuelle » et autoriser Renée X — avec un « e » cette fois — à être inscrite à l'état civil comme étant de sexe féminin. Il n'est peut être pas inutile de préciser que ce triomphe inattendu de l'anatomie sur la génétique permet d'éviter à la France d'avoir à payer des amendes suite à sa condamnation pour avoir failli à reconnaître et protéger les droits des transsexuels.

Le rapprochement des raisonnements de la Cour de Dôle et de la Cour de Cassation laisse apercevoir une assez stricte analogie de structure : le juge établit une vérité juridique (la culpabilité de Garnier, la vérité du sexe de Dominique X et de Renée X) en donnant force probante à un « renseignement » emprunté à un univers saillant distinct (celui de la démonologie au XVI^e siècle, ceux de la science anatomique ou génétique au XX^e siècle) assez respectable pour que les signes qui en procèdent revêtent les apparences de la vérité et assez bienvenus pour offrir une solution acceptable à des cas difficiles. Et dans un cas comme dans l'autre, à l'instar des Grecs de Paul Veyne, rien ne donne à penser que les juges y « croient » particulièrement. D'ailleurs, la Cour de Cassation y croit tellement peu, qu'elle s'offre le luxe de changer de croyance à deux ans d'intervalle, évitant ainsi opportunément à la France de payer une amende. Autrement dit, un engagement ontologique faible et indécis est tout à fait

⁴¹ Cass. Assemblée, Renée X, 11 décembre 1992.

FICTIONS JURIDIQUES

suffisant pour asseoir les vérités juridiques sur des vérités allogènes, il suffit de faire montre d'assez de respect pour l'autorité de certains arrière-mondes ainsi placés en position d'univers référentiels et d'estimer que les renseignements qui en émanent sont assez bien trouvés pour conduire à la résolution du cas. Que nous considérions aujourd'hui l'arrière-monde des juges de la Cour de Dôle comme mythique et ceux de la Cour de Cassation comme scientifiques ne change rien à la structure du dispositif, qui peut être analysé comme fictionnel et rangé dans la catégorie des *feintises roublardes* dans la mesure où il consiste à établir des vérités juridiques en les indexant à des « renseignements mythiques » émanés d'univers saillants élevés au rang d'univers référentiels sans que cette élévation repose sur une véritable croyance sérieuse dans leur vérité ontologique.

Mais il faut alors remarquer que les feintises roublardes partagent avec les feintises ludiques le caractère de n'être ni locales, ni instrumentales, puisqu'elles reposent sur l'indexation de l'univers réel de la vraie vie dans lequel se font les opérations juridiques à un univers saillant placé en position référentielle, un arrière-monde affecté sans croyance forte d'une supériorité ontologique *globale*, raison pour laquelle les renseignements qui en procèdent sont revêtus de l'autorité requise pour établir les vérités juridiques de ce monde-ci. Elles partagent en outre avec les feintises ludiques le caractère de n'être pas sérieuses, au sens où elles ne tiennent pas le faux pour faux avec certitude et ne supposent pas non plus une croyance sérieuse et partagée dans la vérité des renseignements qu'elles utilisent, ce qui les place de ce fait dans la zone grise qui se situe « *au-delà du vrai et du faux* ». En revanche, à la différence des feintises ludiques, elles ne s'annoncent pas comme des dispositifs fictionnels, mais se présentent plutôt comme la convocation distanciée et ambiguë d'un univers réputé plus vrai que les apparences du monde réel, sans fonder pour autant cette réputation sur une croyance sérieuse, et par conséquent sans éprouver le besoin de la justifier. Cette conclusion est une invite ne pas restreindre l'enquête aux seuls fictions juridiques comprises *stricto sensu*, comme des procédés techniques du type « *certitude du faux tenu pour vrai dans un but pratique* », et à s'intéresser à l'éventail des dispositifs fictionnels dont les juristes font usage, au premier rang desquels on trouve les présomptions.

IV. Carnaval

Cas n° 5. La présomption simple de l'adage *Pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant* (« est père celui que désigne les justes noces »).

Ce célèbre adage tiré du droit romain énonce un mécanisme encore en vigueur dans le droit français contemporain de la filiation légitime⁴². Alors que le bon sens des nations nous enseigne qu'il peut se produire que le mari ne soit pas le père de l'enfant conçu durant le mariage⁴³, le droit décide de faire comme si le père était toujours le mari, jusqu'à l'établissement de la preuve du contraire, dont la charge repose sur celui qui revendique la paternité⁴⁴. Ce

mécanisme établit donc une présomption de paternité en faveur du mari. Parce que cette présomption peut être renversée par l'établissement de la preuve du contraire, on parle de *présomption simple*.

Cas n° 6. La présomption irréfragable de l'adage « *Nemo censetur legem ignorare* » (« *Nul n'est censé ignorer la loi* »)

Cet adage peut s'interpréter comme une « méta-norme » des systèmes juridiques contemporains, au sens où même quand il n'est énoncé par aucun texte officiel, il sert de référence implicite constante dans les raisonnements et les décisions des juristes. Il institue une présomption qui, à la différence de ce qui se passe dans le cas précédent, est *absolue* ou *irréfragable*, au sens où la preuve contraire, même si elle pouvait être établie, ne saurait être recevable. De la sorte, il n'est pas loisible de se délier de l'obligation d'obéir aux lois, nul ne peut se prévaloir de les ignorer.

Ces présomptions sont-elles des fictions ? La question a fait l'objet d'interminables débats qui se laissent résumer dans les termes suivants : si l'on accepte la définition courante de la fiction juridique (stricto sensu) comme « *certitude du faux tenu pour vrai* », les présomptions ne sont pas des fictions, puisqu'elles ne reposent pas sur la « *certitude du faux* », mais sur la seule « *probabilité du faux* »⁴⁵ (il est probable mais pas certain que tous les maris ne soient pas les pères, que tous les sujets de droit ne connaissent pas toutes les lois *etc.*). Dans cette perspective, la différence entre les présomptions simples et absolues réside dans le degré de probabilité : la présomption simple repose la négation de faits assez probable (il est à peu près certain que de nombreux maris ne sont pas les pères), la présomption absolue repose la négation de faits extrêmement probables (il est à peu près certain qu'il existe au moins un habitant qui ne connaît pas au moins une des lois auxquelles il est soumis)⁴⁶. Il semble donc bien que présomptions, simples ou irréfragables, tout comme les fictions techniques (stricto

⁴² « Dans l'article 312 al. 1er, le Code civil a traduit la maxime romaine *Pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant*. « *C'est une règle essentielle au mariage, et celui-ci pourrait être défini comme l'union qui attribue de plein droit à l'homme les enfants de la femme (...). De ce que l'enfant a pour mère telle femme mariée, fait connu, la loi tire, quant au fait inconnu de la paternité, la conséquence que le mari est le père et il en résulte une dispense de preuve au profit de tous les intéressés* ». Jean Carbonnier, *Droit Civil*, Paris, PUF, 2004, tome 1, n° 470 p. 993.

⁴³ En droit français, l'art. 312 étend le bénéfice de la présomption aux enfants nés dans les 179 premiers jours du mariage, assimilant aux enfants naturels les « enfants de fiancés » (cf. Jean Carbonnier, *op. cit.* p. 994).

⁴⁴ En droit français, la possibilité d'apporter cette preuve n'est ouverte qu'à l'action conjointe de la mère remariée et de son nouveau mari, considéré par hypothèse comme le véritable père et associée à une demande de légitimation de l'enfant, dans les six mois du remariage, si l'enfant à moins de sept ans. Cf. Jean Carbonnier, *op. cit.*, p. 1004 sq.

⁴⁵ Cf. entre autres, Yan Thomas, *Fictio Juris ... art. cit* ou encore Lon Fuller *Legal fictions, art. cit.*

FICTIONS JURIDIQUES

sensu) repose sur une croyance sérieuse et partagée dans la réalité du monde réel, un engagement ontologique fort en faveur de sa vérité. On dira alors que les présomptions exigent une croyance sérieuse dans la probabilité de certains faits tandis les fictions techniques (stricto sensu) reposent sur la certitude de la fausseté de certains faits. On aura reconnu une perspective marquée par la préoccupation « ségrégationniste », encline à classer les êtres et les faits réels selon le statut ontologique de leurs qualités propres, afin de distinguer le vrai du probable et le probable du faux.

Indécision ontologique

Comme on l'a vu, la perspective ségrégationniste a les défauts de ses qualités. Elle permet de distinguer analytiquement les présomptions des fictions dans leur rapport à la vérité, mais se faisant, elle s'interdit de décrire et d'expliquer certains mécanismes, et dans le cas présent, elle rate l'efficace propre des présomptions. Si au lieu de mesurer le degré de probabilité des faits dont la vérité est dénié par la règle présumée on se penchait plutôt sur le rôle pragmatique que jouent les présomptions dans le cadre d'un procès, il faudrait se demander si les faits tenus pour faux peuvent être prouvés devant un juge, selon quelle procédure et par qui⁴⁷. Ainsi, on soulignerait que l'adage *pater is est* n'établit pas que les maris sont parfois (ou souvent) des pères, et ne cherche d'ailleurs pas à nous en convaincre, mais s'emploie plutôt à poser la règle selon laquelle seule la mère remariée peut, sous certaines conditions, apporter la preuve du contraire. De même, l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » n'a pas tant pour fonction de nous éclairer sur la réalité de ce que les sujets savent ou pas des lois, mais de rendre impossible qu'on se prévale de leur ignorance devant un juge afin d'excuser qu'on ne s'y soit pas soumis. Les présomptions peuvent certes être analysées du point de vue du rapport à la probabilité des faits en cause sur lequel elles reposent, mais une telle perspective rate l'essentiel parce que ces dispositifs n'ont pas pour fonction d'établir des connaissances et que leur efficace reste largement indépendante du degré de conviction des acteurs dans la probabilité des faits présumés, mais bien plutôt d'organiser le mode de preuve de ces faits et d'en distribuer la charge. Dans ce sens, les présomptions se rapprochent des feintises roublardes qui procèdent par invocation de « renseignements mythiques », leur régime de vérité est celui de l'indécision ontologique et de l'expédient : on juge la pertinence d'une présomption à la qualité des services juridiques qu'elle rend, et de ce point de vue, il importe peu qu'elle soit plus ou moins probable, ou plus ou moins certaine, mais il est essentiel qu'elle soit *bien trouvée*. Du point de vue d'une telle approche (qu'on peut qualifier de pragmatique

⁴⁶ Dans ce sens, la présomption absolue institue une « quasi-certitude » de quelque chose qui est évidemment faux, elle se rapproche « asymptotiquement » des fictions (Cf. Yan Thomas, *art. cit.*).

⁴⁷ Je m'inspire ici de Lon Fuller, *Legal fictions*, *op.cit.* mais pour en tirer des conséquences très différentes.

si l'on aime les qualifications), il convient de considérer les présomptions non pas tant comme des feintises sérieuses imparfaites (en ce qu'elles reposent sur des probabilités plutôt que sur des certitudes), mais comme des procédés établissant explicitement, dans un but pratique, un rapport d'*indifférence* (relative ou absolue) à la vérité des faits dont elles supposent l'existence.

Il y a là une importante leçon que rate la perspective « ségrégationniste » dans son attachement à la question vérificationnelle. Cette leçon est la suivante : pour traiter certains cas de la meilleure manière, il convient de ne pas s'intéresser de trop près à la vérité des faits en cause. Les présomptions nous disent en effet qu'on ne sait pas très bien si les maris sont les pères ou si les sujets ont lu les lois, mais qu'après tout, ce n'est pas vraiment le problème, puisqu'il faut tout de même sélectionner les faits pertinents, établir les modalités de leur preuve et distribuer la charge de cette dernière, sans que l'action de la justice soit entravée par des manœuvres dilatoires. Ainsi, les présomptions posent comme avérés des faits réputés seulement probables, *sans se soucier de savoir si cette probabilité est établie*. Ce faisant, elles mettent délibérément la question de la vérité (ou de la probabilité) des faits entre parenthèse, pour se situer, comme les feintises roublardes, *au-delà du vrai et du faux*, ou plus exactement *en deçà*, puisqu'elles se contentent d'affirmer tranquillement leur *indifférence* dans la probabilité des faits qu'elles tiennent pour faux. Tout comme les feintises roublardes évoquant des renseignements mythiques, mais sur un mode différent, les présomptions reposent sur une déflation de la croyance sérieuse, le choix de s'installer dans un état d'indécision ontologique, l'absence d'envie d'aller y regarder de plus près. Ce qui contraste les présomptions des fictions techniques (feintises sérieuses), ce n'est pas la distance tenue qui sépare les vérités certaines des vérités probables, c'est la négligente indolence de leurs engagements ontologiques.

Feintises indolentes

Les présomptions partagent cette indolence avec les feintises roublardes, mais elles s'en distinguent cependant sur un point particulièrement remarquable. On a vu que les renseignements mythiques sont empruntés à des univers saillants assez respectés pour être placés en position référentielle, mais pas assez réels pour être sérieusement crus (le monde surnaturel des esprits et des démons, les mondes scientifiques de l'anatomie et de la génétique). Ces emprunts suggèrent que notre monde vécu, le vrai monde de la vie réelle, pourrait ne pas être tout à fait étanche, que la vérité des faits qui s'y produisent pourraient s'établir dans des univers voisins dans la vérité desquels on se contente de croire mollement. Pour autant, ces emprunts ne troublent pas la réalité de notre monde vécu. C'est bien dans ce monde-ci, le nôtre, que Garnier a tué des enfants, que Dominique X et René X ont éprouvés le besoin de changer de sexe. Dans ce sens, et bien que les feintises roublardes reposent sur l'établissement de la supériorité ontologique globale de ces arrières-mondes, les renseignements mythiques

FICTIONS JURIDIQUES

qui en émanent sont toujours des emprunts « locaux » et « instrumentaux » qui ne déréalisent pas entièrement le monde réel de la vraie vie. En revanche, les présomptions opèrent une « déréalisation » potentielle mais globale de l'ensemble du monde que nous expérimentons comme celui de la vraie vie. Il est possible que, dans ce monde, les maris soient (ou pas) les pères des enfants nés dans le mariage, que les sujets aient lu (ou pas) les lois, mais cette réalité là, *prise en bloc*, ne nous intéresse pas, elle est globalement moins « réelle » que les vérités juridiques instituées par les présomptions *dans le monde du droit*. En déclarant fièrement leur indifférence à la réalité du monde vécu, les présomptions substituent à la réalité de la vraie vie une réalité qu'elles instituent comme plus réelle encore, ou en tout cas plus efficace, la réalité *juridique*.

Ainsi, dans la vraie vie, certains êtres humains sont les géniteurs naturels de la progéniture de femmes mariées, et il arrive aussi parfois qu'ils ne soient pas le mari de ces dernières. En revanche, dans le monde du droit civil de la famille français, les maris sont toujours les pères des enfants nés dans le mariage, sauf établissement de la preuve du contraire, selon une procédure rigoureuse. Dans la vraie vie, Dominique X et René(e) X éprouvent la réalité du changement de leur sexe, mais dans le monde du droit civil français, seul celui de Renée X a vraiment changé, par la grâce d'une décision de la Cour de Cassation. Alors que les feintises sérieuses (fictions techniques) affirment la supériorité ontologique globale du monde de la vraie vie au moment même où elles nient localement certains de ses éléments dans le seul monde du droit, les présomptions se contentent d'affirmer l'existence de deux univers distincts, celui de la vraie vie et celui du droit, sans chercher à indexer la vérité du second sur le premier. Cette indolence ontologique a pour conséquence d'instituer l'indifférence globale à la réalité du monde de la vraie vie, au moins pour ce qui concerne les opérations menées dans le monde du droit, ou encore d'effectuer une déréalisation *globale* du monde de la vraie vie considéré du point de vue du monde du droit, en sorte que, pour les juristes engagés dans la production du droit, il se pourrait fort bien que le monde réel de la vraie vie ne soit pas *in fine* tellement plus vrai que le monde du droit.

Notons encore que cette déréalisation n'est pas une fictionalisation, que si le monde réel de la vraie vie n'a pas à être plus vrai que le monde du droit, il n'a pas à être moins vrai non plus. Il en résulte que les présomptions mettent en scène la coexistence de deux ordres de vérités, celui dans lesquels les pères sont les géniteurs naturels et celui dans lequel les pères sont désignés tels par le droit civil, celui dans lequel le sexe vécu de Dominique X et Renée X est leur « vrai sexe » et celui dans lequel Renée X est autorisée à être une femme, mais pas Dominique X. Ainsi, en ayant recours aux présomptions, on fait comme si certains événements réels étaient avérés en les posant comme seulement probables, sans se soucier de savoir s'ils le sont vraiment. Dans ce sens, les présomptions sont bien des dispositifs fictionnels, qui reposent sur une feintise qu'on peut qualifier d'*indolente* (on tient le réputé probable pour vrai, dans l'indifférence à la réalité de cette réputation), En outre, ces feintises indolentes sont

« instrumentales » au sens où elles poursuivent un but pratique (établir les modes de preuve et en distribuer la charge dans un procès), mais elles sont « globales » et non pas « locales » puisqu'elles affichent leur indifférence à la réalité du monde réel de la vraie vie considéré dans son ensemble, et affirment en contrepoint la réalité globale du monde du droit.

Déréalisation

Il y a plus. Ce que suggère la déréalisation, relative ou absolue, mais globale de la vraie vie, c'est que dans le monde du droit, les faits juridiques vrais sont toujours réputés vrais en référence au monde du droit et à lui seul, quand bien même les juristes qui l'établissent éprouveraient le besoin de justifier ces vérités au moyen d'emprunts à des univers référentiels voisins (au nombre desquels il faut compter l'infinie variété des mondes vécus de la vraie vie, une pléthore de mondes surnaturels et scientifiques *etc.*). L'essentiel ici est que le monde réel de la vraie vie n'est pas, pour le monde du droit, l'univers naturel primaire d'où procèdent les univers saillants, mais un univers saillant parmi d'autres. Ainsi, pour juger de la vérité du sexe de Dominique X et de Renée X, la Cour de Cassation peut se référer aux enseignements de l'anatomie ou de la génétique, ou encore au vécu des personnes en cause, sans que ce vécu jouisse d'un quelconque privilège véridictionnel. De même, pour établir la paternité d'un enfant, les juges peuvent se référer au statut de mari du père présumé ou à la revendication de géniteur naturel du nouveau mari de la mère. Les seuls faits juridiques qui soient « vraiment » vrais dans le monde du droit sont les faits établis comme vrais par les autorités juridiques compétentes, selon les procédures et les règles en vigueur dans le monde du droit. A rebours du sens commun, la hiérarchie des univers s'en trouve renversée : le monde spontanément expérimenté comme vrai (le monde réel de la vraie vie) et désigné comme « naturel » par certaines sciences sociales est désormais un univers saillant du monde du droit, élevé au rang d'univers primaire, dont nos mondes vécus ne sont, du point de vue du droit, que des arrière-mondes.

Où l'on découvre que le mécanisme institué par les présomptions sert de révélateur, en la suspendant, d'une croyance sérieuse et partagée dans la vérité de ce que nous expérimentons spontanément comme le monde réel de la vraie, que nous comprenons comme le monde de la nature et de ses lois et que nous établissons sur le mode de l'évidence comme un monde à la fois primaire et référentiel au regard duquel tous les autres univers sont secondaires et saillants. Nous n'avons peut être jamais été modernes, mais il se pourrait cependant que nous ayons conservé une forte propension à être naturalistes⁴⁸.

C'est en quoi la portée de l'analyse qui précède excède la découverte d'un nouveau type de dispositif fictionnel, qui viendrait prendre sagement place aux côtés des feintises sérieuses

⁴⁸ Bruno Latour, *Nous n'avons jamais été modernes, essai d'anthropologie symétrique*, Paris, La Découverte, 1997 et Philippe Descola, *Par delà nature et culture*, Paris, Gallimard, 2005.

FICTIONS JURIDIQUES

(fictions techniques), roublardes (évocation de renseignements mythiques) ou indolentes (présomptions). Cette analyse suggère que la croyance dans la naturalité ultime du monde réel de la vraie vie est parfois suspendue dans l'usage de certains dispositifs fictionnels du droit (les présomptions), et permet de concevoir que le monde réel (compris comme naturel) pourrait ne pas être l'univers « primaire » d'où procèdent les divers univers saillants que sont les mondes du droit, de la littérature, de la science ou de la religion. Il se trouve en effet que certains dispositifs fictionnels à l'œuvre dans le droit opèrent *comme si* le monde du droit était l'univers « primaire », d'où procéderait le monde vécu de la vraie vie. L'idée ne semble absurde que du point de vue de la croyance selon laquelle la vérité ultime du monde réel de la vraie vie est à chercher dans la nature. En outre, elle ne consiste pas à affirmer que le monde naturel de la vraie vie procède entièrement du monde juridique, ou encore que c'est le droit qui engendre la nature, puisque le renversement suggéré ne l'est que sur le mode du *comme si*. De fait, cette idée se contente de poser la coexistence et l'indifférence réciproque (relative ou absolue) du monde du droit et du monde (naturel) de la vraie vie, et d'ajouter que certaines opérations juridiques requièrent que ceux qui s'y livrent adoptent un point de vue dans lequel le monde du droit reçoit le statut d'univers primaire, d'où le monde réel de la vraie vie sera réputé saillir. Et après tout, cette idée en apparence audacieuse se contente de formaliser une intuition courante : il ne s'agit jamais que d'affirmer que le droit produit un ordre de réalité concurrent de l'ordre des réalités naturelles, et que dans certains cas, quand on parle de paternité ou de vérité du sexe, il se pourrait bien que les réalités juridiques soient aussi « réelles » que les réalités naturelles. La prétention démiurgique du droit revient au fond à affirmer que le droit produit des objets sociaux, constitue des institutions, institue des comportements, que ces objets, ces institutions, ces comportements sont une dimension éminente de la réalité du monde de la vraie vie, et que la vérité ultime de ces objets, institutions et comportements n'est pas à chercher dans le monde naturel, mais bien dans celui du droit qui les produit. On en conclura donc qu'il n'est pas certain que tous les dispositifs fictionnels qui sont à l'œuvre dans le droit ré-embryent toujours sagement sur le monde réel (compris comme naturel) de la vraie vie. Cette conclusion nous oblige à réinterpréter le premier cas.

Épanalepse, après Carnaval. Les 39 schillings de Jeremy Bentham revisités.

Dans les paragraphes qui précèdent, la décision des jurés anglais a été interprétée comme feintise sérieuse parce qu'un énoncé juridique (« *2 guinées valent 39 shillings* ») contredit un fait établi avec la plus grande certitude comme vrai (« *2 guinées valent 42 shilling et non pas 39 shillings* »). On peut parler de feintise sérieuse, parce que le « *fait juridique* » institué par les jurés (la parité shilling/guinée établie à 39/2) contredit le « *fait vrai* » (la parité shilling/guinée est établie à 21). Cette analyse repose entièrement sur la supposition que la parité établie à 21 est considérée comme un fait indiscutablement vrai dans l'univers référentiel « monde réel de la vraie vie ». Le fait juridique parité à 39/2 est évidemment et sérieusement

faux en regard de la parité qui règne dans l'univers qui fait ultimement référence en matière vérificationnelle, le monde réel de la vraie vie.

A y regarder de plus près, ce raisonnement est très étonnant. La parité schilling / guinée est une convention établie par des autorités juridiques dans un univers juridique donné (le droit anglais), il n'y a pas de parité schilling / guinée dans le monde naturel, et par suite, pas de différence ontologique naturelle entre le fait juridique « parité à 21 » établi par une Proclamation Royale en 1717 et réputé vrai, et le fait juridique « parité à 39/2 » établi par un jury en 1808 et réputé faux.

La structure de la fiction instituée par les jurés est donc bien du type « *certitude du faux tenu pour vrai* », mais elle ne met pas en scène la contradiction entre des faits naturels vrais (mais tenus pour faux) et des faits juridiques faux (mais tenus pour vrais). Elle repose sur la croyance dans la vérité de ce qui est tenu institué comme vrai dans l'univers juridique « droit anglais » par les Proclamations Royales. Tout le sérieux de la feintise sérieuse repose sur la hiérarchisation ontologique de deux sous-univers *à l'intérieur* du monde juridique « droit anglais », sur le fait que l'ordre législatif institué par les Proclamations Royales est jugé ontologiquement plus « vrai » que l'ordre des règles institué par un jury qui n'est pas censé instituer des règles.

Ainsi, ce qui est faux dans la décision des jurés (parce qu'il y a bien quelque chose de faux dans cette décision), c'est l'ignorance délibérée des vérités juridiques instituées dans l'ordre législatif des Proclamations Royales, vérités qui s'imposent universellement, y compris à ces jurés dans l'exercice de détermination des faits qui leurs sont soumis, et sont donc ontologiquement supérieures aux vérités juridiques instituées par ce même jury qui n'a pas la compétence d'instituer des vérités juridiques. Cette ignorance est choquante parce que les vérités établies par Proclamations Royales sont des vérités générales qui s'appliquent à tous dans tout le Royaume, et non des vérités d'espèces, valables pour un cas précis. Ce qui choque ici, ce n'est donc pas la négation intentionnelle d'une vérité naturelle, c'est que les jurés aient établi une sorte de parité *ad hoc* dont la portée se réduit à une série limitée de cas précis, alors que les règles qui régissent la parité des valeurs monétaires sont universelles, et qu'elles ne relèvent pas de la compétence d'un jury local. Au demeurant, il suffirait que le Souverain s'inspire des décisions de ce jury et adopte la parité à 39/2 par Proclamation Royale pour que les qualifications des jurés cessent d'être fictionnelles. (En 1816, la guinée sera remplacée par la Livre, ce qui réglera définitivement le problème). Quoiqu'il en soit, si le terme « sérieux » dans l'expression « feintise sérieuse » désigne le primat ontologique de la vraie vie au motif qu'elle constitue un univers naturel primaire, il est douteux que le cas des 39 schillings soit un cas de « feintise sérieuse » et il faut plutôt comprendre que les jurés ont tenu pour vrai dans un sous univers du monde du droit (l'ordre indû des règles qu'ils inventent sous couvert de détermination des faits) un fait qui est certainement faux (la parité schilling/guinée établie à 39/2) dans un autre sous univers du monde du droit (l'ordre des parités monétaires officielles

FICTIONS JURIDIQUES

institué par les Proclamations Royales), et ce bien que ce dernier soit sérieusement cru comme ontologiquement supérieur par l'ensemble des acteurs du droit.

On objectera qu'il n'est pas sérieux de considérer que même les feintises sérieuses ne sont pas sérieuses, parce que les jurés recourent aux fictions juridiques pour des raisons très sérieuses, puisqu'il s'agit de sauver la vie d'un homme, en quoi le monde réel de la vraie vie, dans lequel les voleurs sont parfois vraiment pendus, est bien l'horizon ontologique ultime de leurs opérations. L'examen de cette forte objection mérite un intermède.

Intermède 2. Les fictions juridiques sont elles toujours sérieuses ?

Un nombre incalculable d'opérations juridiques mobilisant un dispositif fictionnel dans un but pratique sont évidemment « sérieuses » au sens où elles n'ont pas d'autre objet que de réaliser leur but pratique, de produire certains effets dans le monde réel de la vraie vie. On hésitera pour autant à en conclure que les fictions juridiques mobilisées dans un but pratique sérieux sont toujours sérieuses, dans la mesure où certains dispositifs fictionnels, en même temps qu'ils opèrent sérieusement dans la vraie vie, ont aussi pour effet de révéler le caractère indécis de la réalité de la vraie vie, lorsque ce dernier est considéré du point de vue du monde du droit, et par suite de dévoiler à cette occasion que le monde réel de la vraie vie pourrait ne pas toujours être le référent ontologique ultime du monde du droit. Dans ce sens, de tels dispositifs fictionnels, comme les présomptions par exemple, ne peuvent pas être qualifiés de « sérieux » dans la mesure où, *in fine*, ils ne réembrayent pas systématiquement sur le monde réel, si par monde réel on entend la vraie vie comprise comme monde naturel⁴⁹. Au contraire, parce que ces dispositifs fonctionnent comme autant de révélateurs de l'irréalité (absolue ou relative) de la vraie vie, ils sont le *carnaval* de la *veritas iuris*. Cette remarque fragilise de toute évidence la distinction aperçue ci-dessus entre fictions juridiques (« sérieuses ») et fictions littéraires (« ludiques »)⁵⁰.

Il est vrai qu'il existe une grande différence entre un roman comme les *Misérables* et un vrai procès où se joue « en vrai » la tête de l'accusé, ou encore avec un formulaire où se joue « en vrai » le montant des recettes fiscales du transport de lignite. Il est donc tout à fait raisonnable de considérer que les dispositifs fictionnels du droit obéissent à des buts pratiques, qui sont des buts réels dans le monde réel de la vraie vie. Mais comme on l'a vu, certains de ces dispositifs fictionnels ne visent pas toujours seulement un but pratique immédiat et concret (sauver la peau du voleur, taxer les lignites), elles visent toujours *aussi* des buts dont on pourrait dire qu'ils relèvent de la politique juridique, c'est-à-dire de l'organisation et de l'évolution du droit lui-même (conforter la portée normative d'une catégorie juridique, asseoir

⁴⁹ *Contra*, Bruno Latour, *La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2004, p. 294.

⁵⁰ J.-M. Schaeffer, *Quelles vérités pour quelles fictions ? art. cit.*

la validité d'un certain type de justification, établir un mode de preuve, rendre inopérant un argument juridique ...). Le plus souvent, les buts visés dans le monde réel de la vraie vie se combinent aux buts juridiques visés dans le monde du droit : les jurés de l'exemple des 39 shillings veulent sauver la peau du voleur, mais ils veulent aussi éviter de bouleverser les formes législatives reçues ; les administrateurs des chemins de fer veulent taxer la lignite, mais ils veulent aussi conserver leur formulaires etc. Il se pourrait donc bien que certains dispositifs fictionnels du droit (et peut être la majeure partie d'entre eux) ne soient pas strictement instrumentaux en toutes circonstances, ou en tout cas pas seulement, mais qu'ils soient aussi simultanément et indissociablement tournées vers au moins deux sortes de finalités distinctes, les finalités instrumentales (buts pratiques dans la vraie vie) et les finalités endotéliques, qui portent sur l'organisation, le fonctionnement et l'évolution du droit lui-même (buts juridiques dans le monde du droit). Il faut ajouter encore qu'on voit mal à quel titre ou selon quel critère il faudrait hiérarchiser ces deux fonctions, dès lors que les dispositifs en cause subvertissent la hiérarchie ontologique qui ferait du monde réel de la vraie vie (réputé naturel) l'univers primaire et le référentiel ultime des vérités du monde du droit.

Au demeurant, le droit n'est pas le seul univers dont les opérations poursuivent des finalités endotéliques et requièrent un engagement ontologique ambivalent. S'il est vrai que la littérature est généralement ludique (au sens que J.-M. Schaeffer donne à ce terme, c'est-à-dire comme production d'un univers saillant secondaire qui serait global et endotélique), on ne saurait lui ôter la capacité à réembrayer parfois sur le monde réel de la vraie vie, dans lequel elle produit des effets qui pour être indirects (mais sont-ils toujours indirects ?) sont néanmoins très réels et très concrets⁵¹. Victor Hugo voulait écrire un roman pour dénoncer la misère et en finir avec elle, il attribuait à l'écriture des *Misérables* une efficace pratique dans le monde réel de la vraie vie infiniment plus grande que tous les arrêts de la Cour de Cassation réunis, et quoiqu'il en coûte aux juristes de l'admettre, peut être n'avait-il pas tort : il se pourrait bien après tout que ce grand roman national ait mieux contribué à lutter contre le paupérisme que des décennies de jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation.

Il faut donc admettre que ce n'est pas le sérieux qui distingue le droit et la littérature. Ce qui ne veut pas dire qu'il faille les confondre. En effet, si l'un et l'autre savent se faire à la fois sérieux et ludiques, ce n'est pas tout à fait de la même manière. Ou encore, si l'on joue sérieusement aussi bien dans le droit que dans la littérature ce n'est pas le même jeu, les règles en vigueur ne sont pas les mêmes, et les manières de bien jouer non plus. C'est ce que

⁵¹ « Bien sûr la sphère ludique constitue à son tour une sphère fonctionnelle qui remplit de multiples rôles « sérieux » dans le cadre plus global d'un programme de vie ou d'une société: le fait de s'adonner à une activité ludique est en lui-même un fait « sérieux ». Mais c'est là un autre problème. » J.-M. Schaeffer, *De l'imagination à la fiction*, op. cit.

FICTIONS JURIDIQUES

devrait préciser un cinquième exemple de fiction, à la fois française, civiliste et colombidée.

V. La fiction juridique comme feintise ludique (le jeu de langage dans le droit, et ses règles)

Cas n° 7. Les pigeons de l'art. 524 du Code civil français⁵².

On sait que Stendhal aimait lire quelques pages du Code civil avant de rédiger ses romans. La lecture de l'article 524 nous aide à comprendre pourquoi :

« ... sont immeubles par destination, quand ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds : les animaux attachés à la culture ; les ustensiles aratoires ; les semences données aux fermiers ou colons partiaires ; les pigeons des colombiers ; les lapins des garennes ; les ruches à miel ; les poissons des étangs ; les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes ; les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines ; les pailles et engrais. Sont aussi immeubles par destination tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure »⁵³

Outre le délicat plaisir des énumérations, cet article a pour objet de préciser ce que sont les biens immeubles. En droit français, les biens meubles et immeubles ne sont pas régis par le même régime, il est donc de la plus haute importance de pouvoir ranger tous les biens dont traite le droit dans l'une ou l'autre de ces catégories. Selon l'article 517, les biens peuvent être immeubles « *par nature* », lorsqu'ils sont inamovibles parce que physiquement ancrés dans le sol ou « *par l'objet auquel ils s'appliquent* » ou encore « *par destination* ». L'article 524 détaille cette dernière catégorie, qui s'applique aux biens ayant reçu une affectation telle qu'il est préférable de faire comme s'ils étaient inamovibles, quand bien même ils ne seraient pas *réellement* ancrés dans le sol. Il s'agit là d'un dispositif évidemment fictionnel : le droit fera comme si certains biens sont immeubles, alors qu'ils ne le sont pas dans le monde réel de la vraie vie. Les pigeons des colombiers entrent dans cette catégorie.

Comment comprendre cette disposition ? Nous savons que le législateur n'entend pas nier le caractère naturellement volatile des pigeons, ni ne cherche à tromper ses lecteurs sur ce point, la feintise n'est pas trompeuse. Comme le souligne Olivier Cayla, ce lecteur « *sait bien que le législateur, en commettant cette " erreur manifeste " , ne fait que lui proposer, pour l'espace éventuel d'une joute contentieuse, une façon de parler, et le convie dès lors, comme dirait Wittgenstein, à entrer ludiquement dans un " jeu de langage " juridique* »⁵⁴. Reste à

⁵² Cet exemple est analysé par Olivier Cayla in *Le jeu de la fiction*, *Droits* 21 1995, p. 9.

⁵³ Je cite la version originale de 1804. L'article 524 a été modifié par les lois du 29 juin 1984 et du 6 janvier 1999.

⁵⁴ Olivier Cayla, *Le jeu de la fiction*, *art. cit.* p. 8.

comprendre à quelles règles obéit ce jeu.

Feintises ludiques

Commençons par nous demander pourquoi les rédacteurs du Code ont estimés qu'il n'était pas nécessaire d'immobiliser les pigeons sauvages. Selon Olivier Cayla, classer tous les pigeons dans la catégorie des biens immeubles serait un « *délire surréaliste* », dès lors que les pigeons sauvages, à la différence des pigeons domestiques qui élisent domicile dans des colombiers naturellement immeubles sont, dans le monde réel de la vraie vie, totalement libres de toute forme d'attache physique à un bien ancré au sol. Qualifier les pigeons sauvages de biens immeubles reviendrait à perdre de vue l'horizon de la vérité des faits naturels, qui commande que les pigeons soient meubles et que les colombiers soient immeubles, ce qui autorise tout au plus, par jeu de langage, qu'on fasse comme si les pigeons des colombiers étaient immeubles, mais ne permet pas d'étendre cette fiction aux pigeons sauvages, qui n'ont aucun rapport réel aux colombiers.

Selon cette analyse, dans laquelle on reconnaît la reconduction de la croyance dans la naturalité ultime de l'univers primaire que serait le monde réel de la vraie vie, étendre la fiction aux pigeons sauvages, ce serait rompre tout rapport entre l'univers saillant secondaire qu'est le monde du droit et l'univers primaire qu'est le monde réel (naturel) de la vraie vie. Il faudrait ainsi comprendre que l'élaboration du dispositif fictionnel obéit à une règle de « vraisemblance », selon laquelle le « comme si » juridique se devrait de ressembler un tant soit peu au « comme ça » du monde naturel, dont on a vu qu'il est l'univers primaire et référentiel ultime de l'univers saillant secondaire « droit ». Cette règle serait imposée par la nécessité fonctionnelle de pouvoir « réembrayer » *in fine* sur le réel de la vraie vie : à quoi servirait-il en effet d'énoncer des règles de droit qui seraient trop invraisemblables pour prétendre régir les comportements dans la vraie vie ? La leçon des pigeons du Code civil serait donc que le droit joue, mais qu'il joue toujours dans les limites que lui impose l'imitation sérieuse du monde réel de la vraie vie. Ces limites lui imposeraient une forte contrainte de crédibilité (ce doit être « bien trouvé ») qui se traduirait par une obligation de ne jamais cesser de ressembler à l'univers primaire et référentiel du monde réel de la vraie vie. Ce serait au demeurant ce qui distingue le droit de la littérature, qui se trouve déliée de cette dernière obligation.

Cette interprétation a le mérite de souligner la dimension constitutivement « ludique » des dispositifs fictionnels institués par le droit, compris comme des « jeux de langage ». Mais comme on l'a vu, il se pourrait bien que le monde réel de la vraie vie ne soit pas toujours et évidemment l'univers primaire et référentiel dont le monde du droit procéderait secondairement, dans la mesure où les opérations juridiques poursuivent parfois simultanément des buts pratiques (dans la vraie vie) et des buts juridiques (dans le droit) et organisent de ce fait la coexistence, l'indifférence réciproque et des formes diverses de hiérarchisation entre ces deux univers (parfois c'est l'un qui prime, parfois c'est l'autre). Surtout, quand bien même les buts

FICTIONS JURIDIQUES

pratiques dans la vraie vie seraient le *télos* de toutes ces opérations ludiques (et elles le sont *aussi*, le plus souvent), et par suite le principe qui organise la production des règles qui régissent ces opérations, on peine à voir pourquoi cette limite apportée à l'imagination des juristes devrait se traduire en une contrainte de vraisemblance, qui obligerait les êtres et relations juridiques à ressembler aux êtres et relations qui peuplent le monde réel (naturel) de la vraie vie. De ce que la feintise doit être « bien trouvée », faut-il en conclure que ce qui est feint doit impérieusement ressembler à ce qui est su vrai ? Peut-on dire après tout qu'un pigeon domestique « ressemble » plus à un immeuble qu'un pigeon sauvage ? Il est vrai que les juges de la Cour de Dôle nous affirment que Garnier ressemblait à un loup lorsqu'il consommait des enfants, mais comment le savent-ils et comment peut-on en être certain ? Au demeurant, est-ce bien sur cette ressemblance que les habitants de Dôle fondent le crédit qu'ils accordent à l'histoire de Garou que leur racontent les juges ? Il est vrai que le lignite ressemble assez à la houille pour lui être assimilée fiscalement, mais le receveur eût-il hésité si ce n'avait pas été le cas ? N'aurait-il pu fictivement assimiler le lignite au sable ou à des volailles ?

Règles du jeu

Il semble plutôt que ce qui distingue la fiction réussie du « délire surréaliste » est un rapport pragmatique aux effets désirés plutôt qu'un rapport mimétique de ressemblance entre les faits tenus pour vrais dans le monde du droit et les faits avérés dans le monde réel (naturel) de la vraie vie. Un pigeon domestique ressemble à s'y méprendre à un pigeon sauvage, en revanche, il est parfaitement inutile pragmatiquement de qualifier le pigeon sauvage d'immeuble, parce qu'il est pratiquement impossible de les attraper, quand bien même on les aurait vendus avec le colombier. Qualifier les pigeons sauvages de biens immeubles serait trop inutile juridiquement pour paraître « bien trouvé ». Mais le « bien trouvé » n'est pas forcément ressemblant, il lui suffit d'être assez expédient pour être vraiment utile dans le jeu du droit. Le « bien trouvé » est ici un « bien joué » qui se rapporte à la réalisation des divers buts pratiques et juridiques assignés à la fiction. La contrainte de crédibilité qui pèse sur l'élaboration des dispositifs fictionnels dans le droit est indéniable, mais elle est pragmatique, et se ramène à l'affirmation selon laquelle il est vain de fabriquer des fictions *juridiquement* inutiles. La première règle du jeu est donc que dispositif fictionnel soit utile au jeu du droit lui-même. Appelons cette règle : *contrainte pragmatique d'utilité juridique*.

Notons encore que les juges ne répugnent pas forcément au « délire surréaliste », ils savent quand il le faut donner congé à la *mimesis* : le cas du Sieur Garnier (qui en tant qu'homme ne ressemblait sans doute pas à un loup, quoiqu'en disent les juges de Dôle) ou celui des sujets de droit qui détiendraient la connaissance parfaite de toutes les dispositions juridiques en vigueur sont là pour nous le rappeler. Ce faisant, les juristes qui ont recours aux

fictions tablent sur la compréhension de leurs interlocuteurs, à qui il est demandé d'évaluer le dispositif fictionnel aux effets qu'il produit dans le monde réel de la vraie vie et dans le monde du droit, plutôt qu'à sa ressemblance avec les vérités naturelles du monde de la vraie vie. Notons enfin que cette contrainte pragmatique d'utilité juridique ne saurait se confondre avec la « fonction instrumentale » évoquée dans les paragraphes précédents, dans la mesure où les dispositifs fictionnels du droit sont contraints d'être utiles au jeu juridique en général, dont la finalité est aussi bien endotélique qu'instrumentale, et non pas à la seule réalisation de buts pratiques dans la vraie vie.

Mais revenons aux pigeons. Si le Code avait classé les pigeons sauvages dans la catégorie des immeubles, il eût été difficile d'échapper aux questions suivantes : pourquoi seulement les pigeons ? Pourquoi pas les canards, les palombes ou les corbeaux ? Quel est le *critère* de la classification ? Les juristes doivent sans cesse classer, dans le but de décider quel régime est applicable aux faits de la cause, et leurs classements doivent être justifiés au moyens de critères assez clairs et fiables pour convaincre tant que faire se peut les autres juristes classificateurs. Les pigeons domestiques sont classés immeubles parce qu'ils habitent dans un colombier immeuble. Les pigeons sauvages, les corbeaux et les palombes ne sont pas classés immeubles, parce qu'ils n'ont aucun lien *juridique* avec un immeuble. Le critère de ce classement est clairement énoncé par l'article 524 du Code : les immeubles par destination sont les animaux ou les objets qui ont été « *placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fond* ». Ce n'est pas le cas des pigeons sauvages, mais c'est le cas des lapins dans leurs garennes, des abeilles dans leur ruche et des poissons dans leurs étangs. Le « délire surréaliste » qui consiste à prendre un pigeon domestique pour un immeuble est juridiquement justifié, parce qu'en droit, être propriétaire d'un colombier sans pigeons, c'est être propriétaire d'un bien sans pouvoir en faire l'usage qu'on en attend. Il est donc juridiquement important que les colombiers soient vendus avec leurs pigeons. En revanche, les pigeons sauvages n'ont aucun lien juridique justifiable avec les colombiers. La seconde règle du jeu est donc que le dispositif fictionnel puisse être justifié par un critère juridique assez clair et raisonnable pour être à peu près accepté par les autres acteurs du jeu juridique. Appelons cette règle : *contrainte argumentative de justification juridique*.

C'est parce que le changement *ad hoc* de la parité guinée / schilling est injustifiable juridiquement que la fiction des 39 schillings est une mauvaise fiction. En revanche, les fictions du receveur de Jhering sont de bonnes fictions : quand bien même le lignite ne ressemblerait pas à la houille, il n'est pas déraisonnable de les traiter de la même manière du point de vue du coût de leur transport ferroviaire, des modalités de taxation du transport etc. Ajoutons que le caractère acceptable ou pas de la justification n'a pas grand-chose à voir avec celui de la ressemblance : si les modalités et le coût du transport et du recouvrement de taxe du sable ou des volailles avaient été voisins de celui des houilles, il n'eût pas été juridiquement impossible de les identifier fiscalement au lignite. De fait, le droit s'intéresse assez peu à la

FICTIONS JURIDIQUES

ressemblance mimétique. Lorsqu'il rapproche deux êtres distincts pour les traiter identiquement, il procède certes par analogie, et l'analogie peut porter sur des propriétés apparentes (les lignites ressemblent en apparence à la houille) mais elle peut tout aussi bien porter sur des propriétés non apparentes (les colombiers ne ressemblent pas aux pigeons) qui n'engagent donc aucun rapport mimétique entre les deux êtres analogiquement identifiés. Seul importe dans le choix des propriétés qui sont au fondement de l'analogie que ce choix puisse être conforté par des motifs juridiques convaincants.

Les deux règles qui régissent le jeu de la production des dispositifs fictionnels dans le droit sont donc :

1) *La contrainte pragmatique d'utilité pratique*, qui ne se confond pas avec la fonction instrumentale de produire des effets dans la vraie vie, mais avec la nécessité de produire de manière fiable les effets juridiques attendus (buts pratiques et juridiques). Dans ce sens, la fiction juridique ne s'oppose pas à la fiction ludique en ce qu'elle aurait ses fins hors d'elle-même (on a vu qu'elle a le plus souvent ses fins *dans* et *hors* d'elle-même, qu'elle peut fort bien être *aussi* endotélique), en quoi elle s'oppose à la fiction *gratuite* ou *inutile*. Disons donc qu'en droit, on ne joue pas simplement pour jouer, on joue pour *bien* jouer, c'est-à-dire pour réaliser effectivement des buts pratiques dans le monde réel de la vraie vie et des buts juridiques dans le monde du droit.

2) *La contrainte argumentative de justification*, qui repose en général sur l'usage (implicite ou explicite) de principes, concepts et théories juridiques, au regard desquels le dispositif fictionnel se présente comme à peu près raisonnable aux autres acteurs du droit. Ainsi, il est juridiquement raisonnable de considérer comme inhumain la dévoration d'enfants en regard du principe d'humanité, mais il n'est pas juridiquement raisonnable de considérer qu'un jury criminel peut changer les parités monétaires, au regard de la portée universelle des Proclamations royales établissant ces parités. De même, il ne serait pas juridiquement raisonnable de poser la règle : « sont immeubles les biens qui sont ancrés physiquement au sol *sauf tous ceux qui ne le sont pas* », parce que l'exception introduite rendrait par sa généralité même la règle inapplicable. En revanche, il est juridiquement raisonnable de poser la règle : « *sont immeubles les biens physiquement ancrés au sol mais aussi (entre autres) ceux que le propriétaire du fonds a affectés au service ou à l'exploitation de ce fonds* », parce que le critère de l'affectation est assez connu, simple et expédient pour justifier le choix du classement des pigeons, lapins, abeilles et poissons dans la catégorie des biens immeubles, sans toutefois ruiner la pertinence de la distinction générale des meubles et immeubles. La fiction « *nul n'est censé ignorer la loi* » est parfaitement invraisemblable au sens où elle ne ressemble absolument pas à la réalité de la vraie vie, qui l'indiffère d'ailleurs souverainement, elle est cependant fort bien trouvée, parce que très expédiente pour éviter les manœuvres dilatoires, et tout à fait justifiée du point de vue de la raison procédurale qui gouverne les procès.

On peut certes parler de « vraisemblance » pour désigner ces contraintes d'utilité et de

justification, au sens où il serait effectivement « invraisemblable » de convoquer un dispositif fictionnel parfaitement inutile et/ou tout à fait déraisonnable, mais la vraisemblance en question n'est pas celle qui repose sur la ressemblance mimétique, le droit ne ressortit pas forcément du roman réaliste, il peut donc fort bien s'autoriser des « délires surréalistes », et ne s'en prive d'ailleurs pas, dès lors que ces délires sont « bien trouvés », et il suffit pour qu'un dispositif fictionnel soit bien trouvé qu'il soit expédient et justifiable juridiquement. L'on retrouve ici la leçon offerte par les présomptions : le droit n'est pas un univers saillant secondaire qui *imite* l'univers référentiel primaire que serait le monde réel (naturel) de la vraie vie, il est parfaitement capable d'indifférence à l'endroit de ce monde réel, il s'autorise à organiser souverainement sa propre hiérarchie ontologique des univers qu'il désigne comme ses voisins, en s'auto-instituant univers primaire et référentiel. C'est ce point qu'il faut maintenant éclaircir plus en détail.

VI. La fiction juridique comme jeux de miroirs

Cas n° 8. La querelle relative à la « nature juridique » de la personne morale

On appelle « personnes » en droit français les sujets de droit, c'est-à-dire les êtres capables de jouir de droits⁵⁵ et l'on distingue en leur sein les personnes physiques, qui sont les êtres humains, et les personnes morales, qui sont des groupements (associations, sociétés civiles ou commerciales, communes, établissements publics ...) auxquels on attribue la « personnalité juridique », ou encore la « capacité juridique »⁵⁶, c'est-à-dire le statut juridique qui définit et organise l'aptitude à avoir des droits et à les exercer. La technique dite de la « personnalisation » consiste donc à traiter juridiquement les groupements par analogie au statut des êtres humains.

S'attachent à la personnalité la possession d'un état civil (nom, domicile, sexe etc.), le droit d'acquérir la propriété et d'ester en justice, la responsabilité civile et pénale, ainsi que des « droits de la personnalité » dont la liste varie selon les auteurs, qui regroupent les droits primordiaux des personnes (droit à l'image, à l'honneur, à la dignité, libertés individuelles, respect de la vie privée etc.). La technique de la personnalisation revient à attribuer aux groupements un certain nombre de ces droits. Bien entendu, se nichent là tout une série de problèmes pratiques difficiles, qui agitent quotidiennement la doctrine (quels sont ces droits ? Jusqu'où va l'analogie avec les personnes physiques ? Une entreprise ou un département

⁵⁵ Jean Carbonnier, *Droit civil, op.cit.* n° 193, p. 372.

⁵⁶ Certains auteurs distinguent personnalité et capacité. Selon eux la personnalité serait l'aptitude à avoir des biens et obligations, la capacité serait l'aptitude à accomplir les différents actes que permet le commerce juridique. Cf. Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing, *Manuel de droit des personnes*, Paris, PUF, 2006, n° 3 p. 16.

FICTIONS JURIDIQUES

ont-ils des « droits de l'homme », et lesquels ?). Cette technique a aussi déchaîné l'imagination théorique des juristes au XIXe, au cours d'une formidable dispute doctrinale relative à la « nature juridique des personnes morales ».

Dispute doctrinale

Ordinairement, et à quelques variations près, la querelle est présentée comme un affrontement entre trois thèses autour de la question ontologique de savoir ce que « sont » les personnes morales, quelle est leur « nature » juridique : la thèse de la fiction inventée par le législateur (les personnes morales n'existent pas dans la vraie vie, ce sont de purs artefacts juridiques), celle de la réalité des groupements (les personnes morales ont une existence réelle, celle de ces êtres sociaux que sont les groupements), et celle de l'erreur, qui plaide pour la négation de la personnalité morale (les personnes morales sont des artefacts juridiques inutiles et illégitimes). Cette présentation s'est imposée au début du XXe siècle, sans doute à partir de la thèse que Lucien Lecoq a consacrée à la fiction⁵⁷. Elle est hélas confuse et inféconde parce que la question posée n'est pas tant celle, ontologique, de la « nature » de la personne morale que celle, technique et pratique, de la propriété collective : comment organiser la mise en commun de biens au sein d'un groupement ? Comment concevoir et instituer la propriété d'un groupe ? Le propriétaire est-il le groupe lui-même, ses membres ou encore ses représentants ? La question ontologique ne cessera pas d'être indexée à celle de la propriété, par laquelle les personnes morales ont commencé à faire parler d'elles.

En outre, il est parfaitement arbitraire de limiter le nombre de réponse à trois : en fait de théories contradictoires, on en trouve au moins sept, pour la seule dimension française du débat, dans la période qui court de 1880 et 1914. Il n'est évidemment pas question d'entrer ici dans les détails, on se contentera de l'énumération suivante : trois théories différentes de la fiction (Thouret⁵⁸, Savigny⁵⁹, Ducrocq⁶⁰), une théorie de l'association (Vareilles-Sommière⁶¹),

⁵⁷ Lucien Lecoq, *De la fiction comme procédé juridique*, Thèse, Université de Paris, 1914, p. 160. Repris, entre autres, par Henri Capitant, *Introduction au droit civil*, Paris, Pédone, 4e ed., n° 157, p. 211 sq. et de nos jours, cf. François Terré, *Les personnes*, Paris, Dalloz, p. 231 sq.

⁵⁸ La théorie de Thouret se trouve énoncée dans son discours à l'Assemblée Nationale, à l'occasion du débat sur la nationalisation des biens ecclésiastiques. On le trouve au *Moniteur Universel*, octobre 1789, n° 77, 80 sq. Sur cette doctrine, cf. Anne-Marie Patault, « La personne morale d'une nationalisation à l'autre, naissance et mort d'une théorie » *Droits*, 1993, XVII pp. 80–89 ; Anne-Marie Patault, « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la nature juridique de la personne morale. » *La Révolution et l'ordre juridique privé*, Orléans, PUF, 1988, Tome I, pp. 151–159.

⁵⁹ Carl Friedrich von Savigny, *Traité de droit romain*, traduction Guenoux, Paris, Didot, 1855, tome II, Chapitre II « les sujets des rapports de droit », §§ LXXXV à CIII, p. 229 à 370.

⁶⁰ Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, Fontemoing, 1905, septième édition, tome VI « personnes civiles autres que l'Etat », chapitre II « théorie générale de la personnalité civile », n° 2178 et s., p. 9 à 48.

⁶¹ Gabriel de Labroue de Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*, Paris, Pichon, 1902.

deux théories des patrimoines à but (Brinz⁶², Duguit⁶³), une théorie de la propriété collective (Planiol⁶⁴), une théorie de l'organisme naturel (Worms⁶⁵, premier Hauriou⁶⁶), une théorie de la réalité technique (Saleilles⁶⁷, Michoud⁶⁸, Gény⁶⁹, second Hauriou⁷⁰), une théorie artificialiste (Demogue⁷¹) — que nous laisserons de côté à regret dans la présente étude.

Accordons, pour les besoins du raisonnement, le primat de la question ontologique sur celle de la propriété, et classons ces doctrines. Le premier groupe de ces théories (théories de l'association, du patrimoine à but, de la propriété collective) repose sur les trois prémisses

⁶² Alois Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen (A. Diechert), 1873–[95], quatre volumes, vol. I §§ 59 à 63 et vol. III, part. II, §§ 433 à 446, p. 477 et s. Sur la réception de cette doctrine en France, Florence Bellivier, « Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France » in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires, 1997, pp. 165–177.

⁶³ Léon Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Alcan, 1912 (2^e ed.), particulièrement la sixième conférence, p. 148 sq. ; *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris, Alcan, 1922, troisième édition, première conférence, pp. 1–40 ; *Traité de droit constitutionnel*, Bocard, 1921, chapitre IV « le sujet de droit », §§ 42 à 48, pp. 450 à 533.

⁶⁴ Henri Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, Pichon, 3e ed. Tome 1er, n° 3005, p. 977 sq.

⁶⁵ René Worms, *Organisme et société*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1896.

⁶⁶ Sur la tentation organiciste de Maurice Hauriou, cf. l'excellente préface de Frédéric Audren et Marc Millet au reprint de divers articles, sous le titre, *Ecrits sociologiques*, Paris, Dalloz, 2008. On y trouve, entre autres, Maurice Hauriou, « Les facultés de droit et la sociologie », *Revue Générale du droit*, 1893 ; « La crise de la science sociale » *Revue de Droit Public*, 1893 ; « Cours de science sociale, la science sociale traditionnelle », Paris, Larose, 1896.

⁶⁷ Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1910.

⁶⁸ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, Dalloz, 1998 (1924). Une version antérieure de la théorie est livrée dans « La notion de personne morale », *Revue de Droit Public*, vol. 11, 1899, pp. 1 sq et p. 193 sq.

⁶⁹ François Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1919, tome I, n° 65, p. 135 sq. ; *Science et technique en droit privé positif*, tome III « Elaboration technique du droit positif », Sirey, 1921, n° 224, p. 212 s.

⁷⁰ Sur la théorie de l'institution selon Maurice Hauriou, *confère* : Maurice Hauriou, « de la personnalité comme élément de la réalité sociale » *Revue générale de droit*, 1898, pp. 5–23 et pp. 119–140 ; « L'institution et le droit statutaire », in *Recueil de Législation de Toulouse*, 2e série, T. 11, 1906, p. 134–182 ; *Principes de droit public*, Paris, 1910 chap. XIV, p. 639–693 et dans l'édition de 1916, chap. II, pp. 41–302. ; *Précis de droit administratif*, 9eme édition, 1919, pp. 122 sq. ; 10eme édition, 1921, pp. 86 sq. ; 11e édition, 1927, p. 289 sq. ; « La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, XXII, 1923, p. 331–346 ; « La théorie de l'Institution et de la Fondation », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 4, Paris, 1925, pp. 1–45.

⁷¹ René Demogue, *Les notions fondamentales de droit privé, essai critique*, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1911, particulièrement « Des fictions » pp. 238 sq. ; « La notion de sujet de droit », pp. 352 sq. ; « La notion de patrimoine », pp. 383 sq.

FICTIONS JURIDIQUES

suivantes : seule la nature est réelle, c'est-à-dire vraie. *Prémisse naturaliste* (1) ; les êtres humains sont les seuls personnes juridiques naturelles. *Prémisse anthropocentriste* (2) ; le recours aux fictions est (à des degrés divers et pour des raisons diverses) illégitime, le droit positif devant imiter tant que faire se peut la réalité du monde naturel, et partant s'astreindre à « feindre » le moins possible. *Prémisse mimétique* (3).

Ces trois prémisses établissent une « position » : le monde naturel de la vraie vie est l'univers primaire et référentiel auquel se trouve indexé le monde du droit, univers saillant secondaire. La nature est donc à la fois garante et modèle des vérités juridiques, le destin du droit est de chercher à l'imiter, il ne peut prétendre à la vérité que lorsqu'il y parvient. Cette position permet de penser et d'organiser la propriété des groupements soit en ayant recours à un contrat d'association (théorie de Vareilles-Sommière) entre les membres du groupe qui sont les seuls êtres réels ou naturels (prémisse anthropocentriste), soit grâce à la notion de propriété collective ou copropriété des membres (théorie de Planiol), soit en considérant l'affectation du patrimoine, ou théorie de la propriété des patrimoines à but (théorie de Brinz, défendue en France avec des variations par Duguit). Chacune de ces théories s'assigne pour ambition de trouver le régime juridique qui ressemblera le plus fidèlement possible à la réalité naturelle de la vraie vie, raison pour laquelle elles affichent une hostilité de principe aux dispositifs fictionnels, et ne jugent réels que les seuls êtres humains, réputés seules personnes naturelles.

Le second groupe de doctrines regroupe les diverses théories de la fiction (Thouret, Savigny, Ducrocq). Ces théories ont en commun de reconduire les deux premières prémisses (naturaliste et anthropocentriste), mais pas la troisième (mimétique). Leurs auteurs estiment que la technique juridique peut recourir à des feintises de manière parfaitement légitime, et qu'il est donc tout à fait acceptable que, dans certains cas, certaines institutions juridiques ne soient pas le reflet fidèle de la réalité naturelle⁷². Ces théories sont donc favorables aux fictions, là où le premier groupe les condamnait. La fiction est ici à entendre au sens technique et étroit du terme, celui de feintise sérieuse fondé sur la « *certitude du faux tenu pour vrai dans un but pratique* ». Ces théories fictionalistes affirment savoir que les groupements ne sont pas réellement des personnes, puisque les seules personnes qui existent réellement sont les

⁷² Pour être précis, la théorie du contrat d'association de Vareilles-Sommière refuse l'usage des fictions juridiques, au motif que les acteurs du droit finissent toujours par y croire, instituant par là les hommes en démiurges ontologiques, fonction pourtant réservée à Dieu. La théorie des propriétés collectives ne fait pas fonds sur un tel refus métaphysique du recours aux fictions, mais juge ces dernières inutiles pour résoudre le problème de la propriété des groupes. La théorie des patrimoines à but dans sa version première, celle d'Alois Brinz, se contente de réfuter la technique de la personnalisation comme anthropomorphique, sans estimer pour autant les fictions juridiques comme néfastes en général. Chez Duguit en revanche, c'est le recours même à la fiction qui est condamné au nom de la science.

personnes naturelles que le droit appelle personnes physiques, mais se délie temporairement de l'obligation mimétique, en s'autorisant à faire *comme si* ces groupements étaient des personnes, pour leur conférer la capacité d'acquérir, d'ester en justice *etc.*

L'invention du social

On aurait pu s'en tenir là si certains auteurs n'avaient jugés le premier groupe de doctrines techniquement défailtantes parce qu'elles ne consacrent pas pleinement les droits des groupes (particulièrement leur droit à la propriété, leur responsabilité civile et pénale *etc.*), et celles du second groupe à la fois métaphysiquement insuffisantes, parce qu'elles ne reconnaissent pas la réalité des groupes sociaux, et politiquement dangereuses, parce qu'elles confèrent au législateur le pouvoir démiurgique de créer des êtres juridiques artificiels, ainsi que celui de les détruire, faisant ainsi de l'Etat un maître absolu ayant droit de vie et de mort sur tous les groupes sociaux⁷³. Ces auteurs se sont alors engagés dans une voie nouvelle en posant que la personnalité morale n'est pas une fiction parce que les groupements qu'elle représente sont réputés *réels*.

L'affirmation est vertigineuse, et fait surgir l'alternative suivante : soit conserver la prémisse « naturaliste » selon laquelle la nature est l'univers primaire et le référentiel ultime du monde réel de la vraie vie, mais il faut alors affirmer bravement que les groupements désormais réputés réels sont aussi « naturels » que les êtres humains, soit renoncer à la prémisse naturaliste, pour chercher à concevoir ce que pourrait être un ordre de réalités *non naturelles* dans le monde réel de la vraie vie. Cette seconde voie revient à opérer un renversement ontologique, en élevant un univers nouveau (celui dans lequel on trouve réellement des groupements) à la dignité d'univers primaire et de référentiel ultime de la vérité des objets sociaux qui peuplent le monde réel de la vraie vie.

La première voie a été explicitement suggérée par quelques auteurs comme René Worms, selon qui les groupements sont des réalités biologiques qui obéissent aux lois générales du vivant, au même titre que tous les êtres naturels, à commencer par les êtres humains. Cette idée a pu marginalement séduire des théoriciens comme Léon Duguit et surtout Maurice Hauriou, mais elle n'a jamais véritablement prospéré, au moins en France⁷⁴, peut être parce que les inclinations matérialistes du socio-biologisme effrayaient ces auteurs, largement acquis au spiritualisme chrétien⁷⁵.

⁷³ Un exemple parmi d'autres : « *Il résulte de cette conception que l'Etat reste le maître absolu de la fiction dont il se sert* » Léon Michoud, *La Théorie de la personnalité morale*, *op.cit.* p. 17. Si cette critique peut éventuellement rendre compte des doctrines de Thouret, elles ne s'appliquent pas à celles de Savigny, que l'on peine à reconnaître ainsi grimé en étatiste autoritaire.

⁷⁴ Sur la réception de la pensée de Spencer aux Etats-Unis, cf. Louis Assier-Andrieu, *L'autorité du passé*, *op. cit.*

FICTIONS JURIDIQUES

La seconde voie est redoutable et passionnante, elle oblige ni plus ni moins les juristes qui l'empruntent à faire du monde du droit l'univers primaire et référentiel des vérités que le droit institue. Plus précisément, le geste théorique opéré consiste à distinguer au sein du monde du droit un sous univers réputé primaire — le monde des réalités sociales instituées par le droit — et à placer ce sous-univers primaire en position de référentiel du sous univers secondaire et saillant qu'est le monde de la sphère purement technique du droit. Ainsi, les opérations purement techniques du droit, au premier rang desquels les dispositifs fictionnels, trouvent leur vérité non plus dans la nature, mais dans un monde artificiellement institué par le droit, la réalité sociale. Des institutions de nature juridique (que Savigny désigne comme « l'élément politique du droit ») structurent la sphère du social que mime l'élément technique du droit⁷⁶.

Raymond Saleilles, Léon Michoud ou François Gény se lancent dans l'aventure (à la suite de juristes allemands⁷⁷ mais aussi de penseurs français⁷⁸), et affirment fièrement l'existence d'un « monde social » peuplé d'êtres artificiels fabriqués par les hommes. Ils reconnaissent certes que ce monde social est artificiel, et institué par le droit, qu'il doit donc être considéré métaphysiquement comme un univers secondaire, saillant de l'univers primaire qu'est le monde de la nature. Mais ils ajoutent que le monde de la technique juridique procède du « social » et non de la « nature », que par conséquent, le monde des réalités sociales s'interpose entre le droit et la nature, et que par suite, c'est ce monde social et non pas le monde naturel qui est l'univers référentiel ultime des vérités de la technique juridique. C'est chez Saleilles qu'on trouve les développements les plus éclairants sur ce point : Dieu a certes créer le monde

⁷⁵ Cf. Frédéric Audren, « La Belle époque des juristes catholiques (1870–1914) », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n°28, 2008, p. 233–271.

⁷⁶ Pour Savigny, l'élément politique du droit est ce que tous les membres de la communauté politique expriment, par leurs usages et coutumes comme étant juste, la structuration spontanément et immédiatement juridique des rapports de la vie réelle, le « *lien du droit avec la vie du peuple en général* » (Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, trad. fr. A. Dufour, Paris, PUF, 2006, p. 55. Quant à l'élément technique, il correspond à la mise en œuvre de procédures spéciales inventées par les juristes pour restaurer l'unité politique du droit lorsque la conscience de cette unité n'est plus directement et immédiatement exprimée par tous, c'est « *la vie du droit comme science distincte [de la vie du peuple]* » telle qu'elle se manifeste dans la « *conscience des juristes* » (ibid.).

⁷⁷ Michoud voit le point de départ de sa théorie dans les articles de Bernatzik, *Archiv. für öffentliche Recht*, 1890, tome V, p. 169 ; Karlowa dans la *Grünhut's Zeitschrift*, tome XV (1888), p. 381 sq ; et Rosin, dans *Annalen des deutschen Reichs*, 1883, p. 285 sq. Planiol se situe dans le sillage de Gierke, *Deutsche genossenschaftsrecht* (1868) ; Duguit s'inspire explicitement de Brinz (cf. ci-dessus), Demogue revendique le patronage de Jhering ; Saleilles connaît fort bien la littérature allemande etc.

⁷⁸ Sur « l'invention du social », cf. l'excellent article de Pierre Macherey, « Aux sources des « rapports sociaux », Bonald, Saint-Simon, Guizot », *Genèses* n°9, 1991, pp. 25–43.

naturel, et ce monde naturel est bien le référent ultime des vérités métaphysiques. Mais le monde de l'homme est désormais un monde social créé par l'homme, le droit n'a désormais plus à connaître ou à imiter les vérités métaphysiques ultimes de la nature (sinon à titre d'idée régulatrice générale), il doit s'indexer sur les vérités humaines et muables du monde social⁷⁹. Les doctrines qui passeront à la postérité sous le label de « réalisme juridique » reposent sur l'affirmation que la réalité qui importe au droit est celle du social plutôt que de la nature.

Les opérations du droit sont donc désormais déliées de l'obligation d'imiter la nature. Mais elles ne se trouvent pas pour autant déliées de toute obligation mimétique, puisque la technique juridique doit désormais ressembler tant que faire se peut à cette « seconde nature » qu'est le monde social. Tous ces auteurs admettent de bon gré que les êtres sociaux sont des êtres imparfaits et incomplets en comparaison des êtres naturels créés par Dieu, que les réalités sociales ne sauraient par conséquent être connues des hommes avec le même degré de certitude dogmatique que les réalités naturelles (qui sont connues dans leur vérité lorsqu'elles sont reconnues comme des Dogmes par l'Eglise Catholique), mais ils ajoutent qu'elles sont cependant assez connaissables par des moyens humains (en l'espèce la science juridique) pour prétendre guider l'œuvre des praticiens du droit, qui doivent s'employer à produire le droit en s'y conformant. Les êtres sociaux sont donc l'ordre de vérité et le modèle des êtres juridiques, quand bien même cette vérité serait « purement technique », au sens de « artificielle »⁸⁰. Pour la première fois dans la doctrine juridique, *l'homme, c'est le monde de l'homme*⁸¹.

Déréliction

Comme on le voit, l'expérience que font ces auteurs s'apparente moins à une « perte de foi » dans les vérités naturelles, auxquelles ils ne cessent jamais, à des degrés divers, de croire sérieusement, qu'à une *déréliction*, ces vérités étant désormais trop éloignées et trop silencieuses pour être imitées à bon escient par le droit⁸². C'est pourquoi les groupements n'ont pas à être naturels pour être réels, il leur suffit désormais d'être sociaux, c'est-à-dire d'appartenir à la réalité sociale, cet univers intermédiaire entre le droit et la nature qui est

⁷⁹ Sur ce point, cf. mon article, « *La veritas iuris* selon Raymond Saleilles », *Droits*, Paris, PUF, 2008, pp. 77 sq.

⁸⁰ Sur ce point, cf. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, *op. cit.* n° 3 p. 8.

⁸¹ « L'homme, ce n'est pas une essence abstraite blottie quelque part hors du monde. L'homme, c'est le monde de l'homme, l'Etat, la société. » Karl Marx, Contribution à la critique de la philosophie du droit de Hegel, in *Critique du droit politique hégélien*, traduction française Albert Baraquin, Paris, Editions Sociales, 1975, p. 197.

⁸² Sur ce point, cf. Raymond Saleilles, *La méthode historique et la Bible, étude à propos d'un livre récent* (P. M. J. Lagrange, « La méthode historique surtout à propos de l'ancien testament »), Genève, Gilbert, 1903.

FICTIONS JURIDIQUES

certainement artificiel parce que d'origine humaine, mais assez substantiel pour servir de référentiel ontologique ultime et de modèle aux productions techniques du droit, au premier rang desquels le régime de la personnalité juridique. Il ne sera donc pas nécessaire pour se voir reconnaître la personnalité morale que les groupements en question soient dotés d'une personnalité naturelle à l'instar des personnes physiques, il suffira qu'ils présentent certaines qualités purement techniques (en l'occurrence un intérêt ou une volonté propre, manifestée par des organes), qui seront interprétées comme autant de manifestations de leur existence sociale. On aura reconnu la structure commune aux raisonnements des juges de Dôle et de la Cour de Cassation. Le « social » est ici érigé en univers référentiel d'où procèdent des « renseignements mythiques » (la présence d'un intérêt social, d'organes pour l'exprimer *etc.*) que le juriste va se contenter de « reconnaître » pour décider s'il doit ou pas conférer la personnalité morale à tel ou tel groupement.

Du point de vue ontologique, la force de cette théorie consiste à faire coïncider deux « régimes de vérité » : celui des « vérités naturelles » qui pour être vraiment (naturellement donc métaphysiquement) vraies sont indifférentes au droit (sinon sur le mode régulateur), et celui des « vérités sociales » qui sont certes des vérités « seulement » techniques, incapables de prétendre au rang de vérités métaphysiques ou dogmatiques, mais qui peuvent faire l'objet d'un degré de certitude suffisant et qui sont assez *bien trouvées* pour remplir la fonction de référent des vérités juridiques.

Il s'agit là d'un très notable bouleversement par lequel les juristes s'inscrivent dans une vision du monde dans laquelle, du point de vue de la technique juridique, la nature n'est plus le seul référent des vérités juridiques, qui sont désormais indexées à une pluralité d'univers candidats au rôle d'univers référentiel, dans lequel ils peuvent aller chercher les renseignements mythiques qu'ils jugent pertinents pour justifier leurs opérations. Ainsi, de la Cour de Cassation, qui doit choisir entre les vérités artificielles de la psychologie, de l'anatomie et de la génétique. Il résulte de ce bouleversement un sentiment général d'*inquiétude*⁸³ (il n'est pas aisé d'avoir le choix des mondes auxquels on voue la vérité de ses artifices), mais aussi une inédite forme de liberté qui inaugure, sinon une guerre des Dieux, au moins une ère de concurrence, dont nous ne sommes pas encore sortis, entre les univers (ou sous univers) candidats au statut d'univers référentiel du droit.

Polycosmie

La fameuse querelle de la réalité de la personne morale nous apprend donc que dans le droit, la réalité ne précède pas la technique (chronologiquement ou ontologiquement) mais au contraire qu'elle est désignée et instituée comme telle — on pourrait presque dire élue — par

⁸³ Marie-Claire Belleau, « The “Juristes Inquiets” : Legal classicism and criticism in early twentieth century France », *Utah Law Review*, 1997, pp. 379 sq.

le droit, ses opérations et ses dispositifs⁸⁴. Cette querelle nous apprend en outre qu'il n'est désormais plus possible aux juristes de faire comme-ci un univers voisin s'imposait à eux comme référentiel unique de la vérité de leurs opérations, que tous les juristes ne partagent plus les mêmes croyances sérieuses à propos de ce qui est censé garantir la *veritas iuris*, qu'ils vivent donc sous la condition d'une irréductible liberté de choix, qu'impose l'irréductible pluralité des régimes de vérité qui s'offrent à eux. Ou pour formuler autrement cette condition de radicale polycosmie vérifonctionnelle, en puisant dans le lexique de Pierre Legendre, il n'y a plus de Référence unique⁸⁵. La condition présente de polycosmie vérifonctionnelle porte une conséquence importante sur la texture même des régimes de vérité mobilisés par le droit. Tant que les juristes partageaient la croyance sérieuse dans la respectabilité de la nature et la nécessité d'en imiter les vérités, une dogmatique juridique était possible. Dès lors qu'il n'y a désormais plus de véritables dogmes juridiques, mais seulement des *ersatz* de dogmes qui se désignent eux-mêmes comme incapables d'être vraiment des dogmes dans la mesure même où ils sont désignés comme tels par le droit⁸⁶, les juristes se trouvent libres non seulement de dire le droit, mais encore de penser la production du droit comme activité entièrement autonome, au sens où le droit commande non seulement la production des règles, mais encore celle des univers référentiels qui garantissent la vérité de cette production. La condition de polycosmie radicale offre la possibilité de penser l'activité juridique comme auto-institution autonome de la société⁸⁷.

Le réel au jeu du miroir

La possibilité de suspendre la croyance sérieuse et partagée dans l'existence d'un

⁸⁴ Comme l'écrit Cornelius Castoriadis : « *La réalité n'est pas seulement, comme on le répète depuis Dilthey, « ce qui résiste », elle est tout autant et indissociablement, ce qui peut être transformé, ce qui permet le faire (et le teukhein) comme faire être autre chose que ce qui est ou faire être autrement que ce qui est ainsi. La réalité est ce dans quoi il y a du faisable et de l'infaisable (...) il en résulte immédiatement que la « réalité » est socialement instituée, non seulement en tant que réalité en général, mais en tant que telle réalité, réalité de cette société-ci* », Cornelius Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1975, p. 387.

⁸⁵ « *On reconnaît la structure universelle à ce que, sous tous les régimes normatifs, s'organise, au nom de la Référence absolue (je devrais dire avec plus de pertinence dans le nom de la Référence) que j'appelle encore fondatrice, la reproduction des fils à partir des fils — reproduction du semblable à partir du semblable — fils de l'un et l'autre sexe selon une formulation antique. Aux deux niveaux de cette construction, désignée dans mes travaux du terme de structure : niveau de la Référence et niveau du labyrinthe familial, le principe du Père est mis en scène comme principe différenciateur et règle de l'échange, comme principe produisant ses effets logiques* » Pierre Legendre, *Les Enfants du Texte, Leçons VI*, Paris, Fayard, 1992, p. 19.

⁸⁶ Sur ce point, cf. mon article, « La veritas iuris selon Raymond Saleilles » précité.

⁸⁷ Sur la notion d'autonomie dans l'institution imaginaire du monde social-historique, Cf. Cornelius Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, *op. cit.*

FICTIONS JURIDIQUES

« réel » assez réel pour servir de référentiel aux artifices juridiques condamne les juristes à s'inscrire dans un jeu de miroir sans fin, dans lequel c'est *in fine* de l'intérieur de l'univers secondaire et saillant de la technique juridique que sont élus les univers voisins réputés référentiels, dévoilant ainsi le « réel » comme à la fois plus artificiel et second par rapport aux artifices dont il est censé garantir la réalité. Dans ce jeu de miroirs, ce qui importe n'est pas tant d'élire un univers réel qui serait « vraiment » réel que de désigner comme référentiel des univers dont on peut se dire avec assez de conviction qu'ils sont réels pour continuer à jouer. On pourra méditer à sujet le paragraphe suivant, tiré d'un ouvrage du psychanalyste Donald Winnicott :

« Les philosophes sont toujours été soucieux de la signification du mot « réel » (...). Mais tous les philosophes ne sont pas capables de voir que ce problème qui obsède tout être humain décrit en fait la relation initiale à la réalité extérieure lors du premier repas théorique ; où de n'importe quel contact théorique. Je présenterais les choses de la manière suivante : quelques bébés ont la chance d'avoir une mère dont l'adaptation initiale active au besoin de l'enfant était suffisamment bonne. Cela leur permet d'avoir l'illusion de trouver réellement ce qui a été créé (halluciné). Finalement, après l'instauration de la capacité de relation, de tels bébés peuvent faire le pas suivant vers la reconnaissance de l'essentielle solitude de l'être humain. Finalement un tel bébé pourra grandir et dire « je sais qu'il n'y a pas de contact direct entre la réalité extérieure et moi-même, simplement une illusion de contact, un phénomène intermédiaire qui marche très bien pour moi lorsque je ne suis pas fatigué. Rien ne pourrait m'être égal comme l'existence d'un problème philosophique dans cette affaire »⁸⁸.

Cette proposition suggère que le monde de la vraie vie pourrait ne pas être aussi réel que ça, qu'il n'y a en tout cas pas un « *monde réel de la vraie vie* » qui nous serait de toute évidence donné en commun, et que les références auto-satisfaites à de telles évidences, généralement associées à de fortes proclamations sur le sérieux du droit, ont plus pour fonction de rassurer leurs auteurs que de nous aider à comprendre comment le droit fonctionne *réellement*. On peut aussi lire les lignes qui précèdent comme une incitation à accorder une attention particulière aux difficiles et patients efforts que chacun d'entre nous fournit dans le but d'essayer d'articuler et d'associer nos fictions respectives, dans l'espoir de tisser ainsi des univers fictionnels partagés assez communs et assez accueillants pour être à peu près habitables collectivement⁸⁹. Le droit (tout comme la littérature, mais autrement) est un des

⁸⁸ Donald W. Winnicott, *La nature humaine*, traduction française Bruno Weil, Paris, Gallimard, 1988, p. 151.

⁸⁹ Cf. Donald W. Winnicott, Le lieu où nous vivons, in *Jeu et réalité*, traduction française Claude Monod et JB Pontalis, Paris, Folio Gallimard, 1975, pp. 192 sq.

lieux, et peut être un lieu privilégié dans nos sociétés, où se fabriquent ce genre d'opérations. Winnicott nous invite en outre à ne surtout pas poser la question philosophique du réel, à considérer que la question de savoir si le réel est réellement réel est à dissoudre d'urgence, ou encore à renoncer à vouloir résoudre le paradoxe de la « question du réel », à accepter d'entrer dans ce jeu de miroirs sans fin et à n'en pas sortir. Cette proposition éminemment politique est largement contestée dans certains milieux juridiques, et mérite de ce fait, en guide de conclusion, qu'on la discute plus avant.

VII. La fiction juridique comme Référence

Cas n° 9. Le Grand Inquisiteur et son « noble mensonge ».

« L'action se passe en Espagne, à Séville, à l'époque la plus terrible de l'Inquisition, lorsque chaque jour s'allumaient des bûchers à la gloire de Dieu (...). Dans sa miséricorde infinie, il revient parmi les hommes sous la forme qu'il avait durant les trois ans de sa vie publique. Le voici qui descend vers les rues brûlantes de la ville méridionale, où justement, la veille, en présence du roi, des courtisans, des chevaliers, des cardinaux et des plus charmantes dames de la cour, le grand inquisiteur a fait brûler une centaine d'hérétiques ad majorem Dei Gloriam. Il est apparu doucement, sans se faire remarquer, et — chose étrange — tous le reconnaissent. (...) Attiré par une force irrésistible, le peuple se presse sur son passage et s'attache à ses pas. Silencieux, il passe au milieu de la foule avec un sourire d'infinie compassion. (...) Le peuple verse des larmes de joie et baise la terre sur ses pas. Les enfants jettent des fleurs sur son passage ; on chante, on crie « Hosanna ! ». C'est Lui, ce doit être Lui, s'écrie-t-on, ce ne peut être que Lui ! Il s'arrête sur le parvis de la cathédrale de Séville au moment où l'on apporte un petit cercueil blanc où repose une enfant de sept ans, la fille unique d'un notable. (...). Soudain un cri retentit, la mère se jette à ses pieds : « si c'est Toi, ressuscite mon enfant ! » et elle lui tend les bras. Le cortège s'arrête, on dépose le cercueil sur les dalles. Il le contemple avec pitié, sa bouche profère doucement une fois encore « Talitha koumi et la jeune fille se leva ». La morte se soulève, s'assied et regarde autour d'elle, souriante, d'un air étonné. Elle tient le bouquet de roses blanches qu'on avait déposé dans son cercueil. Dans la foule, on est troublé, on crie, on pleure. A ce moment, passe sur la place le cardinal grand inquisiteur. C'est un grand vieillard, presque nonagénaire, avec un visage desséché, des yeux caves, mais où luit encore une étincelle. (...) Il s'arrête devant la foule et observe de loin. Il a tout vu, le cercueil déposé devant Lui, la résurrection de la fillette, et son visage s'est assombri. Il fronce ses épais sourcils et ses yeux brillent d'un éclat sinistre. Il le désigne du doigt et ordonne aux gardes de le saisir. Si grande est sa puissance et le peuple est tellement habitué à se soumettre, à lui obéir en tremblant, que la foule s'écarte devant les sbires ; au milieu d'un silence de mort, ceux-ci l'empoignent et l'emmènent »⁹⁰

On aura reconnu les premières pages du célèbre poème d'Ivan, et l'on connaît la suite. Le

FICTIONS JURIDIQUES

grand inquisiteur rend visite au Christ revenu parmi les hommes dans son cachot, et après lui avoir interdit d'ajouter un mot à ce qu'il a dit jadis, lui expose les raisons pour lesquels il le fera brûler comme hérétique dès le lendemain. Le Christ a dit aux hommes « *je veux vous rendre libre* », il aura fallu quinze siècles à l'Eglise pour achever son œuvre en les soumettant en son nom. Enfin, l'œuvre achevée, jamais : « *les hommes ne se sont crus aussi libres qu'à présent, et pourtant leur liberté, ils l'ont humblement déposée* » aux pieds de l'Eglise. Désormais, pour la première fois, il devient possible de songer au bonheur des hommes. Le poème se termine sans épilogue, Ivan suggère que le grand inquisiteur pourrait ouvrir la porte du cachot, dire au Christ : « *va-t-en et ne revient plus ... plus jamais !* », et le laisser aller dans les ténèbres de la ville.

Fallait-il faire arrêter le Christ ? Le grand inquisiteur sait que pour rendre les hommes heureux, il faut leur ôter la liberté, au nom de la liberté. Il sait qu'on ne gouverne pas sans mentir, sans donner au gouvernement une origine mythique assez crédible pour garantir la vérité du pouvoir, nourrir la croyance des gouvernés dans la justice du gouvernement et leur accorder ainsi la possibilité du bonheur, en rendant supportable l'abdication du fardeau intolérable de la liberté.

Bovarysme politique

L'argument n'est pas récent, comme beaucoup d'arguments, on le trouve d'abord chez Platon, sous la forme d'une apologie du « noble mensonge »⁹¹ en politique, à l'usage exclusif des gouvernants⁹², au terme de laquelle il est vivement recommandé aux Gardiens de la Cité de proposer à la crédulité des citoyens une histoire invraisemblable et supposée phénicienne, qui raconte que les soldats et les citoyens d'Athènes sont nés de la Terre qui les a formés, et pour laquelle ils doivent par conséquent accepter de mourir. On aura reconnu dans ce mensonge le mythe de l'autochtonie (*auto-chtôn* : né du sol même de la patrie), qui parce qu'il dit qu'« Athènes était originairement Athènes », donne son *archè* mythique à l'histoire de la Cité, joue le rôle d'*aiôn*, « principe vital toujours régénéré dans le perpétuel recommencement de l'origine » et fournit un « fondement immémorial » à l'idéologie civique athénienne⁹³. On aura reconnu ce que Pierre Legendre appelle la Référence absolue, dans le Nom de laquelle se

⁹⁰ Dostoïevski, *Les frères Karamazov*, traduction française Henri Mongault, Gallimard, folio, 2009, p. 348.

⁹¹ Platon, *République*, III, 414c. Traduction française George Leroux, GF Flammarion, 2002.

⁹² Platon, *République* III, 389b–389c. : « *Ceux qui gouvernent la cité, si vraiment on doit l'accorder à certains, que revient la possibilité de mentir, que ce soit à l'égard des ennemis, ou à l'égard des citoyens quand il s'agit de l'intérêt de la cité. Pour tous les autres, il est hors de question qu'ils y recourent.* »

⁹³ Nicole Loraux, « L'autochtonie, une topique athénienne » in *Les enfants d'Athéna, Idées athéniennes sur la citoyenneté et la division des sexes*, Paris, Seuil, 1990, citations pages 35 à 40.

constituent les identités collectives et individuelles⁹⁴.

Pour Platon, bien que le mythe soit un mythe et non une histoire vraie, les Gardiens de la Cité sont fondés à user des techniques de la rhétorique pour en convaincre les citoyens afin de leur inspirer plus de dévouement pour la Cité. L'ordre politique exige l'obéissance aux lois, parfois même jusqu'au sacrifice de sa vie. Cette soumission ne saurait être obtenue sans que les assujettis ne soient liés par des croyances qui lui donne sens et la légitime. Platon nous apprend ainsi qu'il n'y a d'ordre politique possible que fondé sur la croyance sérieuse et partagée dans les mythes qui garantissent l'appartenance de chacun à cet ordre et fondent sa vérité (l'autochtonie d'Athènes). Il nous apprend en outre que la croyance dans cette vérité politique là vaut bien, par les effets qu'elle produit, que les gouvernants fassent l'effort d'inscrire dans l'imaginaire collectif des citoyens une histoire dont ils savent par ailleurs qu'elle est évidemment fausse.

De la même manière, le poème d'Ivan nous apprend non seulement qu'on ne peut gouverner les hommes qu'en faisant procéder le pouvoir d'un Nom mythique assez glorieux et fascinant pour obtenir du peuple qu'il consente et acquiesce à sa propre soumission, mais encore que cette nécessité s'impose quand bien même le caractère illusoire du Nom serait dévoilé par la présence réelle de Celui qu'il désigne. C'est bien cette nécessité qui conduit le grand inquisiteur à perpétuer la croyance du peuple dans l'Eglise, au motif que la réalité dévoilée par la présence réelle du Christ et la promesse de liberté qui l'accompagne empêchent le peuple d'éprouver la nécessité de se soumettre aux lois, et par suite lui interdit d'accéder au bonheur. La réalité constitutive de l'ordre politique est le fait brut de la domination. Cette réalité est proprement intolérable lorsqu'elle est subie telle qu'elle, il n'y a par conséquent de bonheur politique que dans l'illusion générale et partagée que cette domination est juste, bonne et nécessaire. Le bon gouvernement et ses lois sont un théâtre, à la vérité duquel les gouvernés sont tenus de croire s'ils veulent être heureux.

Il faut noter toutefois que la question de la croyance sérieuse et partagée dans le « noble mensonge » est une question difficile, parce qu'elle repose sur le paradoxe suivant : ceux qui croient dans la vérité du mensonge ne peuvent y reconnaître un mythe, et s'il est vrai qu'il faut croire pour se soumettre, ceux qui n'y croient pas n'ont aucune raison d'obéir aux lois que le mythe garantit. Le mythe originaire ne se présente comme une fiction qu'à ceux qui savent que les cieux (ou la terre) sont vides, et qui vont parfois (c'est toute la grandeur du grand inquisiteur) jusqu'à estimer qu'il convient de faire comme s'ils l'étaient, quand bien même ils ne le seraient pas, en vrai. Mais le mythe ne joue son rôle politique que dans la mesure où il est cru, ou pour le dire avec Pierre Legendre : « *un mythe cesse d'opérer, c'est-à-dire de produire ses effets normatifs, s'il se sait être un mythe* »⁹⁵.

⁹⁴ Cf. note n° 80.

⁹⁵ Pierre Legendre, *Les Enfants du Texte*, op. cit. p. 68.

FICTIONS JURIDIQUES

Ce paradoxe ouvre un dilemme assez vertigineux, qui nous invite à trancher la question de savoir s'il est possible et préférable de ne pas croire dans la vérité du pouvoir auquel on est soumis, ou encore s'il est possible et préférable de dévoiler l'illusion fondatrice de l'ordre politique, du gouvernement et des lois, au risque, comme le rappelle Kelsen dans une formule saisissante, que celui qui soulève le voile et ne ferme pas les yeux aperçoive la hideuse face de Gorgone du Pouvoir⁹⁶.

Cette question est celle du « *bovarysme* »⁹⁷ en politique, par quoi il faudrait entendre la propension qu'ont les gouvernés à préférer croire dans la réalité des fictions politiques au nom desquels on les gouverne afin de se ménager une sujétion heureuse. Les partisans du « beau mensonge » estiment qu'un monde dans lequel on est soumis à des lois dans la vérité desquelles on ne croit pas est un monde plus cruel et moins fiable, qu'un monde dans lequel on croit savoir pourquoi et à qui l'on obéit. Le voile levé, il n'y a rien d'autre à voir que la force brute de la domination, spectacle insupportable. La vertu de l'illusion est ici de civiliser le pouvoir nu, de donner un sens à l'inévitable domination, et c'est pourquoi ceux qui ont eu la sagesse de lever le voile et le courage de ne pas fermer les yeux doivent encore avoir la noblesse politique de cacher l'effrayante découverte en recouvrant la Gorgone du Pouvoir de ce voile dans la vérité duquel il ne leur est plus possible de croire. Ceux là sont assez politiques pour renoncer à la liberté sauvage de l'insoumis, assez philosophes pour n'avoir pas d'illusions, mais plus politiques que philosophes puisqu'ils résistent à la tentation socratique de dénoncer ces illusions à ceux qui sont restés dans la caverne, éblouis par les mythes qui donnent sens à leur vie collective. (Notons d'ailleurs que le très subtil Platon sera parvenu, dans la même phrase, et en même temps qu'il énonce la théorie du noble mensonge, à dénoncer comme mythe l'idéologie athénienne officielle de l'autochtonie et comme menteurs les gouvernants qui s'en réclament ...).

Assumer ce paradoxe serait ainsi la lourde et noble charge de tous les gouvernants vertueux, la condition du chef politique, qu'il soit magistrat à Athènes ou encore Inquisiteur à Séville. Cette condition est aussi celle du juge qui sait qu'il crée des règles nouvelles au moment même où il affirme se contenter d'appliquer servilement les lois, de l'administrateur qui gouverne discrétionnairement dans la terne apparence de l'exercice d'une fonction

⁹⁶ « La question du droit naturel est l'éternelle question de savoir ce qui se cache derrière le droit positif. Et celui qui cherche la réponse ne découvrira jamais, je le crains, ni la vérité absolue d'une métaphysique, ni la justice absolue d'un droit naturel. Celui qui soulève le voile et ne ferme pas les yeux, celui-là peut apercevoir la hideuse face de Gorgone du Pouvoir qui le fixe » Hans Kelsen, *Diskussionsrede zu den Berichten « Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des art. 109 der Reichsverfassung »*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 3, 1927, p. 55. Cité par Carlos Herrera (dir.), *Le droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 8.

⁹⁷ Jules de Gaultier, *Le Bovarysme, la psychologie dans l'œuvre de Flaubert*, Paris, Cerf, 1892.

purement exécutive, du député qui vote les lois au nom d'un peuple qu'il sait confondre dans ses maximes personnelles avec les seuls électeurs de sa circonscription. *Etc.*

On aura compris que pour être un partisan de l'argument du noble mensonge il faut se compter soi-même parmi les esprits assez forts pour ne concevoir le bonheur politique que dans l'obéissance et la croyance, mais s'estimant eux-mêmes assez lucides pour ne pas être dupes de cette illusion et assez sage pour ne pas la dissiper. Le paradoxe même de l'argument (dévoiler l'illusion qu'on entend perpétuer pour les autres) lui confère fatalement des traits aristocratiques. On comprend que l'argument du noble mensonge soit très séduisant pour ceux qui s'en réclament, puisque ceux-ci se trouvent, par le seul fait de s'en réclamer, immédiatement qualifiés pour appartenir à la catégorie des esprits forts, capables tout à la fois de connaître, d'affronter la vérité, et de la sacrifier aux exigences du bon gouvernement. On peut toutefois lui opposer les deux remarques suivantes.

Confiance et croyance

S'il est vrai qu'on ne saurait supporter de vivre dans un monde assez fiable pour être habitable, si le droit ne peut produire le monde de l'homme sans leur donner confiance dans la réalité de leur monde vécu, rien n'indique que cette confiance doive nécessairement reposer sur la croyance dans sa *vérité*. Comme le suggère Donald Winnicott⁹⁸, il se pourrait que l'origine de la confiance dans le monde (les objets qui nous sont extérieurs) soit à chercher dans le rapport originnaire à l'objet primaire, nommément la mère du nouveau né. Il se pourrait ainsi que notre croyance dans les Noms qui garantissent nos vérités politiques (Cité, Dieu, Roi, Peuple *etc.*) soit autant de figures magnifiées de ce rapport originnaire. Mais rien n'indique qu'il soit nécessaire de croire *vraiment*, de manière absolument sérieuse, que ces objets que nous appelons Cités, Dieu, Rois ou Peuples soient des objets qui nous sont *vraiment* extérieurs, et qui sont *vraiment* réels, ni même qu'il soit nécessaire de nier qu'il est probable que ces objets sont largement fantasmatiques et trouvent leur origine dans les projections et les identifications croisées que nous opérons depuis notre naissance pour essayer d'établir des rapports stables de confiance avec eux. C'est dire que la fiabilité du monde ne repose pas sur la croyance dans la réalité de ces objets extérieurs, mais sur la confiance et la continuité de la relation que nous établissons avec eux comme avec l'ensemble de ce qui nous semble être le monde extérieur et réel de la vraie vie. Ainsi lorsque Donald Winnicott propose une défense de la Monarchie anglaise, ce n'est pas parce qu'il croit vraiment que l'adage « le roi est mort, vive le roi » est un énoncé vrai ou que le corps réel du Roi se confond *vraiment* avec son corps mystique, c'est au contraire parce qu'il accepte que le paradoxe constitutif de la Monarchie (« *l'homme ou la femme qui prend place sur le trône représente le rêve de tout le monde, et*

⁹⁸ Cf. en particulier, Donald Winnicott, « Les enfants et l'apprentissage », in *Conversations ordinaires*, Paris, Gallimard, 1988, p. 205.

FICTIONS JURIDIQUES

cependant c'est un être réel possédant toutes les caractéristiques d'un être humain »⁹⁹) ne soit jamais résolu. Accepter de ne jamais résoudre le paradoxe, c'est accepter de ne pas croire dans la réalité, c'est préférer faire comme font les bébés qui jouent « *avec le bout de tissu ou l'ours en peluche indispensables à [leur] sécurité, à [leur] bonheur et symbolisant leur mère ou une partie de la mère (ou du père) toujours disponibles* » sans jamais se demander si ce bout de tissu est *vraiment* leur mère. C'est dire que le « noble mensonge » n'est pas nécessaire, ou encore que, comme le soulignait Paul Veyne, et contrairement à ce qu'affirme Platon, les grecs n'ont jamais eu besoin de croire sérieusement dans le mythe de l'autochtonie pour se sentir athéniens et être de bons citoyens, ou encore que les sujets britanniques de Sa Majesté et les bébés n'ont pas besoin de croire dans la vérité de leurs objets transitionnels pour que ces derniers rendent leur monde plus fiable et plus accueillant. Tout au contraire, si leur monde est fiable et accueillant, c'est parce qu'ils ne répondent pas à la question du réel, parce qu'ils écartent la question de la vérité et se tiennent dans cette « *zone intermédiaire* » entre le rêve personnel et la réalité vraie et partagée qui est « *l'espace du jeu et de l'expérience culturelle* », dans lequel la question de la vérité et de l'erreur ne se pose plus. Ajoutons que selon Winnicott, on ne saurait sous estimer l'étendue de cet espace, puisqu'à ses yeux « *on pourrait même dire que toute la civilisation se passe là* »¹⁰⁰. C'est dans cet espace que se tient l'ensemble des phénomènes juridiques. Concluons ce point : la confiance dans le monde ne repose pas sur la croyance dans sa réalité. On peut fort bien avoir durablement confiance en des figures et récits fictionnels dans la réalité desquels on ne croit pas sérieusement, pourvu qu'on les respecte assez pour s'y attacher. Au demeurant, cette conclusion est fort simple, tous les amoureux de littérature savent fort bien que certaines œuvres de fiction ne les trahiront jamais.

Référence et autonomie

La seconde remarque est politique, elle porte sur le biais aristocratique de l'argument du « noble mensonge ». Comme on l'a vu, il suffit de le défendre pour se désigner soi-même au nombre des esprits forts qui sont assez lucides pour ne pas être dupes de cette illusion et assez sage pour ne pas la dissiper. Mais ces mêmes esprits forts sont toujours de bons citoyens qui obéissent aux lois. Mieux, ce ralliement les qualifie directement pour être non seulement de bons citoyens obéissants aux lois mais pour être les sages gouvernants qui les produisent. En renonçant à diffuser la vérité qu'ils ont aperçue en levant le voile, ils apportent la preuve de leur haute vertu civique. C'est dire que la prémisse sur laquelle repose le bovarysme en politique (il faut croire pour obéir et obéir pour être heureux) ne vaut que pour la masse des

⁹⁹ Donald Winnicott, « Sur le rôle de la Monarchie » in *Conversations ordinaires*, Paris, Gallimard, 1988, p. 389.

¹⁰⁰ Donald W. Winnicott, « *Sur le rôle de la Monarchie* » art. .cit. p. 388.

gouvernés, mais pas pour le petit nombre des esprits forts, au nombre desquels ils sont certains d'appartenir.

Mais comme le note Cornelius Castoriadis, l'affaire est simple : si certains sont capables d'obéir et de gouverner sans croire, n'importe qui peut obéir et gouverner sans croire, le « noble mensonge » n'est qu'un mensonge sur lequel se fonde la prétention de ceux qui le professent à gouverner¹⁰¹. Ou encore, si la lucidité et le courage requis pour lever le voile et soutenir le regard de la Gorgone du Pouvoir peut être partagée par un petit nombre, elle peut l'être par le plus grand nombre. De ceci il faut conclure qu'une société qui aspire à la démocratie ne saurait s'accommoder facilement du bovarysme, que lui convient mieux au contraire l'acceptation sereine de la condition de polycosmie radicale qui procède de l'indolence des engagements ontologiques de ses membres, parce que cette dernière rend pensable la production *autonome* des règles et des institutions qui la régissent. Il paraît que les Grecs du Ve siècle ne s'estimaient pas démocrates parce qu'ils se présumaient égaux, mais tout au contraire parce que se présumant inégaux, ils s'évertuaient à fabriquer des artifices dont la fonction était de corriger ces inégalités, et dans la vérité desquels ils ne croyaient pas. Il paraît aussi que ces artifices ont cessés de fonctionner correctement lorsque les Grecs ont commencé à les croire fondés anthropologiquement¹⁰².

BIBLIOGRAPHIE UTILE

- Aristote, *Poétique*, trad. fr. Jean Lallot et R. Dupont-Roc, éd. Seuil, 1980.
- Assier-Andrieu Louis, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1986.
- Assier-Andrieu Louis, *L'autorité du passé en Common Law*, à paraître.
- Baker J. H., *The law's two bodies: some evidential problems in English legal history*, Oxford

¹⁰¹ « Chacun de nous est un puits sans fond, et ce sans-fond est, de toute évidence, ouvert sur le sans-fond du monde. En temps normal, nous agrippons à la margelle du puit, sur laquelle nous passons la plus grande partie de notre vie. (...) Je n'ai pas besoin d'un mythe pour reconnaître ce fait ; les mythes eux-mêmes, comme les religions, à la fois ont affaire à ce sans-fond et visent à le masquer : ils lui donnent une figure déterminée et précise qui en même temps reconnaît le sans-fond et, en vérité, tend à l'occulter en le fixant. Le sacré, c'est le simulacre institué du sans-fond. Je n'ai pas besoin de simulacres, et ma modestie me fait penser que, ce que je peux à cet égard, tous le peuvent. Or, derrière vos questions il y a l'idée que seul un mythe pourrait fonder l'adhésion de la société à ses institutions. Vous savez, c'était déjà l'idée de Platon, le « noble mensonge ». Mais l'affaire est simple : dès que l'on a parlé de « noble mensonge », le mensonge est devenu mensonge et le qualificatif « noble » n'y change rien. » Cornelius Castoriadis, « Une interrogation sans fin » in *Domaines de l'homme, Les carrefours du Labyrinthe*, Paris, Seuil, 1986, II, p. 313.

¹⁰² I. Stengers, in Bruno Latour et Pasquale Gagliardi, *Les atmosphères de la politique*, Seuil 2006, p. 89.

FICTIONS JURIDIQUES

- University Press, 2001.
- Baruchel Nathalie, *La personnalité morale en droit privé : éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, 2004.
 - Berman Harold, *Law and Revolution*, Harvard University Press, 1983.
 - Bernhöft Franz, *Zur Lehre von den Fiktionen*, Weimar, H. Böhlau, 1907.
 - Best William Mawdesley, *A treatise on presumptions of law and fact : with the theory and rules of presumptive or circumstantial proof in criminal cases*, Philadelphia, T. & J. W. Johnson, 1845.
 - Biet Christian, *Droit et littérature sous l'Ancien Régime. Le Jeu de la valeur et de la loi*, Paris, Champion, 2002.
 - Biet Christian, « Droit, littérature, théâtre : la fiction du jugement commun » in dossier spécial « La démocratie peut-elle se passer de fictions ? » *Raisons politiques*, Paris, 2007/3, pp. 91–105.
 - Bouveresse Jacques, « La théorie des fictions chez Bentham », in K. Mulligan et R. Roth (ed.), *Regards sur Bentham et l'utilitarisme*, Genève, Droz, 1993, pp. 87–98.
 - Brecht Bertold, *Petit organon pour le théâtre*, Paris, L'Arche, 1997.
 - Brinz Alois, *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen (A. Diechert), 1873–[95].
 - Brunschvig R. « De la fiction légale dans l'Islam medieval » *Studia Islamica*, 1970/32, pp. 41–51.
 - Burns James “ Bentham’s Critique of Political Fallacies ” in Parekh, B. (ed.) *Jeremy Bentham: Ten Critical Essays*, London: Frank Cass, 1974.
 - Capitant Henri, *Introduction au droit civil*, Paris, Pédone, 1923, 4e ed., n° 157, p. 211 sq.
 - Cayla Olivier « Le jeu de la fiction entre *comme si* et *comme ça* », *Droits*, n° 21, 1995, p. 9 sq.
 - Cassin, B. « Du faux ou du mensonge à la fiction », in *Le Plaisir de parler*, Paris, Minuit, 1986.
 - Castoriadis Cornelius, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1975.
 - Cléro Jean-Pierre, « La théorie des fictions chez Jeremy Bentham » in *Nouvelles de la République des Lettres*, Prismi, Naples, 1993, pp. 47–71.
 - Cléro Jean-Pierre, “La justice, les passions et les fictions. La théorie de la justice selon Hume, Bentham et Rawls”, *Dioti*, 3, 1998, pp. 85–115.
 - Cohen Morris, “ On the logic of Fiction ” *Journal of Philosophy*, 1923, p. 477 sq.
 - Cohn Dorrit, *Le propre de la fiction*. Paris, Seuil, 1921.
 - Costa Delphine, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2000.
 - Hauteserre (Dadin d’) Antoine (Antonii Dadini Alteserrae), *De Fictionibus juris tractatus septem. Accessit ejusdem solemnis praelectio ad L. cumsocietas D. pro socio*. C. H. Hemmerde, 1769 (1659).
 - De Champs Emmanuelle, “ The Place of Jeremy Bentham’s Theory of Fictions in

- Eighteenth-century Linguistic Thought ” in *Journal of Bentham Studies*, vol. 2, 1999, http://www.ucl.ac.uk/BenthamProject/publications/journals/journal_bentham_studies/journal_bentham_studies_02
- Dekkers René, *La Fiction juridique : étude de droit romain et de droit comparé*, Paris, Recueil Sirey, 1935.
 - Demelius Gustav, *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung*, Weimar, H. Böhlau, 1858.
 - Demogue René, *Les notions fondamentales de droit privé, essai critique*, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1911.
 - Descola Philippe, *Par delà nature et culture*, Paris, Gallimard, 2005.
 - Detienne Marcel et Vernant Jean-Pierre, *Les ruses de l'intelligence, la mètis des grecs*, Paris, Flammarion, 1974.
 - Dewey John, “The Historic Backgrounds of Corporate Legal Personality” in *Yale Law Journal* 1926, vol. 35/6, pp. 655 sq.
 - Duguit Léon, *Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Alcan, 1912, 2^e ed.
 - Duguit Léon, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris, Alcan, 1922, 3^e ed.
 - Duguit Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Boccard, 1924, 2^e ed.
 - Duméril H., « Les fictions juridiques », in *Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence*, 1882 VI p. 448 et p. 534.
 - Ducrocq Théodore, *Cours de droit administratif et de législation française des finances avec introduction de droit constitutionnel et les principes du droit public*, Paris, Fontemoing, 1900, 7^e ed.
 - Elgin Catherine, « Les fonctions de la fiction », traduit de l'anglais par Jean-Pierre Cometti, et Jacques Bouveresse, « Fait, fiction et diction », in *Cahiers du Musée National d'Art Moderne*, n° 41, automne 1992, pp. 33–42.
 - Fuller Lon L., *Legal Fictions*, Stanford University Press, Oxford University Press, 1967.
 - Gaultier Jules de, *Le Bovarysme, la psychologie dans l'œuvre de Flaubert*, Paris, Cerf, 1892.
 - Genette Gérard « Les actes de fiction » dans *Fiction et diction*, Le Seuil, « Poétique », 1991.
 - Gény François, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1919.
 - Gény François, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1921.
 - Gillet Pierre, *La personnalité juridique en droit ecclésiastique : spécialement chez les décrétistes et les décrétalistes et dans le Code de droit canonique*, Malines, W. Godenne, 1927.
 - Guyot P., « L'idée de fiction » in *Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence*, 1908/XXXII, pp. 416 sq.
 - Gray John C., *Nature and Sources of the Law*, New York, Gray ed., 1931, 2d ed.
 - Hamburger Kate, *Logique des genres littéraires*, Paris, Seuil, 1986 (1977).

FICTIONS JURIDIQUES

- Hauriou Maurice, « La personnalité comme élément de la réalité sociale », in *Revue générale du droit, de la législation et de jurisprudence*, 1898, XXII, pp. 5–23 et 119–141.
- Hauriou Maurice, « Du fondement de la personnalité morale » in *Leçons sur le mouvement social*, Paris, Larose, 1899, pp. 144–162.
- Hauriou Maurice, « La souveraineté nationale », in *Recueil de législation de Toulouse*, 1912, VIII, 2^e série, pp. 1–154.
- Hauriou Maurice, « La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat », in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1923, XXII pp 331–346.
- Hauriou Maurice, « L'institution et le droit statutaire », in *Recueil de Législation de Toulouse*, 2e série, T. 11, 1906, p. 134–182.
- Hauriou Maurice, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 4, Paris, 1925, pp. 1–45.
- Hauriou Maurice, *Ecrits sociologiques*, Paris, Dalloz, 2008. (préface de F. Audren et M. Millet).
- Imbert Jean, *Les hôpitaux en droit canonique*, Paris, Vrin, 1947.
- Jhering Rudolf (von), *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. fr. Octave Meulenaere, Paris, A. Marescq Aîné, 2e ed., 1880.
- Hohfeld Wesley Newcomb, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning, and other legal essays*, New Haven, Yale University Press, 1919.
- Jaume Lucien, “ Autour de Hobbes, représentation et fiction ” *Droits*, 1995, n° 21, p. 95 sq.
- Kantorowicz Ernst Hartwig, *The king's two bodies ; a study in mediaeval political theology*, Princeton, Princeton University Press, 1957.
- Kelsen Hans, « Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob », in *Annalen der Philosophie*, 1. Band, 1919, pp. 630–658.
- Korosec G., “ The role of fictions in law: Hume, Adam Smith and Bentham ”, in *Filozofski-vestnik*, 1994, 15(2), pp. 151–168.
- Björn Larsson (1994) « La fiction n'est plus ce qu'elle était. Quelques remarques sur les théories pragmatiques du concept de fiction » in *Orbis Litterarum* 49 (6), pp. 317–337.
- Latour Bruno, *Nous n'avons jamais été modernes — essai d'anthropologie symétrique*, Paris, La Découverte, 1997.
- Latour Bruno, *La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2004.
- Laval Christian, *Bentham: Le pouvoir des fictions* (Paris, Presses Universitaires de France, 1994.
- Lavocat F. et Duprat A. (dir.), *Fiction et cultures*, Paris, SFLGC, 2010.
- Lavocat Françoise « Le mensonge dans la cité. Fiction juridique contre fiction poétique » in dossier spécial « La démocratie peut-elle se passer de fictions ? » *Raisons politiques*,

- Paris, 2007/3, pp. 123–129.
- Lecocq Lucien, *De la fiction comme procédé juridique*, Thèse, Université de Paris, 1914.
 - Legendre Pierre, *Les Enfants du Texte, Leçons VI*, Paris, Fayard, 1992.
 - Leroyer Marie-Anne, *Les fictions juridiques*, thèse Paris II, 1995.
 - Maine Sir Henry Sumner, *Ancient Law Its Connection with the Early History of Society*, London, Murray, 1906.
 - Maitland, Frederic W., *State, trust, and corporation*, Cambridge University Press, 2003.
 - Maitland, Frederic W., *The collected papers*, Buffalo, W.S. Hein, 1981, p. 316 sq.
 - Mari, E., « J. Bentham: du souffle pestilentiel de la fiction dans le droit à la théorie du droit comme fiction » in *Revue internationale d'études juridiques*, 1985 XV, pp. 1–40.
 - Mestre Achille, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Paris, Rousseau, 1899.
 - Meyerson Ignace, *problèmes de la personne*, La Haye, Mouton, 1973.
 - Mathey Nicolas, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, Thèse Paris II, 2001.
 - Michaud-Quantin Pierre, *Universitas : expressions du mouvement communautaire dans le Moyen âge latin*, Paris, Vrin, 1970.
 - Michaut Françoise, « Le processus générateur de normes chez Robert Cover et son utilisation par Frank I. Michelman : de la description à la fiction » in dossier spécial La démocratie peut-elle se passer de fictions ?, *Raisons politiques*, Paris, 2007/3, pp. 59–69.
 - Michoud Léon, *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, 1932, 2^e ed.
 - Mondzain Marie-José « L'idôle comme fantasme fusionnel et son destin politique » in Dekoninck et Watthee-Delmotte (ed.) *L'idole dans l'imaginaire occidental*, Paris, L'Harmattan, 2005, pp. 13 sq.
 - Panizo Orallo, *Santiago. Persona jurídica y ficción : estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1975.
 - Ogden C. K., *Bentham's Theory of Fictions*, London, Kegan, Paul, Trench, Trübner & Co., 1932.
 - Oura Yasusuke, « Procès de la fiction, procès de la littérature : sur quelques cas au Japon » in Lavocat F. et Duprat A. (dir.), *Fiction et cultures*, Paris, SFLGC, 2010, pp. 213–223.
 - Patault Anne-Marie, « La personne morale d'une nationalisation à l'autre, naissance et mort d'une théorie », in *Droits*, 1993, n° 17, pp. 80 sq.
 - Patault Anne-Marie, « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la nature juridique de la personne morale. », in *La Révolution et l'ordre juridique privé*, Orléans, Édition du CNRS-PUF, 1988, tome I, pp. 151–159.
 - Pavel Thomas, *Univers de la fiction*, Paris, Seuil 1988.
 - Paulson Stanley S. « Hans Kelsen et les fictions juridiques » *Droits*, Paris, 1995, n° 21, p. 65 sq.

FICTIONS JURIDIQUES

- Perelman Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979.
- Perelman C. et Foriers P. (ed.) *Les Présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974.
- Poullain du Parc, *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*, Rennes F. Vatar, 1768, tome III du second livre, appendice.
- Platon, *La République*, traduction Leroux, GF Flammarion, Paris, 2002, III, 395a–d, 414d–415d.
- Planiol Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, Pichon, 1900, 3e ed. T. I, n° 3005, pp. 977 sq.
- Postema, Gerald J. “ Facts, Fictions and Law: Bentham on the foundations of evidence ” in Twining W. (ed.) *Facts in Law, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1983, n° 16, pp. xxxvii sq.
- Villargues Rolland de, article « fiction » in *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, Paris, tome III, 1828, p. 653.
- Ross A., « Legal Fictions », in Hugues G. (ed.), *Law, Reason, and Justice. Essays in Legal Philosophy*, New York University Press, 1969, xiii+269 p., pp. 217–234.4.
- Riffaterre M., *Fictional Truth*, J. Hopkins University Press, 1990.
- Rodriguez M. “ Innocent IV and the element of fiction in juristic personalities ”, *The jurist*, 1962, 22, pp. 287–318.
- Rota A., « Natura iuridica e forme della istituzione nella dottrina di Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) » in *Archivio giurifico*, 1966, 150, pp. 67–139.
- Saleilles Raymond, *De la personnalité juridique : histoire et théories : vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1910, reprint Paris, Éd. La mémoire du droit, 2003.
- Savigny Carl Friedrich (von), *Traité de droit romain*, traduction Guenoux, Paris, Didot, 1855, t. II.
- Schaeffer Jean-Marie, *Adieu à l'esthétique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000.
- Schaeffer Jean-Marie « Quelles vérités pour quelles fictions ? », *L'Homme*, n° 175–176 : « Les vérités de la fiction », 2005, p. 19–36.
- Schaeffer Jean-Marie, *Pourquoi la fiction ?*, Paris, Seuil, 1999.
- Schaeffer Jean-Marie, *De l'imagination à la fiction*, Vox Poetica, 2002. <http://www.vox-poetica.org/t/fiction.htm>
- Schütz Anton, « L'immaculée conception de l'interprète et l'émergence du système juridique : à propos de « fictions » et « constructions » en droit » in *Droits*, Paris, 1995, n° 21, p. 113 sq.
- Searle John « Le statut logique du discours de la fiction » dans *Sens et expression. Etudes de théorie des actes de langage*, Minuit, 1982.

MIKHAÏL XIFARAS

- Simonin Anne, « Mais qui est Richard H. Weisberg ? Droit et Littérature : nouvelles réflexions sur la question juive », in dossier spécial La démocratie peut-elle se passer de fictions ?, *Raisons politiques*, Paris, 2007/3, pp. 9 à 35.
- Smith Jeremiah, “ Surviving fictions ”, *Yale Law journal*, 1928, vol. 27, p. 317 sq.
- Staël, G. de, *Essai sur les fictions*, Paris, éd. Ramsay, 1979.
- Thomas Yan, « *Fictio Legis*, l’empire de la fiction romaine et ses limites médiévales » *Droits*, 1995, n° 17, p. 21 sq.
- Travers de Faultrier Sandra, « Sur la fiction » in *Lieux littéraires*, Paris, 2001, p. 3 sq.
- Travers de Faultrier Sandra, « Le « comme si » à l’ère du soupçon » in dossier spécial La démocratie peut-elle se passer de fictions ?, *Raisons politiques*, Paris, 2007/3, pp. 107–117.
- Tourtoulon (de) Pierre, *Les principes philosophiques de l’histoire du droit*, Lausanne, Paris, 1908–1919.
- Tusseau Guillaume, *Jeremy Bentham. La guerre des mots*, à paraître.
- Ulmann W. “ The delictual Responsibility of Medieval Corporations ”, *Law Quarterly Review*, 1948, vol. 64, pp. 81 sq.
- Varadachari, V. K., *Legal fictions*, Lucknow, Eastern Book Co., 1979.
- Vareilles-Sommières Gabriel de Labroue (de), *Les personnes morales*, Paris, Pichon, 1902.
- Veyne Paul, *Les grecs ont-ils crus à leurs mythes ?*, Paris, Seuil, 1983.
- Weisberg H. Richard, *When Lawyers Write*, Boston, Little, Brown and Co., 1987.
- Weisberg H. Richard, « Le droit « dans » et « comme » littérature : la signification autogénérée dans le « roman de procédure » in dossier spécial La démocratie peut-elle se passer de fictions ?, *Raisons politiques*, Paris, 2007/3, pp. 37–49.
- Wicker Guillaume, *Les fictions juridiques, contribution à l’analyse de l’acte juridique*, LGDJ, 1997.
- Winnicott Donald W., *Jeu et réalité*, trad. fr. C. Monod et J.-B. Pontalis, Paris, Gallimard, 1975.
- Wittgenstein L., *Remarques sur le rameau d’Or de Frazer*, Lausanne, L’Âge d’Homme, 1982 (1930).
- Worms René, *Organisme et société*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1896.