Les Présomptions et les fictions en droit : études

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

BnF Gallica

Les Présomptions et les fictions en droit : études. 1974.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
- La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
- La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

CLIQUER ICI POUR ACCÉDER AUX TARIFS ET À LA LICENCE

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

- des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
- des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter
utilisationcommerciale@bnf.fr.

TRAVAUX DU CENTRE NATIONAL DE RECHERCHES DE LOGIQUE

LES PRÉSOMPTIONS ET LES FICTIONS EN DROIT

Etudes publiées par
Ch. PERELMAN
et
P. FORIERS

BRUXELLES
ÉTABLISSEMENTS ÉMILE BRUYLANT
SOCIÉTÉ ANONYME D'ÉDITIONS JURIDIQUES ET SCIENTIFIQUES
RUE DE LA RÉGENCE, 67

1 9 7 4

355

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

PUBLICATIONS DU CENTRE NATIONAL DE RECHERCHES DE LOGIQUE
(Section juridique)

Le fait et le droit — Etudes de logique juridique — 1961. Epuisé.

Les antinomies en droit — Etudes publiées par Ch. Perelman — 1965, 406 p. Prix : 488 francs.

Le problème des lacunes en droit — Etudes publiées par Ch. Perelman — 1968, 556 p. Prix : 753 francs.

La règle de droit — Etudes publiées par Ch. Perelman — 1971, 344 p. Prix : 493 francs.

Etudes de logique juridique — publiées par Ch. Perelman.

Volume I, 1966, 146 p. Prix : 201 francs.

Amedeo G. CONTE, Décision, Complétude, Clôture. A propos des lacunes en droit. — C. W. CANARIS, De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand. — Zygmunt ZIEMBIŃSKI, Les lacunes de la loi dans le système juridique polonais contemporain et les méthodes utilisées pour les combler. — J. MIEDZIANOGORA, Juges, lacunes et idéologie. — Jerzy WRÓBLEWSKI, Normativity of legal science. — Joseph HOROVITZ, Ulrich Klug's Legal Logic. A critical account.

Etudes de logique juridique — publiées par Ch. Perelman.

Volume II. Droit et logique. Les lacunes en droit, 1967, 140 p. Prix : 201 francs.

Michel VILLEY, Questions de logique juridique dans l'histoire de la philosophie du droit. — Paul FORIERS, L'état des recherches de logique juridique en Belgique. — Joseph HOROVITZ, La logique et le droit. — Paul FORIERS, Les lacunes du droit. — E. WOLF, Les lacunes du droit et leur solution en droit suisse. — Ulrich KLUG, Observations sur le problème des lacunes en droit. — Luc SILANCE, Un moyen de combler les lacunes en droit : l'induction amplifiante.

Etudes de logique juridique — publiées par Ch. Perelman.

Volume III. Contributions polonaises à la théorie du droit et de l'interprétation juridique, 1969, 120 p. Prix : 201 francs.

Jerzy WRÓBLEWSKI, Legal reasonings in legal interpretation. — Aleksander PECZENIK, Empirical foundations of legal dogmatics. — Leszek NOWAK, De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique. — Kazimierz OPAŁEK, Some problems of the theory of norms. — Zygmunt ZIEMBIŃSKI, Lawyers' reasonings based on the instrumental nexus of legal norms.

NC

LES PRÉSOMPTIONS ET LES FICTIONS EN DROIT

8°F
50618

ACQUISITION
75-13596

F/7/79

TRAVAUX DU CENTRE NATIONAL DE RECHERCHES DE LOGIQUE

LES PRÉSOMPTIONS ET LES FICTIONS EN DROIT

Etudes publiées par
Ch. PERELMAN
et
P. FORIERS

BRUXELLES
ÉTABLISSEMENTS ÉMILE BRUYLANT
SOCIÉTÉ ANONYME D'ÉDITIONS JURIDIQUES ET SCIENTIFIQUES
RUE DE LA RÉGENCE, 67

1 9 7 4



AVANT-PROPOS

Le présent recueil contient les communications, dont certaines ont été beaucoup développées, présentées à la section juridique du Centre National de Recherches de Logique entre le 7 novembre 1970 et le 14 janvier 1974.

La seule communication dont nous n'ayons pas le texte est celle que le professeur Robert Legros a présentée sur «Les présomptions et les fictions en droit pénal».

L'ensemble de ces textes concerne les présomptions et les fictions dans la théorie générale du droit, en droit administratif français, en droit international public et privé, et en droit fiscal belge ; les dernières concernent des problèmes particuliers et qui permettent de préciser les notions de présomption et de fiction.

La conclusion s'efforce de dégager quelques thèses suggérées par les travaux du Centre, aussi bien dans le domaine de la théorie que dans celui de la philosophie du droit.

Ch. P.

PRÉSOMPTIONS ET FICTIONS (*)

par P. FORIERS

1) L'étude du raisonnement juridique conduit naturellement à la recherche de ses spécificités. C'est ainsi que le Centre National de Recherches de Logique a étudié successivement la notion de fait et de droit, dont le rôle dans les opérations intellectuelles du juriste est capital, celle des lacunes, dont le comblement met en œuvre une série de processus qu'il convenait d'inventorier et de préciser, celle des antinomies qui suppose nécessairement des techniques d'élimination, et enfin celle de la règle de droit, dont l'importance ne doit guère être soulignée dans l'élaboration de la décision judiciaire et plus généralement dans tout le domaine juridique.

Nous voudrions aujourd'hui suggérer de porter l'attention sur un nouveau problème, celui des présomptions et des fictions, dont l'usage donne une coloration particulière au raisonnement juridique en y introduisant un facteur arbitraire et artificiel qui, par plusieurs de ses aspects, est particulier à la technique juridique ou mieux encore au raisonnement juridique.

Ce caractère est perçu par les théoriciens généraux du droit qui le soulignent. Brethe de la Gressaye et Laborde-Lacoste (*Introduction à l'Étude Générale du droit*, 1947, n° 186) par exemple, insistent sur la spécificité du procédé du raisonnement qui met en œuvre les présomptions et sur l'artificialité de la fiction (*ibidem*, n° 187), mais très légitimement ils ne peuvent y consacrer que quelques développements sommaires là où pourtant une étude approfondie se justifie.

2) De la présomption qui peut être exacte mais ne l'est pas forcément, tant s'en faut, à la fiction qui est certainement la légitimation du faux, nous passons de la vérité hypothétique à l'erreur manifeste et qui plus est au traitement de l'erreur volontaire comme source de vérité juridique.

(*) Communication faite au C.N.R.L. le 7 novembre 1970.

Présomptions et fictions, si elles présentent une certaine analogie du point de vue de la vérité, ressortissent pourtant à des catégories distinctes. Les présomptions se rattachent à la théorie de la preuve, les fictions à la théorie de l'extension de la norme en droit, voire à celle de la création ou de la légitimation de celle-ci.

Comme telles, si elles peuvent être rapprochées, elles doivent aussi être traitées séparément dans leur domaine propre. C'est pourquoi nous les examinerons sous le bénéfice de cette observation.

3) En droit civil les présomptions sont définies par l'article 1349 du code : ce sont «des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu».

Capitant (*Vocabulaire juridique*, V° présomption) observe qu'en matière de filiation cette expression est remplacée par «indice», disons plus exactement que l'article 323, alinéa 2 du code civil, utilise l'expression «présomptions ou indices» qui paraissent synonymes.

Quant aux dispositions relatives à la mitoyenneté (articles 653 et 654 du code civil) s'il y est question de présomptions, il y est fait également référence à la notion de «marque» dont la Cour de Cassation a décidé en son arrêt du 16 janvier 1896 (*Pas.*, I, p. 74) qu'elle ne constitue «qu'une présomption juris tantum» et dont la preuve contraire peut résulter de l'interprétation d'un acte de vente rapproché des circonstances de la cause.

Le vocabulaire est donc imprécis et mériterait d'être cerné avec plus de rigueur.

Il résulte, d'autre part, de l'exemple de la mitoyenneté qu'il existe une dialectique des présomptions ; que celles-ci, même lorsqu'elles sont expressément indiquées par le législateur, n'entraînent pas nécessairement des effets aussi contraignants qu'ils pourraient paraître à première vue.

Pour reprendre l'exemple de la mitoyenneté, l'article 653 précise que «Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins, et même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire» et l'article 654 dispose qu'«Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné ; lors encore qu'il n'y a que d'un côté ou un chaperon ou des filets et corbeaux de pierre qui y auraient été mis en bâtissant le mur. Dans ces cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égoût ou les corbeaux et filets de pierre.»

Mais nous avons relevé que notre Cour Suprême ne voit dans cette marque qu'une présomption simple dont la preuve contraire peut être rapportée.

On constate donc que dans le processus technique il y a un renvoi de notion à notion, qui sans doute facilite l'administration de la preuve mais n'épuise pas pour autant le sujet, cela tout au moins pour les présomptions qui n'ont pas un caractère absolu.

4) Et ceci nous amène tout naturellement à rappeler l'existence des deux catégories essentielles de présomptions bien connues des juristes : les présomptions *juris tantum* et les présomptions *juris et de jure*. En d'autres termes, les présomptions qui admettent la preuve contraire et les présomptions qui ne l'admettent pas, ou encore les présomptions simples et les présomptions absolues.

Les présomptions simples, si elles posent certains problèmes aux logiciens du droit, n'en suscitent que de mineurs. Sur le plan des présomptions simples c'est un vrai hypothétique qui sera sans doute un vrai tout court. Ce sera aussi un vrai induit par le juge de situations ou de faits fragmentaires mais considérés comme significatifs.

Une remarque pourtant s'impose, c'est que les présomptions simples supposent l'existence d'un fait objectivement connu et excluent de la démarche rationnelle des considérations qui seraient personnelles au juge, comme le décide à juste titre d'ailleurs la Cour de Cassation le 25 septembre 1959 (*Pas.* 1960, I, p. 123).

Dans une société où les conflits doivent être tranchés, la recherche de la vérité ne peut être la seule valeur à prendre en considération et partant il importe d'assurer au juge une technique de preuve qui, pour n'être pas toujours à l'abri de la critique, lui permet néanmoins de fonder sa décision.

Encore faut-il faire observer que l'induction peut avoir une base singulièrement exigüe, en dépit de l'article 1353 du code civil qui dispose que «Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.»

Ce texte devrait normalement faire croire — ce que le phénomène d'induction implique d'ailleurs — qu'il faudrait un faisceau de présomptions pour que le juge puisse en induire les conclusions qui lui paraissent contraignantes.

Or, la jurisprudence de notre Cour Suprême (Cass. 23 avril 1914, *Pas.* 191 — Cass. 20 février 1919, *Pas.* 72 — Cass. 29 septembre 1932, *Pas.* 255) a, par voie d'interprétation, modifié sensiblement la portée de ce texte. En effet, selon elle, «l'article 1353 n'impose pas la pluralité des présomptions ; mais que prévoyant le cas où plusieurs faits ou indices seraient allégués, il a exigé, pour lors, leur concordance, sans mettre obstacle à l'invocation d'une présomption unique, lorsqu'elle a les caractères de gravité et de précision nécessaires».

Il est certain que pour le logicien du droit il y a là une singulière restriction des exigences de la preuve. En somme, il y a passage du terrain de la preuve à celui de l'*intime conviction* : la Cour de Cassation ne s'en cache pas d'ailleurs puisqu'elle relève que «cette preuve étant indirecte et acquise par voir d'induction, *il suffit qu'elle soit de nature à rassurer la conscience du juge et à lui dicter sa décision*» (Cass., 23 avril 1914, p. 192, 1re colonne).

5) Les présomptions absolues ou irréfragables, par contre, posent au logicien du droit nombre de questions particulièrement intéressantes.

L'article 1352 dispose en son alinéa Ier que «La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe».

Bien sûr, dans certains cas, nommément désignés, la preuve contraire est néanmoins admise, mais ce n'est là qu'une exception à la règle générale. Nous cessons, à partir de ce moment, de pouvoir considérer la présomption comme un élément de preuve au sens où l'entend le logicien. C'est un artifice technique tout au plus, qui permet de considérer comme vrai ce qui peut tout aussi bien être faux et qui de plus pose comme vrai dans tous les cas ce qui n'est pas absolument vrai.

Prenons, à titre d'exemple, l'article 312 du code civil : «L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.» Ancienne règle, toujours vivante, qui s'exprimait dans cet adage «pater is est quem nuptiae demonstrant».

Le raisonnement n'est guère douteux : le mari d'une femme est réputé le père des enfants de cette femme auxquels celle-ci a donné naissance en mariage. Le fait inconnu c'est la paternité. Le raisonnement est fondé sur une vérité générale : en général une femme mariée a des relations avec son mari et rien qu'avec lui, on peut donc conclure avec une grande probabilité à la paternité du mari. L'enfant sera donc dispensé dans ce cas de fournir une preuve indirecte très difficile à admettre.

Cette vérité générale est tout de même à ce point suspecte que le législateur a entendu limiter dans une certaine mesure les effets de la règle.

Le 2e alinéa de l'article 312 introduit en effet la notion du désaveu de paternité : «Néanmoins celui-ci (le mari) pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était, soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme.»

Mais outre que cette action est soumise à des règles très strictes, on constate la rigueur mise par le législateur à l'adoption de la preuve contraire, au motif — dira Bekaert — «d'une règle de moralité familiale» (Bekaert, *Introduction à l'Étude du Droit*, nº 492).

6) Tout ceci indique qu'en droit, dans le domaine de la preuve, s'introduisent des valeurs et que ces valeurs peuvent apparaître comme suffisantes pour qu'il soit fait une entorse à la vérité, tout en réputant pour vraie une situation pouvant être fausse.

La situation n'est guère différente en ce qui concerne l'autorité de la chose jugée dont l'économie se trouve aujourd'hui reportée de l'article 1351 du code civil aux articles 23 et suivants du code judiciaire.

L'article 24 dudit code s'exprime de la manière suivante : «Toute décision définitive a, dès son prononcé, autorité de chose jugée.»

L'autorité de la chose jugée fait obstacle à la réitération de la demande et subsiste tant que la décision n'a pas été infirmée (art. 25 & 26).

«L'exception de la chose jugée peut être invoquée en tout état de cause devant le juge du fond saisi de la demande». (art. 27)

Là aussi il s'agit d'une règle de caractère traditionnel coulée dans un adage : «*res judicata pro veritate habetur*».

L'adage indique d'ailleurs très exactement les limites de la vérité ainsi conçue. En effet, il ne dit nullement que ce qui est jugé est la vérité, mais sera tenue pour la vérité (pro veritate habetur).

Or, là aussi la justification de cette entorse possible à la vérité se trouve dans le choix d'une valeur qui est celle de la paix sociale ; la chose jugée est en effet destinée à mettre fin au conflit.

Au surplus, on s'aperçoit que cette valeur peut se heurter à d'autres valeurs, d'où tout le problème de l'autorité relative ou de l'autorité absolue.

Quelles sont ces valeurs et comment peut-on les classer ?

7) Dernier exemple dans le domaine des présomptions irréfragables en droit civil : l'article 911 du code civil «Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat

onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées. Seront réputés personnes interposées les père et mère, les enfants et descendants, et l'époux de la personne incapable».

Tous les auteurs sont d'accord pour considérer qu'il s'agit là d'une présomption irréfragable ; elle vise à empêcher une véritable fraude à la loi, si l'on ose dire, car celle-ci est des plus controversée en droit interne.

Josserand s'exprime de la manière suivante (*Cours de droit civil français*, t. III, nº 1449) :

> «Le législateur part de cette idée juste qu'en général on ne confie guère à un étranger le soin de jouer le rôle d'intermédiaire complaisant, rôle absorbant, ingrat et dangereux ; il serait d'ailleurs à craindre que ce tiers, jouant son rôle trop au sérieux, ne conservât pour lui le bénéfice de la libéralité destinée à autrui. Aussi le disposant s'adresse-t-il de préférence à une personne touchant de près le gratifié véritable, à sa femme, à un de ses proches. Dès lors, du moment qu'une libéralité est consentie au conjoint ou à un proche parent d'un incapable, elle devient par cela même suspecte et l'on comprend que la loi voit dans le bénéficiaire apparent un complice du gratifié véritable qui se dissimule derrière lui, qu'elle présume la première personne interposée par rapport au second. La présomption ainsi établie cadre avec les probabilités ...».

Baudry Lacantinerie (*Précis de Droit civil*, t. II, nº 399) relève aussi que «c'est l'expérience des faits qui a dicté cette présomption légale, comme toutes les autres, ajoute-t-il : praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit».

Pas de difficultés dans ce cas pourrait-on croire. Il s'agirait bien de l'extension d'une probabilité. Est-ce pourtant exact ?

La doctrine ne manque pas de relever qu'on ne sait pas très bien comment ces libéralités se font, mais que l'on a voulu couvrir l'hypothèse la plus vraisemblable.

Josserand d'ailleurs invoque une soi-disant préférence qui fera que le donateur s'adressera à une personne touchant de près le gratifié véritable. N'est-ce pas fonder la présomption sur une hypothèse invérifiable et sans doute d'ailleurs invérifiée et le vrai motif, bien que non exprimé, n'est-il pas à nouveau une valeur bien plus qu'une probabilité objective ? Mais s'il en est ainsi que reste-t-il alors du fondement de la présomption ?

Au surplus toute la doctrine achoppe sur la difficulté de prouver l'interposition de personne.

Planiol (*Précis de Droit civil*, t. III, nº 2987), généralement mieux inspiré, justifie ces présomptions exceptionnelles par la volonté d'«éviter à ceux qui en sont victimes la difficulté de la preuve». Mais si cette interposition est difficile à prouver, sur quoi se base-t-on alors pour parler de la fréquence de ces fraudes ? N'est-ce pas une pétition de principe ?

Au surplus, dans les domaines où ne joue pas la présomption exceptionnelle, Planiol relève à juste titre qu'«en fait, l'appréciation des circonstances varie beaucoup : les décisions des cours d'appel sont très nuancées et très diverses. Voyez, ajoute-t-il, les nombreux arrêts rassemblés sous l'article 911 dans les codes annotés du Sirey et du Dalloz».

Mais n'est-ce pas précisément parce que ces fraudes sont beaucoup moins nombreuses qu'on ne le pense ? Le *plerumque fit* n'est-il pas ici purement et simplement *affirmé*, mais *non prouvé* ?

8) D'ailleurs les anciens auteurs ne s'y trompaient pas.

Ricard (*Des donations*, I^re^ partie, chap. III, sect. XVI, nº 714-716, t. I, p. 186) commentant l'ancien droit, qui connaissait cette présomption irréfragable, la fonde en effet sur des motifs tout différents :

> «Nous considérons deux sortes de personnes tellement jointes ensemble, savoir le père et la mère avec l'enfant et le mari avec la femme, que nous les réputons uns ; et comme l'affection et l'intérêt qui les unissent ont fait dire à l'égard des premiers, que deux individus ne composent qu'une seule chair, et que les lois civiles nous apprennent d'autre part que le père et le fils ne sont pareillement considérés que comme une même personne, nous estimons aussi les avantages faits en faveur de l'un faits au profit de l'autre ; c'est pourquoi, par la raison contraire, les coutumes et les ordonnances prohibant d'avantager l'un des deux, nous étendons leur prohibition à l'égard de l'autre ...».

C'est une philosophie toute différente et qui nous fait glisser d'ailleurs au domaine de la fiction.

Sans doute Ricard fait-il en outre allusion au «retranchement des principales occasions par lesquelles on leur (aux lois) pourrait faire fraude» mais sa justification est là aussi dans l'analyse de rapports sociaux qui paraissent contestés aujourd'hui.

Il écrit en effet :

> «Il n'y a point de père qui n'estime la grâce faite à son fils comme si elle était faite à sa propre personne ... ni de fils qui considère les biens de son

père comme les siens propres, sachant qu'il les amasse pour lui. Il n'y a point aussi de mari ni de femme dont tous les vœux et les intérêts doivent être communs, qui n'estime autant la fortune de celui avec lequel il est joint par un lien si étroit que la sienne propre ; de sorte que le véritable objet de la donation étant dans toutes les apparences la personne prohibée, ce serait rendre, si nous en usions autrement, la prohibition de la loi vaine et sans intérêt».

Tout cela pouvait certes se justifier lorsque la cohésion familiale était un fait social constant ou plus précisément encore un fait religieux que l'on voulait social, lorsque les ménages étaient unis en principe indissolublement, que le mari et la femme ne formaient, comme le rappelle Ricard par une allusion directe à Saint Paul, qu'une seule chair. Mais les croyances et les mœurs ont changé, d'où la justification elle-même tend à défaillir.

9) Quittons le droit civil, car faut-il le dire la présomption existe tout aussi bien en matière de droit commercial, de droit fiscal ou de droit pénal, et examinons une présomption de droit pénal : «Nul n'est censé ignorer la loi».

Notre collègue et condisciple, Robert Legros, n'hésite pas à écrire que «c'est une règle essentielle de notre organisation sociale et qui nous vient du droit romain» (1). Raccourci suggestif !

Approfondissons l'idée et d'abord voyons le fondement historique. L'ignorance de la loi est une erreur de droit, pourquoi cette erreur n'est-elle pas retenue ?

Robert Legros rappelle l'enseignement de notre maître commun Maximilien Philonenko et le texte de Paul au Digeste (*Dig.* XXII, 6, 9, par. 3) qui, après avoir cité la doctrine de Labéon, ajoute qu'elle est rarement suivie. Cette doctrine était la suivante : «*Sed iuris ignorantiam non prodesse Labeo ita accipiendum existimat, si iuris consulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia*». Et Paul ajoute : «*Quod raro accipiendum est*».

La loi à Rome pouvait être en effet connue. Faut-il rappeler le rôle des jurisconsultes dont les «responsa» liaient le juge et qui étaient délivrées gratuitement. Il suffisait donc de recourir à l'avis d'un jurisconsulte pour connaître la loi, mais s'il devenait impossible de consulter un jurisconsulte,

(1) Robert LEGROS, *L'élément moral dans les effractions*, Sirey, Paris, Desoer, Liège, 1952, n° 52.

par exemple pour le militaire en campagne, pourquoi la doctrine de Labéon n'était-elle pas acceptée ?

Le Professeur Philonenko a proposé cette explication : les Romains ont voulu une limite objective à l'effet de l'erreur de droit.

En toute hypothèse, croyons-nous, mais en tout cas historiquement, nous pouvons conclure que la règle : «Nul n'est censé ignorer la loi» recouvrait le *plerumque fit*, soit que l'on connaisse la loi, soit que l'on ait un moyen aisé de la connaître.

Nous étions bien à ce moment dans le domaine de la présomption.

Mais «qui oserait, demandait récemment un savant pénaliste, reprocher à des juges de province et même à des juges parisiens, de ne pas connaître aujourd'hui toutes les dispositions des lois et des décrets-lois ?» (*Chroniques Hugueney*, 1939, p. 295 et 1940, p. 367, cité par Legros, *op. cit.*, p. 53).

Ce texte remonte à trente ans. Or, il est certain qu'actuellement la masse des textes à connaître s'est multipliée géométriquement.

La connaissance de la loi devient donc de plus en plus difficile pour les spécialistes. Qu'en est-il du profane ?

Or, la règle subsiste. Certes l'erreur invincible ou la force majeure peuvent y faire échec mais c'est là l'infime exception. Aussi, notre collègue Robert Legros met-il l'accent sur le fait qu'il s'agit au premier chef d'une règle essentielle de notre organisation sociale.

Si l'on retranche la base du *plerumque fit* selon laquelle le justiciable peut connaître la loi ou tout au moins y accéder et si l'on se fonde sur une valeur, la présomption ne perd-t-elle pas son caractère intrinsèque pour devenir une fiction ? En effet, ne traite-t-on pas comme vrai ce qui est faux et ne fait-on pas découler des conséquences juridiques d'une situation que l'on sait parfaitement inexacte ?

10) Dès lors n'y a-t-il pas lieu de revoir les classifications traditionnelles et de requalifier tout au moins certaines présomptions ?

Car il faut distinguer. On invoque certes aussi l'organisation sociale pour justifier l'autorité de la chose jugée, mais je crois que la chose jugée conserve son caractère de présomption car le *plerumque fit* est que l'erreur judiciaire ou le mal jugé reste l'exception, tandis que l'ignorance de la loi se généralise.

Dans le cas de la chose jugée, on peut dire qu'une valeur s'ajoute à un élément objectif de probabilité, qu'elle est le motif de l'extension de la probabilité, tandis que dans la règle «Nul n'est censé ignorer la loi» la

probabilité de la connaissance vient à défaillir. Or, les présomptions sont des règles de droit qui déclarent prouver un fait qui n'est que probable (du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 3e édit., nº 181, p. 166).

11) Ces remarques nous conduisent par le fait même à nous attacher au problème de la fiction.

Maximilien Philonenko qui s'en est beaucoup occupé, définissait celle-ci comme un moyen opératoire de faire progresser le droit sans heurter les habitudes reçues (*Les actes de spoliation et le droit,* Chap. IV, nº 179 et *Intentio dans les formules in factum conceptae,* dans *Mélanges F. De Visscher,* 1950, I, p. 231 et suiv., spécialement 244).

René Dekkers, qui a écrit une admirable thèse sur le même sujet (2), n'est pas très éloigné de la pensée de Maximilien Philonenko ; il considère simplement que l'assimilation doit être utile, il ajoute qu'il faut que la dénaturation porte sur des réalités *juridiques* tout en définissant la fiction (nº 137) comme «un procédé technique qui consiste à placer par la pensée un fait, une chose ou une personne dans une catégorie juridique sciemment impropre pour la faire bénéficier, par voie de conséquence, de telle solution pratique propre à cette catégorie».

Mais ces définitions ne sont-elles pas trop restrictives ?

La fiction, dit Henri Capitant, (*Vocabulaire juridique*, Vº fiction) est «un procédé de technique juridique consistant à supposer un fait ou une situation différente de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques». Cette définition nous paraît préférable à celle de Dabin (*La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé*, 1935, p. 321) qui estime qu'il y a fiction «chaque fois qu'une réalité naturelle subit de la part du juriste constructeur du droit, dénégation ou dénaturation consciente».

La définition de Capitant me paraît suffisante. L'idée de la dynamique de la fiction, telle qu'elle est retenue par Philonenko et Dekkers, me paraît un des aspects de celle-ci, mais n'épuise pas le sujet. Elle se justifie en présence de fictions jurisprudentielles mais, si l'on s'en réfère au droit moderne, il faut à mon sens distinguer entre les fictions légales et les fictions jurisprudentielles : les premières sont statiques, seules les secondes sont dynamiques.

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

Si nous voulons, par conséquent, appréhender la notion de fiction dans sa totalité, la définition de Capitant nous paraît plus adéquate.

Quoi qu'il en soit, et pour reprendre l'excellente synthèse de Brethe de la Gressaye et Laborde-Lacoste (*op. cit.*, nº 187, p. 151) qui s'inspire de Lecocq (*La fiction, procédé juridique*, thèse 1914) :

> «Avec la fiction nous sommes en présence d'un procédé technique encore plus arbitraire et artificiel que les précédents. C'est le degré le plus élevé de l'artifice. La déformation propre à la technique atteint ainsi son point culminant. Alors que les présomptions, par exemple, se fondent sur l'ordre normal des choses, la fiction elle, contredit la vérité : elle en prend le contre-pied. C'est un mensonge : ce qui est faux est tenu pour vrai en vue d'arriver à un certain résultat convenable».

12) La fiction est tellement artificielle que nombre d'auteurs du XIX^e^ siècle et même du XX^e^ ont soutenu qu'il appartient seulement au législateur de la créer, le juge n'aurait point pareil pouvoir.

Laurent, par exemple, dans ses *Principes de droit civil* (t. IV, nº 253) l'affirme avec force, ne faisant dans le fond que reprendre l'enseignement de Pothier «*fictio non operatur ultra casum fictum*» (*Traité de la Communauté* nº 78).

Mais ces affirmations sont bien dépassées aujourd'hui. Il n'est pas douteux qu'à côté de la fiction législative, la fiction jurisprudentielle joue un rôle essentiel dans la construction du droit vivant.

13) Essayons de distinguer les deux catégories que nous proposons.

La fiction législative d'abord.

Elle peut, à notre sens, donner lieu au moins à une sous-distinction : la fiction terminologique et la fiction normative.

La fiction terminologique : le législateur utilise le procédé pour qualifier certaines situations de fait qui manifestement sont contraires à la réalité conceptuelle communément admise.

L'article 517 du code civil dispose que «les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent».

L'article 518 précise que «Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature», ce qui est effectivement conforme à cette réalité conceptuelle communément admise.

Mais au départ de celle-ci le législateur va étendre successivement la notion d'immeubles à une série de situations qui s'éloignent de plus en plus du concept primitif.

La gradation est symptomatique.

«Les moulins à vent ou à eau, fixés sur piliers et faisant partie du bâtiment, sont aussi immeubles par leur nature» (art. 519). Soit !

Mais «les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture, estimés ou non, sont censés immeubles tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention» (art. 522, al. 1er).

Nous sommes déjà en pleine irréalité ou impropriété car les animaux sont évidemment mobiles et tellement mobiles que l'on clôture les prairies où ils paissent et les écuries ou étables où ils séjournent.

Mais l'ascension se poursuit : la volonté dirigée vers un but va permettre au propriétaire de faire passer avec le concours du législateur des objets mobiliers au rang d'immeubles :

> «Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles par destination. Ainsi, 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.» (art. 524 du code civil)

Dans toute cette énumération le caractère fictif apparaît plus ou moins accentué mais parfois exceptionnellement intense. Que l'on songe aux pigeons des colombiers et aux lapins des garennes ; n'y a-t-il rien de plus mobile et par conséquent de plus meuble ?

14) Enfin, la fiction terminologique va peut-être plus loin encore lorsque l'article 526 du code civil répute immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent :

«L'usufruit des choses immobilières ;
Les servitudes ou services fonciers ;
Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble.»

Fictions terminologiques créées par le législateur.

L'idée fondamentale qui préside à cette opération est celle de simplification, d'unité, celle aussi d'affectation à une même fin débouchant sur l'identité de traitement juridique.

Cette méthode ne manque pas d'intérêt ; elle peut être utile, mais elle peut aussi devenir stérilisante.

Tout cela mériterait d'être étudié, précisé, soigneusement analysé en tout cas.

15) Que l'on ne nous objecte pas qu'il n'y a pas dans tous ces cas de fictions au motif que c'est le législateur qui crée souverainement les catégories et que la réalité conceptuelle communément admise n'a pas de sens en l'espèce. Il est clair, en effet, que personne ne s'y trompe : Littré (V° immeuble) définit le vocable immeuble de la manière suivante : «Terme de jurisprudence. Qui ne peut être transporté d'un lieu à un autre en parlant des biens-fonds et de certaines autres choses *qui leur sont assimilées par une fiction de la loi*» et considérant le substantif, il ajoute «Les immeubles par destination, les rentes immobilisées, etc., *sont des immeubles fictifs*». Robert définissant à son tour l'adjectif et le substantif «immeuble» indique «qui ne peut être déplacé (ou *qui est réputé* tel par la loi)». Il existe donc bien une réalité conceptuelle communément reçue.

16) A côté de ces fictions terminologiques, il existe des fictions également législatives mais où le processus ne peut conduire au résultat que par l'adjonction d'une norme complémentaire, car sans elle le mensonge n'est pas techniquement possible.

Nous les appellerons fictions normatives.

Exemple : l'article 578 du code civil définit l'usufruit comme «le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance».

Cette définition est vivement critiquée par la doctrine, mais elle s'entend au moins sur un point : c'est que l'usufruitier doit conserver la substance de la chose. Or, l'article 587 règle le problème de l'usufruit «des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs ...». La fiction est ici certaine. Bien que consomptibles ces choses vont être susceptibles d'usufruit.

Le législateur ne pourra pourtant pas purement et simplement violenter la nature de l'institution et devra prévoir une règle spécifique supplémentaire, à savoir qu'à la sortie de l'usufruit, l'usufruitier aura la charge de rendre à la place des choses consommées, des choses de pareille quantité, qualité et valeur ou à défaut leur estimation.

La fiction a donc joué son rôle dans la mesure où elle a permis d'intégrer des choses consomptibles dans le régime usufructuaire, mais le législateur a été obligé d'ajouter une métarègle pour compléter le régime car la violence faite à l'institution était telle qu'il n'y avait pas possibilité de résoudre la difficulté par la seule extension de celle-ci.

17) Ne faut-il pas enfin proposer une troisième catégorie de fiction législative : la fiction résultant de la loi interprétative ? Nous serions tentés de le proposer.

Alors que l'interprétation est en principe abandonnée aux Cours et aux Tribunaux (et tout particulièrement à la Cour de Cassation, lorsqu'il s'agit d'une application à un cas concret), il appartient au pouvoir législatif de décider, indépendamment des situations particulières à régler et des conflits à trancher, quelle fut la volonté du législateur au moment où la loi a été votée puis promulguée et publiée.

C'est l'interprétation par voie d'autorité visée à l'article 28 de la Constitution. «Elle est l'acte du seul pouvoir législatif et s'exerce dans les formes prévues pour la confection de la loi au sens strict» (Bekaert, *Introduction à l'Étude du Droit*, nº 240, p. 220).

18) Le recours à cette technique n'est pas toujours du goût de la Cour de Cassation d'ailleurs. Une fort intéressante note sous l'arrêt du 19 juin 1919 (*Pas.* 1919, I, 159) en témoigne :

> «Que le département de l'industrie et du travail ait le droit de préférer à l'opinion persistante de la Cour Suprême celle des commentateurs de la loi, on n'a rien à y objecter ; mais qu'il oublie que, dans le système de nos lois, c'est elle qui a seule la mission d'interpréter les lois et, le cas échéant, d'imposer sa manière de voir aux juridictions inférieures, nonobstant toute doctrine contraire, on peut s'en étonner. Le nouveau texte pourra supprimer la controverse, mais il n'échappera pas au reproche d'être en opposition avec les principes directeurs d'une loi, dans laquelle on l'a inséré après coup (3).»

(3) Ce texte fut néanmoins voté. Il s'agissait d'interpréter le texte de l'alinéa 3 de l'article 4 de la loi du 24 décembre 1903 sur les accidents du travail.

Cette note non signée émane pourtant à n'en point douter, d'après les traditions de la Cour, de son Procureur Général de l'époque, le Vicomte Terlinden. C'est dire l'importance qu'elle revêt sur le plan de l'autorité.

19) Dira-t-on qu'en matière de loi interprétative il n'y a pas fiction mais simplement redressement d'une erreur de compréhension de la volonté du législateur ? Ce serait nier l'évidence. C'est en effet le législateur nouveau qui va, en l'espèce, substituer sa pensée à celle du législateur originaire.

Analysons le cas de l'espèce. Il s'agissait de la législation sur les accidents du travail et plus précisément des allocations annuelles succédant au régime de l'indemnité temporaire.

La Cour Suprême s'était prononcée sur le sens à donner à la loi en cette occurrence par ses arrêts du 17 octobre 1912 (*Pas.* 1912, I, 418), du 18 mars 1915 (*Pas.* 1915-1916, I, 219), du 10 mai et du 27 décembre 1917 (*Pas.* 1917, I, 212 et *Pas.* 1918, I, 46).

Par l'effet de la loi interprétative mettant à mal la doctrine de la Cour Suprême, la loi est censée fixer pour le passé comme pour l'avenir le sens des dispositions interprétées dans tous les cas non définitivement jugés. Elle fait ainsi corps avec la loi antérieure dont elle détermine ou précise la portée. Comme le relèvent les arrêts des 12 et 19 février 1920 (*Pas.* 1920, I, 61 et 68) «il est de principe, en effet, que la loi interprétative s'identifie à la loi interprétée de telle manière que la loi première doit être considérée comme ayant toujours eu le sens que le législateur lui attribue d'autorité en vertu de son droit d'interprétation».

C'est bien la reconnaissance explicite qu'il y a un télescopage tout à fait artificiel du facteur temps, la Cour de Cassation ne prétendant nullement que la loi première avait le sens que le législateur lui a attribué d'autorité, mais doit être considérée comme ayant toujours eu ce sens ; ce qui est tout autre chose !

20) Or, les lois interprétatives sont relativement courantes ; les articles 113 et 115 du code pénal au chapitre des crimes et des délits contre la sûreté extérieure de l'État nous en fournissent deux exemples topiques.

Ne prenons que la seconde de ces dispositions qui est d'ailleurs d'une aveuglante clarté pour notre démonstration. Le code pénal de 1867 disposait que seront punis de la détention perpétuelle un certain nombre de faits que l'arrêté-loi du 11 octobre 1916 art. I^{er}, va d'ailleurs punir de mort.

Après le second conflit mondial intervient une loi interprétative : l'arrêté-loi du 25 mai 1945 dont l'art. I^{er} s'exprime comme suit :

«§ 2 La disposition de l'alinéa 4 du § 1er (de l'article 115, Pénal) n'est applicable à celui qui réside en territoire occupé par l'ennemi que :

1° Si, soit directement, soit par intermédiaire ou en cette qualité, il a fourni aux ennemis de l'État des secours en soldats, hommes, argent, vivres destinés au ravitaillement de l'ennemi, matériel de guerre offensif ou défensif, munitions de guerre proprement dites, pièces détachées destinées à la fabrication de ce matériel ou de ces munitions, effets d'habillement ou d'équipement qu'il savait destinés à usage militaire, ou si, pour eux, il a organisé ou dirigé une entreprise de travaux pour l'établissement, l'aménagement ou le camouflage de fortifications, d'aérodromes ou de toutes autres constructions ou installations à destination militaire.

2° Si, soit directement, soit par intermédiaire ou en cette qualité, il leur a fourni des matières premières, matériaux ou produits qu'il savait destinés à la fabrication de ce matériel, de ces munitions ou de ces effets, ou à l'exécution de ces travaux, sauf s'il a fait ces fournitures en usant de tous les moyens mis à sa disposition pour résister à l'exécution des commandes des ennemis de l'État.

3° Si, soit directement, soit par intermédiaire ou en cette qualité, il leur a fourni des matières premières ou manufacturées, produits, denrées ou animaux, lorsque cette fourniture a été consécutive à des sollicitations ou à des démarches faites auprès d'eux ou d'intermédiaires agissant pour leur compte ou lorsqu'elle a favorisé la création, la transformation ou l'agrandissement de l'entreprise ou la modification de sa nature ou de ses méthodes d'exploitation, ou lorsque la production a été maintenue ou portée à un niveau anormal pour satisfaire à leurs commandes, ou lorsque le fournisseur a eu recours à leur aide pour régler des conflits sociaux ou lorsqu'il a organisé des services de contre-sabotage.

4° S'il a mis son activité à leur service en vue de rassembler, pour leur compte, les matières premières ou manufacturées, produits, denrées ou animaux visés aux 1°, 2° et 3° ci-dessus (4).»

Ce serait donc là une loi interprétative qui s'identifierait à la loi interprétée de telle manière que la loi première ait eu toujours ce sens. Or, quel est le texte interprété ?

Il s'agit en l'espèce, nous l'avons relevé, du 4e alinéa de l'article 115 du code pénal qui disposait que sera puni de mort «celui qui leur aura fourni (aux ennemis de l'État) des secours en soldats, hommes, argent, vivres ou munitions».

(4) Ce texte a été maintenu en vigueur nonobstant la remise sur pied de paix de l'armée (loi du 1er juin 1949, art. 1er, 1°). On se demande d'ailleurs comment le législateur pourrait avoir une pensée différente suivant que l'armée est oui ou non sur pied de paix ou de guerre.

Il suffit de rapprocher la loi interprétative, à la fois si complexe et si détaillée, du texte lapidaire du 4e alinéa précité pour constater sans l'ombre d'un doute possible que ce n'est que par le jeu d'un processus tout à fait artificiel que l'on peut donner aux mots employés originairement le sens ultérieurement défini.

Nous sommes donc en plein domaine de la fiction, sous couleur de loi interprétative.

Sans doute l'interprétation par voie interprétative appartient au seul pouvoir législatif nous l'avons dit (art. 28 de la Constitution), mais la fiction va précisément consister pour le législateur à traiter comme vrai ce qui est manifestement faux, c'est-à-dire à affirmer que la loi première a toujours eu le sens que lui donne la loi interprétative et à éviter de la sorte les problèmes liés à la rétroactivité de la loi.

21) Passons maintenant à la fiction jurisprudentielle.

Ici effectivement il s'agit d'un processus opératoire qui fait progresser le droit et qui est utilisé par le juge lorsqu'il désire créer une assimilation évidemment inexacte mais nécessaire pour obtenir un résultat souhaité.

La fiction jurisprudentielle ne pose guère de problèmes importants, que les exemples soient puisés dans le droit romain ou dans le droit contemporain.

Pour le droit romain, renvoyons à Dekkers (*op. cit., loc. cit.*) Pour le droit contemporain, un cas topique nous est donné par la Cour Suprême, dans son arrêt du 27 décembre 1949 (*Pas.* 1950, I, p. 284) lorsqu'elle assimile l'état de nécessité à la contrainte morale, alors que l'agent agissant sous l'empire de la nécessité dispose de son libre arbitre tandis que celui qui est moralement contraint voit son libre arbitre annihilé.

La catégorie juridique a été choisie pour atteindre un but, elle est pourtant sûrement impropre. Une longue somme de fictions jurisprudentielles pourrait être constituée. Elle ne serait pas sans intérêt.

22) Nous n'avons jusqu'ici parlé que de droit interne, mais la fiction est un principe général qui joue aussi bien son rôle sur le plan international et nous verrons à cette occasion qu'il ne se limite pas simplement à fournir des solutions, mais assure une transition nécessaire. Le mensonge aide à passer un cap difficile, à habituer l'esprit des juges et des justiciables à une idée nouvelle.

Après un certain temps, cependant, la fiction va épuiser ses effets, se révéler par conséquent inutile et l'on lui substituerait alors un concept plus

réaliste, compte tenu du fait que le milieu juridique et social aura accepté le principe même de la solution sans pour autant qu'il soit encore nécessaire d'en maintenir la liaison fictive.

Un excellent exemple nous est donné en l'espèce par le problème de l'immunité des agents diplomatiques où, parties de la fiction, la doctrine et la jurisprudence ont abouti finalement à en récuser le recours.

On sait que les agents diplomatiques bénéficient de certaines prérogatives en temps de paix, la Coutume internationale leur confère l'inviolabilité, l'exemption de juridiction locale, l'exemption d'impôts. La Convention de Vienne consacre ces privilèges et les précise.

Par contre, la doctrine et la jurisprudence vont s'efforcer de justifier ce système et essentiellement au départ en recourant à la fiction. Louis Cavaré (*Le Droit international public positif*, t. II, 1962, p. 22) s'exprime dans ces termes :

> «Pendant longtemps on a prétendu leur donner (à ces privilèges) pour base la *fiction d'exterritorialité*. Unissant dans un lien étroit l'autorité de l'État et le territoire, on partait de l'idée que tout ce qui est sur le territoire doit être soumis à l'autorité de l'État et que tout ce qui est en dehors du territoire doit lui être soustrait. Les personnes qui vivent sur le territoire de l'État et qui sont exemptes de son autorité sont donc traitées comme si elles étaient hors du territoire. Faisant un pas de plus, on finit pas les regarder comme vivant hors du territoire. Et comme il fallait les situer quelque part on les supposa restées dans leur pays d'origine. Là, est la fiction. Donc l'hôtel de l'Ambassade était territoire étranger, l'Agent diplomatique résidait à *l'étranger.*»

Cet essai d'explication, selon Louis Cavaré pouvait donner une apparente satisfaction à une époque où l'autorité étatique était fondée sur une conception exclusivement territoriale, mais, comme il le fait remarquer, la fiction après avoir joué son rôle cesse aujourd'hui d'avoir encore droit de cité ; la fiction en somme devient inutile.

Au surplus, elle n'appréhendait pas l'ensemble des phénomènes et l'on ne tirait pas de la fiction toutes les conséquences de droit qui normalement eussent dû y être attachées. Non seulement elle n'expliquait pas tout mais elle aboutissait à des conséquences absurdes : les naissances à l'hôtel de l'Ambassade étaient réputées se produire à l'étranger ; ou dangereuses : le criminel qui se réfugiait à l'Ambassade était réputé à l'étranger, or ce droit d'asile était inadmissible.

D'où la nouvelle justification tirée du caractère représentatif des Agents diplomatiques et de la nature de leur mission. Ces agents doivent bénéficier, pour accomplir dans de bonnes conditions la tâche qui est la leur, de toute la liberté et de toute l'indépendance nécessaires vis-à-vis de l'autorité locale et c'est ce fondement que l'on substitue à la fiction ancienne.

N'oublions pourtant pas qu'elle a joué un rôle primordial ; elle a permis de résoudre un problème délicat même si elle ne l'a fait qu'imparfaitement. Dès lors ayant joué ce rôle elle peut et doit même aujourd'hui disparaître. C'est le motif d'ailleurs pour lequel la Cour Internationale de Justice l'a repoussée implicitement dans son arrêt du 20 novembre 1950 (*Affaire du Droit d'Asile*).

23) Enfin le droit procédural n'échappe pas non plus à l'action de la fiction qu'elle soit législative ou jurisprudentielle, malgré les contraintes que par nature il institue et la haute technicité qu'il intègre. Même dans la partie la plus construite de ce droit, la fiction joue un rôle que justifie la constante dialectique du juge et du législateur, celui-ci paraissant bien souvent moins novateur que celui-là.

Le code judiciaire nous en fournit une bonne illustration dans le domaine de la procédure à suivre devant la Cour Suprême.

Il a refondu dans notre pays, on le sait, la procédure civile, mais il a parfois été bien timide. Tel est le cas de l'article 1080 relatif à la requête en cassation.

Ce texte dispose que «la requête signée tant sur la copie que sur l'original par un avocat à la Cour de Cassation contiendra l'expression des moyens de la partie demanderesse, ses conclusions et l'indication *des dispositions légales* dont la violation est invoquée, le tout à peine de nullité».

Reprise, à peu de choses près, des termes de la loi du 25 février 1925. Stabilité législative par conséquent.

Or, cette contrainte de l'indication des dispositions légales dont la violation est invoquée, c'est-à-dire dans la conception traditionnelle de l'indication *des textes légaux violés*, paraît de plus en plus insupportable.

Bien qu'historiquement la Cour ait été instituée pour la défense de *la loi écrite* (5), il est apparu que cette conception étroite constituait un frein inadmissible à l'action de la Cour.

(5)Voyez notre étude sur la distinction du fait et du droit devant la Cour de Cassation (in *Le Fait et le droit* — Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Bruylant, 1961).

Aussi, celle-ci, selon une jurisprudence traditionnelle, a admis un rattachement au texte de plus en plus ténu «lointain et approximatif» pour reprendre la pertinente expression du Procureur Général Ganshof van der Meersch qu'il utilise dans son admirable mercuriale consacrée aux Principes généraux du droit (J. T., 1970, p. 596, 2e col.) ce rattachement ne pouvant se faire «qu'au prix d'une *fiction* d'après laquelle la violation de la règle *devrait* constituer la violation de l'article de la loi».

Retournement de la situation grâce à la fiction : ce n'est plus la disposition légale invoquée qui est violée, mais c'est la violation de la règle qui va réfléchir sur la disposition légale pour entraîner fictivement sa violation.

En somme, grâce au mensonge, on sauvegarde l'apparence et partant le système. D'où la possibilité d'un nouveau pas. Si c'est la violation de la règle qui est essentielle, importe peu que cette règle soit écrite *ou non écrite*. Partant, notamment la violation d'un principe général de droit *faisant partie du droit non écrit* peut être invoquée comme telle dans la requête *sans référence à un texte légal*. Il y a là certes certaines difficultés formelles mais «ces difficultés ne sont pas exceptionnelles», elles relèvent selon Monsieur le Procureur Général Ganshof van der Meersch de la mission de la Cour. «La Cour casse aujourd'hui en se fondant sur les principes généraux du droit. *Il doit s'en déduire que le demandeur*, en tant qu'il invoque le principe général du droit, *satisfait à ses obligations en indiquant exactement celui-ci dans sa requête.*» (Ganshof van der Meersch, *op. cit., loc. cit.*).

La fiction arrive ainsi à son terme grâce à cet artifice. Elle a permis une réforme sage et justifiée à laquelle le législateur eût été bien inspiré de procéder.

24) Telles sont les considérations que nous voulions développer dans ces observations préliminaires.

Elles n'ont d'autre but et d'autre ambition que d'orienter la suite des travaux de notre Centre. Elles indiquent toutefois à suffisance la différence des notions : les présomptions qui permettent d'ancrer certains éléments dans la dialectique de la preuve, les fictions qui autorisent des dérapages contrôlés — puissent les mânes de Littré excuser ce néologisme — mais n'y a-t-il pas aussi des ancres qui dérapent?

La mouvance des concepts est ainsi soulignée comme l'immense contribution qu'ils peuvent apporter dans la conduite d'un raisonnement juridique, soucieux certes par nature de respecter les normes, mais aussi d'assurer une justice mieux adaptée et partant plus proche de l'humain.

Université Libre de Bruxelles

PEUT-ON ÉLIMINER LES FICTIONS DU DISCOURS JURIDIQUE ? (*)

par A. BAYART

(1) Ce que je me permets de proposer ici n'est pas un exposé, mais plutôt quelque chose comme une série d'expériences de laboratoire. Au cours d'une réunion précédente de notre Centre, j'ai saisi l'occasion de me livrer à ce que j'ai appelé un jeu de traduction. Ce jeu consistait à prendre une phrase, par laquelle le juriste formule une fiction, dont il fera application dans un certain domaine du droit, et à tenter de substituer à cette phrase une autre qui, tout en ne contenant aucune fiction, conduirait aux mêmes conséquences pratiques. Le simple fait qu'en retenant deux ou trois des fictions, dont on nous avait entretenus, il m'ait été possible de me livrer à ce jeu de traduction, et peu importe si je l'ai fait d'une manière satisfaisante ou non, ce simple fait nous place devant la question de savoir si, d'une manière générale, il est possible d'éliminer la fiction du langage juridique, de celui du législateur, de celui du juge et de celui de l'auteur.

Ce problème a piqué ma curiosité et j'ai conçu d'abord le projet de dépouiller les différentes communications qui, dans ce Centre, et concernant le sujet qui nous occupe, ont précédé la mienne. J'ai toutefois estimé que je me trouvais devant une matière trop abondante pour qu'elle puisse être traitée d'une manière suffisamment approfondie dans ma communication et dans la discussion qui suivra. J'ai décidé alors de me tenir à la matière que me fournissait la communication de Me Foriers, parce que cette communication avait le caractère d'une introduction à l'étude des présomptions et des fictions juridiques, et que ceci avait amené Me Foriers à choisir des exemples de fictions dans des domaines assez divers, le droit civil, la procédure civile, le droit pénal, le droit constitutionnel et le droit

(*) Communication faite au C.N.R.L. le 5 février 1972.

international public. Cette diversité me semblait de nature à accroître l'intérêt et la portée des expériences de traduction auxquelles je voulais me livrer.

Je puis de plus faire valoir qu'en retenant une série de fictions, qu'un autre que moi a choisies, j'évite d'une manière radicale qu'on puisse me soupçonner d'avoir retenu judicieusement ou astucieusement des fictions qui pouvaient se traduire facilement. Le fait que je puis écarter ce soupçon me semble, lui aussi, de nature à augmenter l'intérêt de ces expériences de traduction. Je voudrais cependant commencer par une remarque d'ordre général. Je vous soumets la question de savoir si l'on peut éliminer les fictions du droit. Je ne pense pas devoir craindre que l'un ou l'autre juriste vienne m'accuser de poser ainsi une question saugrenue. Mais si je me demandais s'il est possible d'éliminer les présomptions du droit, n'importe quel juriste me dira qu'il ne comprend pas qu'un juriste puisse se poser sérieusement cette question, l'expérience juridique imposant en effet de toute évidence la réponse négative. Cette différence de réaction sur ces deux questions, concernant la possibilité d'éliminer, d'une part, les fictions et, d'autre part, les présomptions, suggère à première vue qu'entre présomptions et fictions il existerait une différence radicale de nature.

Or en lisant la communication de Me Foriers j'ai constaté que la distinction entre présomptions et fictions était fort difficile à faire. Me Foriers a défini sa pensée à ce sujet en donnant deux exemples précis.

Pour lui l'adage «Res judicata pro veritate habetur» constitue une présomption parce qu'il ne fait qu'ériger en principe général le «quod plerumque fit». On peut en effet estimer que, dans la plupart des cas, les jugements sont bien rendus et ne constituent pas une erreur judiciaire. Par contre, il voit dans l'adage «Nul n'est censé ignorer la loi» une fiction, parce que l'abondance sans cesse croissante de la matière législative fait que même le juriste doit avouer ignorer la plus grande partie de la législation, et ce second adage ne peut donc plus être considéré comme une simple généralisation du «quod plerumque fit». On voit que si l'on adopte le critère de Me Foriers, la distinction entre présomptions et fictions ne se présentera plus comme une distinction nette. Les cas où un principe juridique se trouve être en conformité avec la réalité peuvent être plus ou moins nombreux ou plus ou moins rares. Un principe juridique pourra donc être plus ou moins conforme au «quod plerumque fit», et c'est donc graduellement que l'on passera du domaine des présomptions à celui de la fiction.

Le critère de Me Foriers est certainement défendable, et cependant je m'en suis écarté. Le critère de Me Foriers est un critère sociologique, la

question de savoir ce qui se produit souvent ou rarement étant une question sociologique. J'ai préféré adopter un critère linguistique, et j'appelle fiction tout principe juridique que l'on est spontanément porté à exprimer par une phrase du genre que voici : «Il faut faire comme si ...».

Ce n'est pas que j'estime que, dans la matière qui nous occupe, les critères linguistiques seraient préférables aux critères sociologiques. En effet, il n'y a pas, à mon sens, à donner sa préférence à l'un ou l'autre de ce genre de critères. Il s'agit tout simplement de deux espèces différentes d'instruments de travail, qui sont de nature à éclairer d'une manière différente le problème des présomptions et des fictions. C'est ainsi que, non pas contrairement à M^e^ Foriers, *mais autrement que lui, et non seulement autrement que* M^e^ Foriers mais encore autrement que ne le fait l'article 1350 du code civil (1), j'ai vu dans l'adage «*res judicata pro veritate habetur*», non une présomption mais une fiction.

Il est en effet assez naturel d'exprimer cet adage par la formule suivante : «L'autorité de la chose jugée consiste en ceci que, quel que soit *le mérite réel de la décision qui a été rendue*, il faut faire *comme si* cette décision était conforme à la vérité», et ceci est la première fiction que je tâcherai *maintenant d'éliminer en la traduisant par une phrase qui ne contient* pas de fiction.

(2) Ce qui, du point de vue auquel je me mets, constitue une fiction, c'est le fait que le membre de phrase qui suit les mots «comme si», attribue aux décisions judiciaires une propriété, à savoir la vérité, dont il n'est pas certain qu'elles la possèdent. Ce membre de phrase affirme donc l'existence d'un état de choses qui pourrait très bien ne pas exister. J'en ai conclu que, pour faire disparaître la fiction, il convenait de faire disparaître ce membre de phrase et de lui substituer un énoncé qui ne se prononcerait plus sur un état de choses réel ou fictif, mais qui se bornerait à édicter une règle de conduite. Il m'a semblé alors que cette idée avait inspiré le code judiciaire.

(1) *C.c.*, Art. 1350. «La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits : tels sont,

1° Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions d'après leur seule qualité ;

2° Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées ;

3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée ;

4° La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment.»

Dans ses articles 23, 24 et 26 le code précise quand l'autorité de la chose jugée a lieu. Dans son article 25 le code définit sous forme d'une règle de conduite un effet de la chose jugée (2).

Nulle part dans ces articles on ne voit surgir une fiction. Il s'ensuit à première vue que ces articles, et en particulier l'article 25, pourraient être considérés comme constituant la traduction que nous cherchons. Il n'en est cependant pas ainsi à mon sens. En effet, dans une bonne traduction, la phrase traductrice doit être rigoureusement équivalente à la phrase traduite. Il faudrait donc que «considérer le jugement rendu comme conforme à la vérité» et «interdire la réitération de la demande» soient des notions équivalentes.

Or on voit aisément que le fait de considérer que le jugement rendu est conforme à la vérité conduira à d'autres conséquences encore que celle de faire obstacle à la réitération de la demande.

J'ai alors cherché une autre traduction que je vous proposerai un peu plus loin, mais je désire préalablement demander votre indulgence pour la longueur et la lourdeur de la phrase que je vais vous soumettre, et je puis vous demander cette indulgence pour la raison suivante. Mon opinion est que la fiction contenue dans la phrase «res judicata pro veritate habetur» peut être éliminée du langage juridique. Il ne s'ensuit pas que je prétends que le recours à cette fiction serait inutile. Le recours à une fiction peut être utile de différentes manières, et il se peut, par exemple, que le recours à une fiction permette d'exprimer d'une manière concise ce qui, autrement, ne peut se dire que dans une phrase longue et laborieuse.

Voici maintenant la traduction que je propose : «Lorsqu'une question de fait ou de droit aura été tranchée par une décision judiciaire, et lorsque la même question sera soulevée dans un autre procès, le juge devra, si la partie qui y a intérêt le demande, et si les conditions prévues aux articles 23, 24 et 26 du code judiciaire sont remplies, trancher cette question de la *manière dont elle le fut dans la décision rendue antérieurement*».

On voit tout de suite que toute fiction est ici absente, mais la question se pose de savoir si la phrase traductrice est équivalente à la phrase

(2) *C.j.*, Art. 23. «L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet de la décision. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité.»

C.j., Art. 24. «Toute décision définitive a, dès son prononcé, autorité de chose jugée.»

C.j., Art. 25. «L'autorité de la chose jugée fait obstacle à la réitération de la demande.»

C.j., Art. 26. «L'autorité de la chose jugée subsiste tant que la décision n'a pas été infirmée.»

traduite. Mon opinion est qu'il en est ainsi. Sous réserve bien entendu de vos observations, la seule objection qui s'est présentée à mon esprit est que la traduction proposée n'indiquerait pas tous les effets de la chose jugée, parce qu'elle ne mentionne pas l'effet visé à l'article 25 du code judiciaire, à savoir l'interdiction de réitérer la demande. Si l'objection était fondée, il me serait facile d'en tenir compte en allongeant encore un peu ma traduction et en y ajoutant la disposition suivante : «De plus, dans le cas visé ci-dessus, la demande qui a fait l'objet de la première décision judiciaire ne pourra pas être réitérée». Toutefois je ne crois pas que l'objection soit fondée et j'estime que cette addition est inutile. Je crois en effet que, si l'on supprimait l'article 25 du code judiciaire, le principe de la chose jugée n'en garderait pas moins toute son efficacité. Supposons qu'après avoir dans un premier procès vu rejeter sa demande comme non fondée, le demandeur la réitère dans un second procès. Le défendeur pourra alors, conformément à la traduction que j'ai proposée, exiger que la demande soit à nouveau rejetée, non comme irrecevable, comme l'article 25 du code judiciaire le décide, mais comme non fondée.

Je crois même que la règle formulée par l'article 25 n'est pas tout à fait exacte. Supposons qu'un propriétaire cite son locataire en paiement des loyers et charges échus pour les mois de janvier à juin, et qu'il demande une somme de 33.000 Fr soit six fois 5.000 Fr de loyers et six fois 500 Fr de charges. Le locataire soutient ne pas être redevable des charges, celles-ci étant, d'après lui, comprises dans les loyers. Le juge alloue au propriétaire l'entièreté de sa demande. Il me paraît clair que l'on peut distinguer dans ce procès deux chefs de demande, à savoir une demande tendant à obtenir le paiement de la somme de 33.000 Fr et une demande explicite ou implicite tendant à entendre dire pour droit qu'en vertu du bail le locataire est tenu de payer mensuellement un loyer de 5.000 Fr plus 500 Fr de charges. La présence de ce second chef de demande me paraît d'autant moins discutable, que l'article 18 du code judiciaire prévoit expressément la possibilité d'introduire des actions à titre purement déclaratoire. Plusieurs mois plus tard le propriétaire se voit de nouveau obligé de citer son locataire en paiement de 33.000 Fr de loyers et de charges, mais cette fois pour les mois de juillet à décembre. Le locataire, que je suppose être non seulement mauvais payeur mais encore mauvais perdant, soutient de nouveau qu'il n'est pas redevable des charges. Le propriétaire ne pourra faire autre chose que de soutenir à nouveau qu'en vertu du bail le locataire doit les loyers plus les charges. Mais soutenir une chose devant un juge, c'est demander que le juge le dise aussi. Nous trouvons donc de nouveau dans le chef du propriétaire une demande ten-

dant à entendre dire pour droit qu'en vertu du bail le locataire doit les loyers et les charges. La chose jugée aura alors pour effet, non d'interdire la réitération de cette demande, mais d'interdire au juge de donner, dans le second procès, une autre interprétation au bail que celle que le premier jugement lui avait donnée.

Je crois dès lors que les effets de la chose jugée sont en réalité les suivants. Le demandeur qui a perdu ne pourra plus utilement réitérer sa demande. Le demandeur qui a gagné pourra être amené à réitérer sa demande dans un autre procès, mais c'est alors le défendeur, qui a perdu, qui ne pourra plus réitérer utilement sa défense.

Cette première fiction et la traduction que j'en propose nous permettent déjà, je crois, de nous faire une idée de l'avantage et de l'inconvénient qu'il peut y avoir à recourir à une fiction. L'adage «res judicata pro veritate habetur» a quelque chose de choquant, en ce qu'il attribue aux décisions judiciaires une infaillibilité qu'elles ne possèdent pas et que le législateur ne leur reconnaît pas, puisqu'il a prévu tout un système de voies de recours ordinaires et extraordinaires. On peut éviter ce que cette fiction a de choquant en la traduisant, comme je le propose, mais on est alors amené à substituer à un adage concis une phrase lourde et complexe.

(3) La deuxième des fictions qui a retenu l'attention de Me Foriers est celle qui est exprimée par l'adage selon lequel, *en droit pénal*, «Nul n'est censé ignorer la loi». Me Foriers a suffisamment souligné tout ce qu'il y a de fictif dans cet adage. Voici la traduction que j'en propose : «Sauf le cas d'ignorance invincible, la loi s'applique même à ceux qui l'ignorent». La phrase traductrice est presque aussi lapidaire que la phrase traduite ; si la traduction est un peu plus longue que l'original, c'est uniquement parce qu'elle contient une précision supplémentaire. La concision de la traduction et son exactitude juridique plus grande permettent de dire que nous nous trouvons ici devant une fiction qui ne présente aucun intérêt technique.

On ne voit pas davantage quel profit philosophique il y aurait à recourir à cette fiction. Quoi de plus révoltant que de dire que les juges devront infliger au prévenu ou à l'accusé une peine, qui peut être extrêmement sévère, en partant de l'hypothèse que le justiciable possède une connaissance juridique, que plus que vraisemblablement il ne possède pas en réalité. L'adage selon lequel nul n'est censé ignorer la loi suggère une philosophie qui ne peut se justifier que dans une société extrêmement primitive, où la législation est tellement simple et pauvre, que tout citoyen

peut aisément la connaître, de sorte que l'ignorance du droit est nécessairement la conséquence d'une attitude méprisante à l'égard de l'autorité. Dira-t-on que l'adage se justifie dans une société plus évoluée, par le fait qu'il est possible au justiciable de consulter un jurisconsulte ? On peut répondre que l'on verse alors dans une présomption trop optimiste quant à l'infaillibilité des jurisconsultes.

En fait, le principe d'après lequel la loi pénale s'applique même à ceux qui l'ignorent, s'inspire d'une motivation très différente, à savoir le souci d'assurer une efficacité suffisante au droit pénal. C'est parce qu'il serait inutile et même très maladroit de plaider devant un juge de police qu'on ignore le code de la route, que, même avant l'introduction du permis de conduire, les conducteurs avaient le souci d'acquérir une connaissance au moins élémentaire de ce code. C'est parce qu'ils savent qu'en matière de délits économiques, le tribunal correctionnel ne retiendra pas comme excuse le fait que le prévenu ignorait la réglementation économique, que la plupart des commerçants auront la prudence de demander des consultations juridiques concernant la licéité d'une pratique commerciale ou industrielle qu'ils se proposent d'adopter. Ces consultations ne seront certes pas infaillibles, mais ceci n'empêche que, dans la plupart des cas, ces consultations auront comme effet que les commerçants éviteront certains délits économiques, et ces consultations contribueront dès lors à la réalisation de l'état de choses désiré par le législateur. Nous pouvons donc dire que la fiction nous suggère l'image fausse d'un législateur offensé parce qu'on ne s'est pas assez intéressé à lui, alors que la traduction de cette fiction nous suggère l'image d'un législateur qui désire que sa législation soit efficace. Mais j'irai plus loin. J'ai déjà exprimé l'opinion que la fiction dont il s'agit ici ne présente aucune utilité technique et j'ajouterai maintenant qu'elle est techniquement nocive, parce qu'elle masque la véritable portée du principe qui veut que la loi s'applique même à ceux qui l'ignorent. L'adage, la fiction, suggèrent qu'il s'agirait de réprimer une indifférence irrespectueuse à l'égard du législateur et on a alors tendance à réserver à la législation pénale ce droit de faire l'objet d'un intérêt respectueux. En effet on admet en général que l'adage selon lequel nul n'est censé ignorer la loi ne s'applique qu'en droit pénal. Or il suffit de traduire cet adage et de dire que la loi s'applique même à ceux qui l'ignorent, pour voir que cette règle s'applique tout aussi bien en droit fiscal, en droit administratif et en droit civil.

Pour m'en tenir au droit civil je ferai tout d'abord observer que la règle s'applique manifestement au droit civil impératif. Si quelqu'un, dans l'ignorance totale de la loi sur les baux commerciaux, donne un immeuble

commercial en bail pour une durée de trois ans, il apprendra à sa grande surprise que son bail sera considéré comme conclu pour une durée de neuf ans avec de plus pour son locataire, un droit au renouvellement. Mais notre règle s'applique tout aussi bien au droit civil supplétif. L'article 9 de la loi sur les baux commerciaux dispose que, sauf convention contraire, lorsque des transformations ont été effectuées aux frais du preneur, avec l'accord exprès ou tacite du bailleur, celui-ci ne pourra exiger leur suppression au départ du preneur, et que si le preneur ne les supprime pas, le bailleur devra payer soit le coût de ces transformations, soit la plus value acquise par l'immeuble. Notre malheureux bailleur aura donc la surprise supplémentaire de se voir appliquer les dispositions de cet article 9, et ce parce que, dans son ignorance de la loi, il n'a pas songé à y déroger. On voit comment aussi bien en droit civil qu'en droit pénal la loi s'applique même à ceux qui l'ignorent.

Si nous comparons maintenant les deux fictions dont nous nous sommes occupés jusqu'ici, il me semble qu'une conclusion s'impose déjà, et c'est que les questions de savoir si, en droit, les fictions sont utiles, si elles présentent des inconvénients, et si elles peuvent être *facilement* éliminées, ne peuvent recevoir une réponse générale, et qu'elles pourront même recevoir des réponses très différentes d'après la fiction dont on s'occupe.

(4) La troisième fiction que Me Foriers a relevée est celle relative aux immeubles par destination ou par l'objet auquel ils s'appliquent. Il y a incontestablement quelque chose de fictif à dire qu'un usufruit ou que les pigeons d'un colombier peuvent être des immeubles. Me Foriers qualifiait cette fiction de «terminologique», et j'estime personnellement qu'il s'agit d'une fiction *purement* terminologique, en ce sens, qu'il est possible de faire disparaître la fiction par la simple substitution d'un terme à un autre. Le mot «foncier» peut, d'après le *Robert* être compris entre autres dans les deux sens suivants : «qui constitue un bien-fonds» et «qui est relatif à un bien-fonds». Il suffira dès lors de substituer le mot «foncier» au mot «immeuble» pour voir disparaître la fiction. Le lecteur pourra s'en convaincre aisément en effectuant cette substitution dans les articles 517, 518, 524 et 526 du code civil (3).

(3) *C.c.*, Art. 517. «Les biens sont immeubles ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent.»
C.c., Art. 518. «Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature.»
C.c., Art. 524. «Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et

(5) Une quatrième fiction qui a retenu l'attention de Me Foriers est celle qui concerne l'usufruit des choses consomptibles. D'après l'article 578 du code civil, l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance. *Il s'ensuit logiquement qu'un droit d'usufruit ne* pourrait porter sur des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer. *Cependant l'article 587 du code règle l'usufruit portant sur des* choses consomptibles en imposant à l'usufruitier la charge de rendre, à la fin de l'usufruit, des choses de pareille quantité, qualité et valeur, *ou leur estimation. La fiction a donc joué* son rôle réel, nous dit Me Foriers, dans la mesure où elle a permis d'intégrer des choses consomptibles dans le régime usufructuaire, alors que celui-ci, de par sa définition, *ne pouvait logiquement pas s'appliquer* à ces choses.

Je suis d'accord avec Me Foriers, mais j'estime qu'ici encore, comme dans le cas de la troisième fiction relative aux immeubles par leur destination ou par leur objet, nous nous trouvons devant une fiction qui n'a guère affecté la pensée du législateur, mais bien plutôt la manière dont il s'est exprimé. Toutefois nous ne rencontrerons plus ici un simple problème de terminologie, mais un problème de rédaction. Que l'on veuille lire le texte des articles 578 et 587 du code civil (4) et examiner ensuite les

l'exploitation de ce fonds, sont immeubles par destination.

Ainsi, 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.»

C.c., Art. 526. «Sont immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent :

L'usufruit des choses immobilières ;

Les servitudes ou services fonciers ;

Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble.»

(4) *C.c.*, Art. 578. «L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance.»

C.c., Art. 587. «Si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit.»

deux articles suivants, que je propose de leur substituer, si l'on veut éliminer la fiction qui nous occupe ici :

1. Les choses consomptibles sont celles dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs.

2. L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge, s'il s'agit de choses non consomptibles, d'en conserver la substance, et s'il s'agit de choses consomptibles, d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit.

On constate ainsi qu'il suffit de grouper autrement les différents membres de phrase que l'on rencontre dans les articles 578 et 587 du code civil pour éviter de donner de l'usufruit une définition, dont on pourrait déduire logiquement que l'usufruit ne peut s'appliquer à des choses consomptibles, et pour dès lors éviter de devoir recourir à une fiction quand il s'agit de l'usufruit de choses consomptibles.

(6) Une cinquième fiction a retenu l'attention de Me Foriers et l'a même semble-t-il quelque peu scandalisé. Il s'agit de la fiction relative aux lois interprétatives. L'article 28 de la Constitution dispose que l'interprétation des lois par voie d'autorité n'appartient qu'au pouvoir législatif. Un arrêt de la Cour de cassation du 5 octobre 1962 décide que la loi interprétée est réputée avoir eu dès l'origine le sens défini par la loi interprétative. En d'autres termes, la Cour de cassation décide qu'il faut faire *comme si* le législateur, auteur de la loi interprétée, avait voulu ce que la loi interprétative vient préciser, et nous avons donc manifestement affaire à une fiction.

Il est vrai qu'il se peut qu'une fiction, sans être conforme au «quod plerumque fit», soit néanmoins conforme au «quod quandoque fit». Supposons qu'un Ministre des Finances obtienne du Parlement le vote d'une loi en matière fiscale. Le Ministre a exposé au Parlement quelles seront les conséquences budgétaires et économiques de son projet et le Parlement a estimé devoir donner satisfaction au Ministre. Or voilà que les Cours d'appel et ensuite la Cour de cassation donnent à la loi une interprétation non conforme aux intentions du Ministre. Si alors celui-ci obtient que le Parlement vote une loi interprétative, où ses intentions seront exprimées plus clairement, c'est sans fiction que l'on pourra dire que le législateur, auteur de la loi interprétée, a voulu ce que la loi interprétative a précisé.

Me Foriers a toutefois signalé à juste titre que dans pas mal de cas la loi interprétative pourra avoir comme effet et même comme but, non de mieux

exprimer la volonté du législateur antérieur, mais de modifier ce que celui-ci avait voulu. La qualification d'«interprétative» donnée à la seconde loi aura alors un caractère incontestablement fictif.

Peut-on dans ce cas éliminer cette fiction au moyen d'une traduction ? On peut certes facilement remplacer cette fiction par une autre. Au lieu de dire qu'il faut faire comme si la loi interprétative exprimait la volonté que le législateur a voulu manifester par la loi interprétée, on pourra dire qu'il faut faire comme si la loi interprétative était entrée en vigueur à la même date que la loi interprétée. Si alors on veut éliminer également cette seconde fiction, je ne vois qu'une seule manière d'y arriver et c'est de faire preuve de franchise. Il est clair qu'en qualifiant d'«interprétative» une loi qui est en réalité modificative, le législateur entend déroger au principe de la non rétroactivité des lois. Or rien n'empêche le législateur de décider que la loi modificative rétroagira à la date d'entrée en vigueur de la loi modifiée, le principe de la non rétroactivité des lois n'étant pas un principe constitutionnel. Le législateur peut néanmoins avoir de bonnes ou de moins bonnes raisons de préférer le langage de la fiction, et de dire qu'il s'agit d'une loi interprétative.

Une moins bonne raison sera que le législateur désire jeter un voile pudique sur ses intentions. Mais il y a une bonne raison *technique* de préférer le langage de la fiction, à savoir que l'expression «la loi rétroagit» est tout aussi difficile à comprendre que l'expression «la loi ne rétroagit pas», et il suffit de lire le traité de De Page (t. I, n° 226 et ss.) pour voir qu'il ne faut pas sousestimer cette difficulté. Il sera dès lors plus simple et plus clair de dire, avec la Cour de cassation, que la loi interprétée est *réputée* avoir eu dès l'origine le sens défini par la loi interprétative.

(7) La sixième fiction retenue par Me Foriers est à mon sens extrêmement intéressante, car elle nous place devant une situation que nous n'avons pas encore rencontrée jusqu'à maintenant. Il s'agit de la fiction d'extraterritorialité que l'on avait tendance à donner comme base aux immunités des agents diplomatiques.

Si nous lisons ce que l'on peut trouver à ce sujet dans l'ouvrage de Louis Cavaré, déjà cité par Me Foriers (5), nous constaterons que l'on a commencé par dire qu'il fallait faire *comme si* l'hôtel de l'ambassade était territoire étranger, et l'auteur suggère de dire plutôt qu'il faut accorder aux

(5) Louis CAVARÉ, *Droit international public positif*, t. II, p. 24, § 4, Les immunités des agents diplomatiques.

agents diplomatiques les immunités nécessaires pour leur permettre d'accomplir dans de bonnes conditions, avec toute la liberté et l'indépendance nécessaire, la mission diplomatique qui leur a été confiée. L'auteur traduit ainsi le langage de la fiction en un langage sans fiction, mais il souligne ensuite que la fiction de l'extraterritorialité conduit à des conséquences absurdes, ce que le langage sans fiction parvient à éviter.

Ainsi que je l'ai signalé, cette fiction nous place devant une situation nouvelle. Quand j'ai étudié la fiction relative à l'autorité de la chose jugée, j'ai insisté sur le fait que la phrase traductrice devait conduire aux mêmes conséquences pratiques que la phrase traduite, et je me suis évertué à réaliser cette équivalence entre les deux phrases. Or nous constatons ici que Cavaré se réjouit de ce que sa formulation ne conduit pas aux effets indésirables, dangereux ou absurdes, auxquels le langage de la fiction conduisait en stricte logique. Il se réjouit donc, et à juste titre, de l'absence d'équivalence entre la fiction et sa traduction.

La remarque s'impose dès lors que, si dans certains cas le recours à la fiction peut être une technique utile, il n'en est plus de même dans une situation comme celle que nous rencontrons ici, où la fiction, si on s'en inspirait d'une manière logique, conduirait à des conséquences inacceptables.

(8) C'est la mercuriale prononcée par M. le Procureur Général Ganshof van der Meersch le 1er septembre 1970 qui a attiré l'attention de Me Foriers sur la septième fiction que nous étudierons maintenant. L'article 8 de la loi du 25 février 1925 disposait et l'article 1080 du code judiciaire dispose actuellement qu'en matière civile la requête doit contenir l'indication des dispositions légales dont la violation est invoquée. L'auteur de la mercuriale laissait entendre, et il faut le reconnaître, à juste titre, que les demandeurs, pour se soumettre aux exigences des articles précités, sont quelquefois amenés à invoquer un texte lointain et approximatif, qui n'exprime que de manière partielle et parfois incertaine le principe général de droit dont la violation est invoquée et qui ne contribue pas à l'information de la Cour ni à la clarté de son examen. La mercuriale aboutissait à la conclusion suivante, assez audacieuse il est vrai, mais à laquelle on ne voit guère quelle objection on pourrait opposer : «La Cour casse aujourd'hui en se fondant sur les principes généraux du droit. Il doit s'en déduire que le demandeur, en tant qu'il invoque un principe général du droit, satisfait à ses obligations en indiquant exactement celui-ci dans sa requête».

Me Foriers voit dans cette conclusion une invitation à recourir à une fiction, à faire *comme si* un principe général du droit était une disposition

légale. Or M. le Procureur Général Ganshof van der Meersch qualifie quelque peu autrement la conclusion à laquelle il est arrivé. Il la considère plutôt comme l'usage du mot «loi» dans un sens large et il écrit en effet : «Peut-on aujourd'hui lorsque l'on proclame que la Cour de cassation est instituée pour réprimer les contraventions à la loi, user de ce mot dans son sens le plus étroit ... ?».

Personnellement je crois qu'il y a plus ici qu'une manière large de comprendre les mots «*loi*» ou «*disposition légale*». *Il n'est en effet pas d'usage* de dire qu'un principe général du droit est une disposition légale. D'autre part je ne crois pas que, pour suivre les conseils de la mercuriale, il faille nécessairement recourir à la fiction qui consiste à faire comme si un principe général du droit était une disposition légale. Il suffit à mon sens de faire une application par analogie de l'article 1080 du code judiciaire.

Relisons soigneusement le texte de cet article : «La requête, signée tant sur la copie que sur l'original par un avocat à la Cour de cassation, contient l'exposé des moyens de la partie demanderesse, ses conclusions et l'indication des dispositions légales dont la violation est invoquée le tout à peine de nullité».

En stricte logique cet article ne m'oblige à indiquer une disposition légale que si j'invoque sa violation. *Il s'ensuit que si je n'invoque la violation d'aucune disposition légale*, je ne dois en indiquer aucune. Mais puis-je introduire un pourvoi en cassation sans invoquer la violation d'une disposition légale ? Oui, nous répond la mercuriale : la Cour casse et peut casser en se fondant sur les principes généraux du droit et il s'ensuit que le demandeur peut invoquer la violation d'un tel principe. C'est ici alors que se place, à mon sens, l'application par analogie de l'article 1080 du code judiciaire. Si j'invoque la violation d'une disposition légale, je dois indiquer cette disposition légale dans la requête. Donc, par analogie, si j'invoque un principe général du droit, je dois indiquer ce principe dans la requête.

On peut avoir le sentiment que cette nouvelle manière de comprendre l'article 1080 du code judiciaire tend à vider cet article de sa substance, mais ce serait là, à mon sens, mal comprendre la *ratio legis* de cet article. Son but n'est certes pas de faire dépendre la recevabilité du pourvoi ou des moyens de cassation de l'ingéniosité parfois surprenante avec laquelle les demandeurs en cassation parviennent à rattacher leurs griefs à l'une ou l'autre disposition légale. Son but véritable me paraît être le suivant. L'article 1080 exige que la requête contienne non seulement l'exposé des moyens mais encore l'indication des dispositions légales dont la violation

est invoquée. On est à première vue tenté de se demander comment il serait possible de formuler un moyen de cassation, où l'on invoque la violation d'une disposition légale, sans indiquer cette disposition. En réalité la chose est parfaitement possible, et la Cour de cassation accepterait d'ailleurs que, dans une procédure pénale, le demandeur se permette de rédiger comme suit le mémoire à l'appui de son pourvoi : «Premier moyen. L'arrêt attaqué doit être cassé parce qu'il a négligé de répondre aux conclusions, où le demandeur faisait valoir que ... etc. Deuxième moyen. L'arrêt attaqué doit être cassé parce qu'il déclare que dans le P.V. de telle date le demandeur a reconnu tel fait, alors que du texte de ce P.V. il ressort que le demandeur a dénié ce fait». L'article 1080 a pour but d'interdire au civil une pareille formulation d'un moyen de cassation. Il ne suffit pas au civil de préciser ce que l'on reproche à la décision attaquée : il faut préciser en vertu de quelle disposition légale, ou en vertu de quel principe de droit, ce que le juge du fond a fait constitue une erreur juridique. On évitera ainsi au civil, ce que l'on n'évite pas au pénal, à savoir que l'on déduise un moyen de cassation du fait que l'arrêt attaqué a refusé d'accorder crédit aux dires du témoin X, alors que le bourgmestre, le notaire et le curé de la commune du témoin ont délivré à son sujet d'élogieuses attestations de moralité. En effet il ne sera pas possible d'indiquer une disposition légale ou un principe du droit qui obligeraient les juges à se laisser convaincre par de telles attestations.

(9) La huitième et dernière fiction dont M^e^ Foriers nous a entretenus est celle qu'il a trouvée dans un arrêt de la Cour de cassation du 27 décembre 1949 (*Pas.* 1950, I, 285). L'article 71 du code pénal dispose : «Il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu était en état de démence au moment du fait, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pas pu résister.» L'arrêt précité déclare : «Attendu que le juge du fond apprécie souverainement en fait l'existence de la contrainte morale, excluant l'imputabilité et prévue par l'article 71 du code pénal, pourvu qu'il ne méconnaisse pas le sens usuel des termes de cette disposition légale ; Attendu que les termes du dit article «a été contraint par une force à laquelle il n'a pas pu résister» supposent non point seulement que la volonté de l'auteur a été amoindrie par une force s'exerçant sur lui, mais que son libre arbitre a été annihilé, ou encore que l'auteur n'a pu sauvegarder autrement devant un mal grave et imminent, des intérêts qu'il avait le devoir ou qu'il était en droit de sauvegarder avant tous autres».

Me Foriers estime à mon sens à juste titre que, par cette décision, la Cour de cassation a adopté une fiction ; elle a assimilé le cas ou quelqu'un ne peut autrement sauvegarder des intérêts qu'il pouvait ou devait sauvegarder à celui ou le libre arbitre est annihilé ; elle affirme en effet que le cas où il y a nécessité de sauvegarder certains intérêts est prévu par l'article 71 du code pénal, alors que cet article ne vise manifestement que les seuls cas où le libre arbitre a été annihilé. Ceci revient à dire que la Cour a admis que, dans les cas où quelqu'un ne pouvait sauvegarder autrement certains intérêts, il faut faire *comme si* son libre arbitre avait été annihilé.

Cette fiction peut-elle être traduite et peut-on exprimer la doctrine de la Cour de cassation dans un langage sans fiction ? Je crois qu'on peut le faire aisément en substituant ici encore à la technique de la fiction la technique de l'argument par analogie. Ces deux techniques se ressemblent suffisamment pour qu'il soit souvent possible de substituer l'une à l'autre, mais ce sont néanmoins deux techniques distinctes. Quand le juge applique un argument par analogie, il n'affirme pas que le cas qu'il juge est celui qui a été prévu par la loi ; il adopte une règle de droit, qui n'est pas inscrite dans la loi, mais qui présente une certaine ressemblance avec la règle légale.

Considérons l'article 1593 du code civil qui dispose que les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à charge de l'acheteur. Si alors on décide qu'en cas de louage de choses, les frais d'actes et autres accessoires au bail sont à la charge du preneur, on ne dit pas qu'il faut faire comme si un bail était une vente ; on formule une règle nouvelle, qui ne se trouve pas dans le code, et on estime pouvoir compléter de cette manière une lacune du code, parce que la règle nouvelle présente une ressemblance suffisante avec une autre règle qui, elle, se trouve dans le code.

Si maintenant nous revenons à l'arrêt du 27 décembre 1949, nous constatons que cet arrêt ne contiendrait pas de fiction si au lieu d'affirmer qu'*aux termes de l'article 71 du code pénal* celui qui ne peut sauvegarder autrement certains intérêts ne commet pas d'infraction, la Cour avait affirmé que, compte tenu de la présence dans le code pénal de l'article 71, qui dispose que celui dont le libre arbitre est annihilé ne commet pas d'infraction, il faut admettre également l'existence d'une autre règle de droit, *non inscrite dans le code pénal*, à savoir que celui qui ne peut sauvegarder autrement certains intérêts ne commet pas davantage d'infraction.

Pourquoi la Cour a-t-elle préféré recourir au langage de la fiction plutôt qu'à celui de l'argument par analogie ?

Il est permis de croire que cela est dû au fait que l'arrêt a été rendu à une époque où les idées, que nous trouvons *actuellement* dans la mercuriale de M. le Procureur Général Ganshof van der Meersch, étaient loin d'être des idées acceptées par tout le monde. Dans l'arrêt qui nous occupe la Cour a incontestablement cassé l'arrêt attaqué parce que celui-ci avait mal appliqué *un principe du droit*, à savoir le principe qui vise la nécessité de sauvegarder certains intérêts, mais la Cour a estimé devoir dire que l'arrêt attaqué avait fait une mauvaise application *d'un article du code pénal*.

Je pense qu'il serait aisé de trouver dans la jurisprudence de nombreuses fictions qui ne sont en réalité autre chose que des arguments par analogie non ouvertement avoués.

(10) D'aucuns ne manqueront pas de se demander à quoi toutes ces analyses peuvent servir dans la pratique du droit. Je répondrai que je m'adresse à un auditoire composé de juristes et de logiciens. La pensée du juriste est caractérisée par la présence de graves préoccupations pragmatiques. Celle du logicien a un caractère plus gratuit et donc plus ludique. J'ai succombé à la tentation de me comporter plus en logicien qu'en juriste et de me livrer à ce que je n'ai pas manqué d'appeler «un jeu de traduction».

Il ne faut cependant pas perdre de vue des fictions comme celles qui concernent la connaissance de la loi par tout le monde, l'extraterritorialité des ambassades ou la force invincible en matière pénale. Ce sont, à mon sens, autant de cas, où le juriste à tout intérêt à abandonner le langage de la fiction pour adopter un langage conforme à la réalité.

STRUCTURE ET FONCTIONS DES PRÉSOMPTIONS JURIDIQUES (*)

par Jerzy WRÓBLEWSKI

Sommaire : I. Méthodes et prémisses de l'analyse des présomptions en droit. — II. Présomption comme norme juridique. — III. Présomptions et raisonnements juridiques. — IV. Fonctions des présomptions. — V. Preuve contraire. — VI. *Praesumptio hominis*. — VII. Présomption et fiction juridique. — VIII. Remarques finales.

I. Méthodes et prémisses de l'analyse des présomptions en droit

1. Les dispositions juridiques sont formulées dans une langue juridique déterminée. Ainsi du point de vue de cette langue on peut énumérer les dispositions dans lesquelles on emploie des expressions telles que «présomption», «il est présumé ...» ou d'autres, traitées comme équivalentes ou sémantiquement proches dans cette langue juridique.

Prenons, par exemple la langue juridique polonaise. Le code de procédure civile (code proc. civ.) utilise explicitement les expressions «présomption de l'homme» et «présomption juridique» (art. 231, 234, code proc. civ.). Maintes fois dans les textes des lois on trouve des expressions qui sont traitées dans la doctrine juridique comme symptomatiques de présomptions, p.e. «présomption», «il est présumé ...», «on traite comme ...» etc. (1).

Les formulations des dispositions juridiques sont très variées. C'est le résultat de la spécificité de la technique législative. Mais la doctrine

(*) Communication faite au C.N.R.L. le 6 mai 1972.

(1) Comp. p.e. art. 7, 9, 31 § 1, 32, 154 § 1, 197, 339-341, 1025 § 2 code civ. ; art. 55 § 1, 62 § 1 et § 2, 85 § 1 code de famille et de la tutelle. Les textes des lois citées dans mon exposé font partie du droit polonais en vigueur.

juridique analysant ces textes et formulant les concepts théoriques parvient à trouver dans ces formulations des significations et des constructions communes. Et on peut alors faire une réduction des textes des dispositions juridiques pour obtenir les formules normales (2). Les dispositions juridiques contenant des termes symptomatiques de présomptions ne font aucune exception.

2. Indépendamment de l'analyse et des généralisations des textes formulés dans la langue juridique, la science juridique formule une question fondamentale : «qu'est-ce qu'est la présomption ?». Cette question est conçue comme question sur «l'essence» de la présomption. Or, la réponse à cette question demande plus qu'une analyse des formulations plus ou moins accidentelles des textes juridiques. La réponse doit même fournir la base pour la critique des constructions inhérentes aux textes juridiques.

La multiplicité de constructions théoriques des présomptions est notoirement connue. Pourtant la longue tradition de la science juridique et la pratique de l'emploi des présomptions dans le droit en vigueur mènent au moins à certaines classifications standardisées. Ainsi la science juridique presque à l'unanimité distingue *praesumptiones hominis, praesumptiones iuris tantum* et *praesumptiones iuris et de iure* (3). Les dernières sont souvent liées aux *fictiones* (4). Les présomptions sont parfois comparées à des *définitions* (5), à des dispositions *iuris dispositivi* (6), à des indices (7). Les constructions des présomptions sont traitées comme problèmes concernant la preuve, car elles déterminent ce que l'on doit démontrer dans un procès (8).

(2) Comp. K. Opałek-J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa, 1969, chap. II point 2.1-2.3.

(3) Comp. la revue critique de la doctrine traditionnelle S. Frydman-E. Drapkin, *Domniemania prawne*, dans *Ogólne nauka o prawie*, réd. B. Wróblewski, Wilno, 1938, vol. 2, § 1. ; A. Kunicki, *Domniemania w prawie rzeczowym*, Warszawa, 1969, chap. I point 2 ; J. Dabrowa, *Znaczenie domniemań prawnych w polskim prawie cywilnym*, Wrocław, 1962, chap. I point 2.

(4) Comp. S. Frydman-E. Drapkin, *op. cit.*, chap. IV, § 5 ; A. Kunicki, *op. cit.*, chap. I, point 5 ; F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1921, partie III, chap. 7, sect. II ; R. Dekkers, *La fiction juridique*, Paris, 1935, partie I, chap. I B.

(5) Comp. S. Frydman-E. Drapkin, *op. cit.*, chap. IV, § 6.

(6) Comp. S. Frydman-E. Drapkin, *op. cit.*, chap. IV, § 1 ; A. Kunicki, *op. cit.*, chap. I, point 4. F. Gény, *op. cit.*, partie III, chap. VII, par. 237.

(7) Comp. p.e. J. Dąbrowa, *op. cit.*, p. 22-24 ; J. Nelken, *Dowód poszlakowy w procesie karnym*, Warszawa 1970, chap. III, p. 143 ss., 151 ss. et la litt. citée note 19, 20.

(8) S. Frydman-E. Drapkin, *op. cit.*, p. 12.

3. Les problèmes des présomptions en droit peuvent être traités d'une façon «descriptiviste» ou «reconstructiviste», si on emploie la terminologie connue dans les discussions philosophiques contemporaines (9).

Du point de vue descriptiviste, on analyse l'emploi du terme «présomption» (et des termes dérivés) dans la langue juridique déterminée. On compare analytiquement les contextes où les termes en question sont utilisés. On en fait une description généralisée et on peut imputer aux textes les constructions théoriques des présomptions. Le point central, pourtant, c'est la description, car il y a beaucoup de constructions qu'on peut imputer et le choix dépasse les cadres du descriptivisme. De ce point de vue, il est impossible de critiquer les textes, car on ne fournit aucun critère évaluatif sur la manière de formuler les textes juridiques.

La science juridique, en matière de présomptions, peut aussi être traitée d'une façon descriptiviste. Alors on analyse les modes d'emploi du terme «présomption» (et des termes dérivés) et les constructions théoriques correspondantes. Ici l'analyse est liée à une critique immanente des constructions basée sur les critères logiques, méthodologiques et opérationnels. En critiquant il est difficile, pourtant, de ne pas glisser dans la position «reconstructiviste».

Le point de vue reconstructiviste consiste à donner une construction de la présomption juridique indépendamment du droit en vigueur et de la doctrine juridique. On fait une construction adéquate pour des objectifs déterminés. On peut l'employer comme critère d'évaluation du droit et de la doctrine. L'expression de ce reconstructivisme est une définition conventionnelle de la «présomption» n'ayant aucun rapport avec la langue juridique et avec la langue de la science juridique. Une construction de ce genre pourrait être justifiée dans une théorie générale déterminée dont elle fait partie, mais son utilité — sauf pour des prescriptions de *lege ferenda* — serait plutôt minime. La discussion de cette construction doit être menée sur le niveau de la théorie générale du droit.

Pour discuter le problème des présomptions on doit pourtant distinguer quelques formes de reconstructivisme différenciées selon les thèses théoriques qu'elles formulent.

a) Le reconstructivisme extrême nie l'existence de présomptions comme normes juridiques. Toutes les normes déterminent les conséquences des faits et la condition de l'application des ces normes est qu'on détermine

(9) J. KOTARBIŃSKA, *Spór o granice stosowalności metod logicznych*, dans *Studia Filozoficzne*, 3, 1963, *passim*.

l'existence de ces faits ou l'inexistence de faits contraires. Dès lors, du moins du point de vue «interne» au système juridique, on ne doit pas parler de présomptions. Ce reconstructivisme rejette la doctrine des présomptions comme un malentendu.

b) Le reconstructivisme radical ne nie pas l'existence de présomptions mais rejette les constructions de la langue juridique et de la doctrine en tant qu'elles distinguent les présomptions de fait des présomptions de droit. Le reconstructivisme radical existe en deux versions : la première soutient que toutes les présomptions sont des présomptions de droit, la deuxième que toutes les présomptions sont des présomptions de fait.

c) Le reconstructivisme modéré veut retenir autant que possible les usages de la langue juridique et les constructions de la doctrine, mais en même temps cherche à établir les bases rationnelles et les assomptions qui permettent de les justifier. Cette position est plus compliquée que les deux précédentes formes de reconstructivisme. Premièrement, ce reconstructivisme postule les conventions théoriques et terminologiques qui exigent de rejeter quelques constructions de la langue juridique et de la doctrine, à savoir celles des présomptions de l'homme et des présomptions irréfragables. Deuxièmement, ce reconstructivisme soutient l'opposition du fait et du droit, qui sert de base à plusieurs institutions juridiques, mais souligne le caractère relatif de cette opposition.

Le choix entre reconstructivisme en particulier est lié à des problèmes fondamentaux de méthodologie. Il s'agit de la construction d'un système des concepts ou du choix d'une langue. Ce choix, comme chaque choix, est basé sur les jugements de valeur.

Il n'est pas possible d'analyser dans mon texte les problèmes que posent ces jugements de valeur qui fondent la méta-méthodologie de mon discours. *Je déclare donc ma préférence pour le reconstructivisme modéré* et en l'exposant je veux justifier son utilité heuristique.

4. Dans mes réflexions je prends la position d'un reconstructivisme modéré. Je n'analyse pas les modes d'emploi du terme «présomption» (ou des termes dérivés) ni dans le droit ni dans la science juridique. Mais je ne veux pas construire le concept de la présomption *in vacuo*, en l'abstrayant du droit en vigueur et des discussions sur ce thème dans la science juridique. Je voudrais donner une conception des présomptions juridiques qui corresponde, de façon générale, à la langue juridique et qui soit libre des défauts qui ne manquent pas dans la théorie des présomptions juridiques.

Je traite la présomption comme une règle de conduite exprimée dans les textes de droit. Pour une analyse théorique il faut la présenter sous la forme d'une norme juridique ayant une structure et un contenu déterminés. L'emploi des présomptions est lié aux raisonnements qui sont fonctions de l'application de ces présomptions. Ces présomptions sont le moyen technique pour réaliser certains objectifs, qui d'ailleurs dépendent des valeurs acceptées.

Ma position du reconstructivisme modéré demande la réduction des présomptions aux *praesumptiones iuris tantum*. Il faut exclure, dès lors, les *praesumptiones hominis* (comp. chap. VI) et les *praesumptiones iuris et de iure* (comp. chap. VII).

II. La présomption comme norme juridique

5. Les textes du droit consistent en dispositions juridiques. Une disposition juridique c'est l'unité technique du texte, individualisée comme article, paragraphe, lettre, etc. Le groupement des dispositions en ces unités est déterminé par la technique législative et le style des actes normatifs.

Pour formuler une règle de comportement adressée au destinataire, il faut parfois employer les éléments de plusieurs dispositions. Ici se trouve l'explication des problèmes théoriques des parties normatives et non-normatives de l'acte normatif, des façons de déterminer le comportement par les dispositions juridiques (10) et de la différenciation entre disposition et norme juridique (11). Cette dernière distinction, si embrouillée dans la littérature juridique, est à résoudre par une convention terminologique. La disposition juridique c'est une unité technique d'un texte normatif. La norme, au contraire, c'est une construction — c'est la règle de comportement construite des éléments contenus dans les dispositions juridiques ; elle est construite selon une structure conventionnelle (12).

Pour nos présentes considérations il suffit d'admettre que la norme juridique est une règle qui détermine les conditions selon lesquelles on doit se comporter d'une façon déterminée. Ce «devoir-être» est conçu au sens large, car il doit contenir toutes les modalités du comportement réglées par le système du droit (p.e. devoir, permission). Le comportement dont nous

(10) J. Wróblewski, *Sposoby wyznaczania zachowania się przez przepisy prawne*, dans *Zeszyty Naukowe U.Ł., nauki humanistyczno-społeczne*, ser. I, 38, 1965.

(11) Comp. note 2.

(12) K. Opałek-J. Wróblewski, *op. cit.*, p. 57-60. Comp. W. Lang-J. Smiałowski, *O rozumieniu tekstów prawnych*, dans *Państwo i Prawo*, 7, 1962.

parlons a beaucoup de formes, y compris la reconnaissance des assertions *concernant les faits ou les situations juridiques.*

La formule de la norme est :

$$C \longrightarrow B \qquad [F.\ 1]$$

où la variable C symbolise les conditions, la variable B le comportement et *la constante «⟶» la relation normative instituée par la norme.*

6. Toutes les normes peuvent être réduites à la formule normale donnée (F. 1) ci-dessus. La présomption est une norme. Alors se pose la question, comment exprimer la présomption pour qu'elle manifeste ses particularités ?

La présomption est une règle qui oblige de reconnaître une conclusion de présomption dans des conditions déterminées ([13]). Or, la formule normale de la norme C ⟶ B (F. 1) est adéquate. Mais on peut reformuler cette expression symbolique pour identifier les éléments caractéristiques de la présomption. Mettons le symbole PP pour la prémisse de la présomption, le symbole CP pour le comportement qui consiste à reconnaître les conclusions de la présomption, et le symbole $\underrightarrow{R}$ pour la relation normative instituée par la norme de la présomption, et alors notre formule sera :

$$PP \underrightarrow{R} CP \qquad [F.\ 2]$$

La prémisse de la présomption, ce sont les conditions déterminées par la norme. Elles sont complexes, contenant deux éléments. Le premier c'est l'état des choses E, qui est démontré. Le second, c'est l'absence d'informations qui constituent «la preuve contraire» PC. Alors la prémisse de la présomption est l'existence de E et le manque de PC. La norme de la présomption s'énonce : «s'il y a un état des choses E et si la preuve contraire PC manque, on doit reconnaître la conclusion de la présomption CP». Alors, utilisant le symbole « ~ » pour la négation et «.» pour la conjonction, on obtient la formule de la norme de la présomption :

$$E.{\sim}PC \underrightarrow{R} CP \qquad [F.\ 3]$$

A la norme de la présomption correspond une règle, qui oblige de rejeter la conclusion de la présomption quand il y a preuve contraire. On aura alors la formule suivante :

$$E.PC \underrightarrow{R} {\sim} CP \qquad [F.\ 4]$$

(13) Comp. A. ŁOPATKA, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa, 1968, p. 267 ; Z. ZIEMBIŃSKI, *Logiczne podstawy prawoznawstwa*, Warszawa, 1966, p. 184.

La formule (F. 3) est la formule normale de la norme de présomption. Cette norme doit être construite des éléments des dispositions du droit en vigueur et elle correspond aux intuitions de la langue juridique, surtout de la langue juridique polonaise.

On doit alors exclure du domaine des présomption les *paesumptiones iuris et de iure*, car elles ne prévoient pas la possibilité d'une preuve contraire : ce sont des normes, mais pas des normes de la présomption (comp. chap. VII).

7. Traditionnellement on divise les présomptions en présomptions de fait et présomptions de droit (14). Cette division évoque des critiques (15) mais elle a obtenu aussi de nouveaux fondements (16). L'opposition entre le fait et le droit est d'ailleurs moins claire qu'on ne le suppose au premier coup d'œil (17). Or, il n'est pas surprenant, que dans le théorie il y ait en cette matière des divergences profondes, y compris les tendances à réduire toutes les présomptions ou aux présomptions de droit ou aux présomptions de fait. Ce sont les deux versions du reconstructivisme radical (comp. point 3(b)).

La première argumentation démontre que même les «présomptions de fait» servent seulement à déterminer les situations juridiques, et surtout les devoirs et les droits. Alors au fond les «présomptions de fait» ne concernent pas l'existence des faits mais la détermination de la situation juridique. *A fortiori* la même conclusion s'impose pour les «présomptions de droit». Dans ce sens toutes les présomptions ont comme objet le droit (18).

La seconde argumentation vise la direction opposée. Même la «présomption de droit» se base au fond sur l'existence de certains faits, qui sont la condition nécessaire de l'existence d'une situation juridique.

(14) Comp. sur cette conception S. FRYDMAN-E. DRAPKIN, *op. cit.*, p. 21 ss. ; J. DABROWA, *op. cit.*, p. 6 ss. Cette conception est admise par W. SIEDLECKI, *Zarys postępowania cywilnego*, Warszawa, 1968, 2 éd., § 107 ; M. CIEŚLAK, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, Warszawa, 1955, vol. 1, chap. X. ; A. SZPUNAR, *Domniemanie wynikajace ze stwierdzenia nabycia spadku*, dans *Państwo i Prawo*, 3, 1968, p. 422.

(15) Comp. p.e. J. DĄBROWA, *op. cit.*, p. 7 et les notes 22 et 23. B. WALASZEK, *Ustalenie ojcostwa małżeńskiego w polskim prawie rodzinnym i polskim prawie międzynarodowym prywatnym i procesowym*, Kraków, 1962, p. 24 ss.

(16) S. FRYDMAN-E. DRAPKIN, *op. cit.*, p. 23-25.

(17) Comp. *Le fait et le droit*, red. C. PERELMAN, Bruxelles 1961.

(18) P.e. A. KUNICKI, *op. cit.*, p. 68-69 ; S. SZER, *Prawo cywilne. Cześć ogólna*, Warszawa, 1967, p. 146.

Dès lors c'est la reconnaissance de ces faits qui fait l'objet de la présomption. *A fortiori* la même conclusion vaut pour les «présomptions de fait». Alors toutes les présomptions ont pour objet des faits ([19]).

Il me semble que si l'on accepte la division entre «le fait» et «le droit», ces deux lignes d'argumentation sont complémentaires. Chaque argumentation traite l'application de la présomption dans une autre perspective. Selon la formule de la présomption E . ~ PC $\underline{R}$ CP (F. 3), la reconnaissance du fait est nécessaire pour accepter la prémisse de la présomption/sauf les «présomptions formelles» — voir point 12 ci-dessous — . Et c'est pourquoi l'application des présomptions demande l'assertion des faits. Mais l'application de chaque présomption conduit toujours à la détermination d'une situation juridique, définie par les devoirs ou les droits des sujets, ou dont résultent les devoirs ou les droits.

Le schéma de l'application de la présomption peut donc être décrit, liant les éléments au moyen d'une relation R, comme suit : assertion des faits — (R — la prémisse de la présomption) — R — la conséquence de la présomption — (R — la détermination des devoirs et des droits). Le schéma vu dans la perspective du premier élément donne la seconde ligne de l'argumentation, vu dans la perspective du dernier élément — la première ligne.

Dès lors, on ne peut pas chercher dans ces argumentations le fondement de la distinction entre les présomptions de fait et de droit. Si l'on admet la distinction entre «le fait» et «le droit», on doit chercher la différence entre ces deux genres de présomptions dans le contenu de leurs conclusions et dans les qualités de la preuve contraire. Si l'on n'admet pas cette distinction, la division des présomptions n'est pas justifiée. Du point de vue d'un reconstructivisme modéré on peut soutenir cette distinction pour certaines présomptions ([20]) tenant compte du fait qu'il y a des cas douteux. Or, c'est

(19) P.e. W. CZACHÓRSKI, *Domniemania prawne w projekcie kodeksu cywilnego*, dans *Państwo i Prawo*, 1/2, 1948, p. 47 ; B. WALASZEK, *op. cit.*, p. 21 ss., 41 ; J. GRODZIŃSKI, *Na marginesie prac doc. dr. Andrzeja Mycielskiego «Fikcjonalizm w prawie i w nauce prawa» i dr Sawy Frydmana i magistra Eliasza Drapkina «Dommiemania prawne»*, dans *Wileński Przegląd Prawniczy*, 5, 1938, p. 140 cf. B. WALASZEK, *op. cit.*, p. 33-36 ; F. GÉNY, *op. cit.*, p. 284 ss. ; J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit civil*, Paris-Bruxelles, 1935, p. 252.

(20) L'exemple standard de la présomption de fait c'est la présomption du moment de décès fixé dans la déclaration de décès (art. 29-32 code civ.) ; pour la présomption de droit — la présomption de la conformité de la possession à l'état légal (art. 341 code civ.).

une caractéristique de la langue juridique ([21]). Avec ces restrictions j'admets cette distinction, qui est le pendant de la division entre *quaestiones iuris* et *quaestiones facti*.

8. Les présomptions sont considérées comme normes, et donc comme expressions de la langue juridique. La présomption, comme chaque norme, est une norme de comportement et ne doit pas être traitée comme une description ou une hypothèse concernant la réalité. Le législateur élaborant les normes de la présomption prend en considération la réalité qu'il veut influencer. Mais toujours il ne formule que des règles du «devoir-être» et pas des assertions sur la réalité. Et c'est aussi vrai pour les normes concernant les présomptions de droit que pour les normes concernant des présomptions de fait.

Dans les présomptions de droit on constate une certaine situation juridique, à savoir, que quelqu'un a des devoirs, des droits, qu'un acte est valide, etc. Les constatations de ce genre sont sémantiquement très compliquées, mais *prima facie* il est clair, qu'elles ne peuvent être vérifiées ou falsifiées de la même manière que les présomptions de fait. C'est seulement dans un réalisme naïf, réifiant les devoirs et les droits, ou dans une ontologie des êtres idéaux et tenant les normes pour propositions, que l'on peut traiter les présomptions de droit comme assertions existentielles. Or les conceptions de ce genre ne sont pas répandues aujourd'hui, et c'est du point de vue matérialiste ou réaliste et avec les outils de la sémiotique moderne que l'on résoud le problème.

La problématique des présomptions de fait est différente. Cette présomption dit que «le fait F existe dans le temps t et au lieu l», ce qui extérieurement ressemble à une assertion existentielle. La pression du texte des dispositions juridiques et de la formulation des conclusions de présomption est tellement forte, qu'il y a une tendance à imputer à ces conclusions un caractère existentiel. A mon avis ce n'est pas justifié (comp. point 15 ci-dessous). Chaque présomption est une construction de la langue juridique et le résultat d'une décision législative qui lie les prémisses et les conclusions des présomptions ([22]).

(21) Comp. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, pp. 4, 15, 119, 123 ss., 150, 210 ; F. WAISMANN, *Verifiability*, dans *Essays in Logic and Language*, red. A. Flew, Oxford 1951 ; J. WRÓBLEWSKI, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa, 1959, p. 100 s. ; du même auteur, *Kradzierz zwłamaniem- z zagadnien rozumienia tekstów prawnych*, dans *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 3, 1966, p. 237-241.

(22) Comp. S. FRYDMAN-E. DRAPKIN, *op. cit.*, p. 12, 20.

III. Présomptions et raisonnements juridiques

9. Les normes de présomption comme toutes les normes règlent le comportement des destinataires, c'est-à-dire la reconnaissance des conclusions de la présomption quand les prémisses sont vérifiées. Dès lors, on peut dire, que les normes de présomption sont des règles d'un raisonnement juridique spécial. Les présomptions de fait et de droit ont en commun qu'elles demandent la preuve de l'état des choses E. Je nomme ces présomptions les «présomptions matérielles». Mais il y a en droit les «présomptions formelles» — celles qui ne demandent aucune vérification de l'état des choses E, car cet état existe toujours. Du point de vue des raisonnements juridiques on doit alors introduire cette nouvelle distinction entre présomptions dont je viens de parler.

L'analyse des raisonnements juridiques basés sur les présomptions est simplifiée : je présume, que le raisonnement d'après la norme de présomption [F. 3] est constitué par les éléments relatifs aux prémisses et par l'inférence fondée sur la règle d'inférence exprimée dans cette norme.

10. La norme de présomption de fait est construite selon la formule :

$$E. \sim PC_f \xrightarrow{R} CP_f \qquad [F.\ 5]$$

et la règle pour écarter la présomption est :

$$E.\ PC_f \xrightarrow{R} \sim CP_f \qquad [F.\ 6]$$

Le raisonnement dont nous parlons a trois éléments : (a) les assertions de la preuve A^1 prouvent l'existence de l'état des choses E ; (b) grâce à l'absence des assertions de la preuve A^2 on reconnaît le manque de la preuve contraire PC_f ; (c) de la conjonction de (a) et (b) on reconnaît la conclusion de la présomption CP_f selon la règle d'inférence R donnée dans la norme de présomption.

La prémisse (a) est «positive» : A^1, ce sont les assertions avec lesquelles, d'après les règles empiriques RE on constate l'existence de E ou la vérité de l'assertion sur l'existence de E. On peut exprimer ceci par la formule :

$$A^1 \xrightarrow{RE} E \qquad [F.\ 7]$$

La prémisse (b) est «négative». Il y a pourtant des difficultés à formaliser ce genre de prémisses. La solution la plus commode est de les traiter d'une façon négative. Avec les assertions A^2 d'après les règles empiriques RE on constate la preuve contraire PC_f. Alors l'absence des A^2 signifie l'absence de PC_f. La relation entre l'absence des A^2 et le rejet de la

PC_f est déterminée par les règles empiriques RE^x. La formule de cette prémisse est :

$$\sim A^2 \xrightarrow{RE^x} \sim PC_f \qquad [F.\ 8]$$

Le troisième élément (c) de notre raisonnement est l'inférence de la conclusion CP_f des prémisses (a) et (b) avec la règle R exprimée dans la norme de présomption. Alors le raisonnement dans la forme complète, et tenant compte de [F. 5], [F. 7] et [F. 8] est :

$$(A^1 \xrightarrow{RE} E) . (\sim A^2 \xrightarrow{RE^x} \sim PC_f) \xrightarrow{R} CP_f \qquad [F.\ 9]$$

La règle correspondante pour écarter la présomption est :

$$(A^1 \xrightarrow{RE} E) . (A^2 \xrightarrow{RE} PC_f) \xrightarrow{R} \sim CP_f \qquad [F.\ 10]$$

On doit souligner les différences entre R. RE et RE^x. R symbolise la relation normative instituée entre la prémisse et la conclusion de la présomption. Cette normativité de R n'empêche point de poser la question du rapport entre elle et les règles empiriques (comp. point 15 ci-dessous). RE symbolise les règles empiriques. Elles sont déterminées par les paradigmes de la science et de l'expérience pratique acceptés dans le système déterminé des preuves (23). Elles sont acceptées pour toutes les preuves dans ce système, pas seulement pour les présomptions. RE concerne la relation de la preuve positive, tandis que les règles RE^x visent la relation «négative». Strictement parlant la relation négative est toujours l'absence d'une relation positive. Dans notre cas il s'agit de l'absence des relations positives entre A^2 et PC_f. Or, empiriquement, l'absence de A^2 ne peut que justifier la conclusion que PC_f n'est pas démontrée. Dans ce sens RE^x est plus «faible» que RE et c'est la raison pour l'isoler.

Les assertions A^1 et A^2 doivent être entendues comme dans la théorie de la preuve en droit. Une assertion de ce type est une proposition qui, selon les règles acceptées dans le système concret du droit, justifie la reconnaissance d'une autre assertion existentielle.

11. Les normes de présomption de droit sont construites selon la formule :

(23) Comp. art. 4 § 1 code proc. crim. : «Les juges décident d'après leur conviction fondée sur les preuves présentées et leur libre évaluation tenant compte des directives de la science et de l'expérience de la vie».

$$E. \sim PC_d \underrightarrow{R} CP_d \qquad [F.\ 11]$$

La formule pour écarter la présomption s'écrit comme suit :

$$E.\ PC_d \underrightarrow{R} \sim CP_d \qquad [F.\ 12]$$

Utilisant les symboles que nous avons introduits pour la présentation des raisonnements basés sur les présomptions de fait, nous obtenons les formules :

$$(A^1 \underrightarrow{RE} E) . (\sim A^2 \underrightarrow{R^x} \sim PC_d) \underrightarrow{R} CP_d \qquad [F.\ 13]$$

$$(A^1 \underrightarrow{RE} E) . (A^2 \underrightarrow{R^x} PC_d) \underrightarrow{R} \sim CP_d \qquad [F.\ 14]$$

R^x symbolise les relations entre A^2 et la preuve contraire PC_d. Pour expliquer les caractéristiques du R^x considérons la prémisse $A^2 \rightarrow PC_d$ quand on écarte la présomption de droit [F. 14]. Le schéma est simple. Par les assertions A^2 on démontre que le possesseur possède de mauvaise foi et qu'il possède la chose pendant un temps plus court que celui nécessaire à l'usucapion (art. 174 code civ.). Alors de A^2 on infère qu'il existe une situation SF. Or cette situation SF est qualifiée par les dispositions comme situation juridique SJ, à savoir la possession de mauvaise foi. Ensuite on constate, que cette SJ constitue la preuve contraire PC_d, car elle exclut *ex lege* la conclusion CP_d, à savoir que le possesseur est le propriétaire du meuble.

D'où l'on voit clairement que même dans un exemple standard la prémisse dont nous parlons est complexe. On y voit trois relations $A^2 \rightarrow SF$, $SF \rightarrow SJ$ et $SJ \rightarrow PC_d$. Les règles empiriques peuvent y apparaître (par exemple : $A^2 \rightarrow SF$), mais pas nécessairement. Mais cependant les règles normatives R sont indispensables pour qualifier juridiquement la SF (à savoir $SF \rightarrow SJ$) et pour déterminer le rapport entre SJ et PC_d. Ainsi la forme symbolique de la seconde prémisse est :

$$(A^2 \underrightarrow{RE} SF) \vee (A^2 \underrightarrow{R} SF) \ . (SF \underrightarrow{R} SJ) . (SJ \underrightarrow{R} PC_d) \qquad [F.\ 15]$$

ou « v » désigne l'alternative.

Alors R^x dans la [F. 13] et [F. 14] symbolise les différentes règles normatives et parfois, aussi, une règle empirique. Et c'est la raison pour introduire le symbole R^x pour les relations entre A^2 et CP_d.

De façon analogue on présente la prémisse $\sim A^2 \underrightarrow{R^x} \sim PC_d$ dans la [F. 13]. Mais la présentation symbolique est plus compliquée, car il faut nier des éléments de la [F. 15].

Si l'on veut obtenir les formules [F. 13] et [F. 14] dans une forme plus détaillée, en doit, alors, remplacer la seconde prémisse par la [F. 15] ou par sa négation.

La comparaison des raisonnements basés sur les présomptions de fait et les présomptions de droit montre la différence dans le processus de leur rejet. Et c'est la justification pour maintenir la séparation de ces deux genres de présomptions, malgré les difficultés qu'elle présente (comp. point 7 ci-dessus).

12. Les présomptions de fait et les présomptions de droit sont des «présomptions matérielles» (point 9 ci-dessus). Elles ont une propriété commune : dans leur prémisse se trouve l'assertion sur l'existence de l'état des choses E qui doit être prouvé par les assertions A^1.

Mais il y a encore les «présomptions formelles». La différence entre ce genre de présomption et les «présomptions matérielles» est très simple : ici l'état des choses est toujours présent et il ne faut pas le prouver. La formule générale de la présomption $E. \sim PC \underline{R}\rightarrow CP$ [F. 3] ne change pas. Mais, par convention, on peut laisser en dehors la variable E comme variable avec un quantificateur général («pour toutes les valeurs de E»). On peut alors abréger la formule générale pour les présomptions formelles et obtenir :

$$\sim PC \underline{R}\rightarrow CP \qquad [F.\ 16]$$

Pour faire tomber la présomption formelle on a la règle :

$$PC \underline{R}\rightarrow \sim CP \qquad [F.\ 17]$$

L'exemple standard de la présomption formelle est la présomption d'innocence (24). On connaît la conclusion de cette présomption quand il n'y a pas de preuve contraire, et l'accusé ne doit fournir aucune preuve pour que la présomption lui soit appliquée. Les raisonnements basés sur les présomptions formelles sont plus simples que ceux qui concernent les présomptions matérielles. Mais leurs principes sont aussi différents (comp. point 14).

IV. Fonctions des présomptions

13. Du point de vue fonctionnel, on se demande à quoi servent les présomptions comme moyen de la technique juridique. La présomption,

(24) Art. 3 § 2 code proc. crim. : «L'accusé n'est pas traité comme coupable, jusqu'à ce que sa faute soit prouvée dans la procédure prévue dans ce code». Comp. p.e. S. Kalinowski, *Postępowanie karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa, 1966, chap. VII, § 22 ; Ce principe est *praesumptio boni viri* — M. Siewierski-J. Tylman-M. Olszewski, *Postępowanie karne w zarysie*, Warszawa, 1971, p. 420. De l'interprétation objectiviste et subjectiviste de cette présomption comp. M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa, 1971, p. 341 ss.

comme chaque norme, est construite pour réaliser un objectif. En général l'objectif des présomptions est la garantie et la réalisation des valeurs acceptées dans le processus de la décision judiciaire.

La présomption est appliquée dans les situations où : (a) la Cour doit prendre une décision ; (b) la décision exige la reconnaissance de preuves ; (c) les preuves sont difficiles ; (d) l'on veut placer d'une façon spéciale le fardeau de la preuve ; (e) la norme de présomption détermine la direction de la décision quand il n'y a pas de preuve contraire, et que les conditions posées par cette norme sont réalisées.

Pour l'application judiciaire du droit les conditions (a) et (b) sont réalisées. La Cour a l'obligation de décider le cas — la règle de cette obligation est traitée comme moyen pour faire du système du droit un système complet ([25]). Chaque décision exige la preuve des faits qui en font le fondement, sauf les exceptions prévues par la loi (p.e. les faits notoires) ([26]). La nature des faits à prouver détermine la difficulté de la preuve. Or pour les faits dont la preuve est difficile le droit décide par la présomption (la condition c). C'est caractéristique surtout pour les présomptions matérielles qui, en même temps, imposent le fardeau de la preuve en exigeant la preuve contraire (la condition d). Mais il y a aussi les présomptions qui visent uniquement le problème du fardeau de la preuve (situation d) et ce sont les principes idéologiques qui fondent ces présomptions. C'est le cas des présomptions formelles ([27]). Enfin la condition (e) est une description de l'opération de la présomption soulignant le rôle de la preuve contraire.

Cette caractéristique des fonctions des présomptions comme moyens de réaliser les valeurs par le placement du fardeau de la preuve justifie — à mon avis — le rejet du reconstructivisme extrême (comp. point 3 (a)). Certes les présomptions sont des normes juridiques et *ex definitione* ont tous les traits qui leur sont propres. La description des présomptions comme normes suit l'analyse des normes : comme les autres normes elles ont une structure normale (comp. point 5) ; elles règlent un comportement ; elles ne peuvent être appliquées que quand certaines conditions sont réalisées ; elles fonctionnent comme moyens pour réaliser certaines

(25) Comp. J. WRÓBLEWSKI, *Modele systemów norm a system prawa*, dans *Studia Prawno-Ekonomiczne*, 2, 1969, p. 30 ss., 40 ; A. G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962, p. 76 ss., 95 ss.

(26) P.e. art. 153 code proc. crim ; art. 228-231 code proc. civ.

(27) Comp. p.e. M. CIEŚLAK, *Polska procedura*, *op. cit.*, § 68 ; *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red Z. RESICH-W. SIEDLECKI, Warszawa, 1969, vol. 1, p. 399, J. DĄBROWA, *op. cit.*, chap. V point 4.

valeurs, pour déterminer les droits et les obligations, pour déterminer l'imputabilité, etc. Le reconstructivisme extrême s'arrête à ce niveau de l'analyse d'où la conclusion qu'il n'y a pas des raisons suffisantes pour parler des présomptions comme d'une espèce des normes et qu'on peut se passer du concept de présomption.

Mais les normes de la présomption ont des fonctions spécifiques comme moyens pour réaliser certaines valeurs dans les situations spéciales caractérisées ci-dessus. C'est la façon de régler la fardeau de la preuve dans ces situations qui fonctionnellement distingue les présomptions de toutes les normes et c'est la raison pour présenter la formule normale de la présomption de façon qu'elle reflète les traits de cette situation spéciale (comp. point 6). Les présomptions ont une valeur purement pratique. C'est la technique propre au droit qui n'existe ni dans l'éthique ni dans d'autres formes de l'activité humaine. Et c'est pour conserver cette spécificité que je propose d'éliminer de la langue du droit les *praesumptiones hominis* (comp. point 22 ci-dessous).

14. Les présomptions sont basées sur certaines valeurs acceptées comme leur fondement. Je les classe en deux groupes : «les valeurs idéologiques» et «les valeurs techniques».

Les valeurs idéologiques sont les intérêts garantis par la norme de présomption, pourvu qu'il ne soit pas plus facile de faire tomber la présomption que de l'écarter. Or la preuve contraire faisant défaut, la Cour décide selon la conclusion de la présomption, dont le contenu garantit certains intérêts. Les valeurs idéologiques sont très variées.

L'exemple pour les présomptions formelles est la garantie des intérêts de l'accusé dans le procès pénal, qui s'exprime dans la présomption de l'innocence. On peut traiter cette présomption comme une application du principe *in dubio pro reo* ([28]). L'exemple pour les présomptions matérielles est l'intérêt de l'enfant dans une filiation déterminée qui est garantie par tant de présomptions ([29]). Un autre exemple est l'intérêt juridique et économique — *quieta non movere* — de la présomption que la possession est conforme à l'état légal ([30]) ou l'intérêt de la sécurité et sûreté du com-

(28) Art. 3 § 3 code proc. crim. : «Il n'est pas permis décider les doutes qu'on ne peut pas éliminer au désavantage de l'accusé».

(29) Comp. art. 62-86 code de famille et de tutelle. *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. M. GRUDZIŃSKI-J. IGNATOWICZ, Warszawa, 1966, titre II, sec. 1, chap. 1, p. 327 ss. ; de la relation entre le postulat de la vérité objective et le bien de l'enfant, *ibidem*, p. 386-388, 391.

(30) Comp. livre II, titre IV code civ. ; A. KUNICKI, *op. cit.*, chap. IV point 4.

merce concernant les biens immeubles qui est garantie par les présomptions concernant la valeur du registre foncier ([31]). Les valeurs idéologiques sont liées aux domaines de la règlementation juridique.

Les valeurs techniques sont les principes d'efficacité dans le processus de décision des cas. Il s'agit d'esquiver les difficultés de la preuve qui peuvent freiner la décision. Le problème semble délicat surtout dans les systèmes fondés sur le principe de la vérité matérielle (objective) ([32]). Mais on doit souligner, que l'éventualité d'un conflit entre ce principe et les valeurs techniques de la décision dépend du contenu de la présomption (comp. point 23). En général ce conflit ne menace pas, sauf quand il y a des restrictions trop exigeantes pour écarter les présomptions. Or, ces restrictions sont fondées sur des valeurs idéologiques et non techniques.

La Cour, suivant la présomption, sait ce qu'elle doit reconnaître dans les situations où la preuve est extrêmement difficile. On évite, par ce moyen technique, les décisions négatives, quand la Cour doit refuser le cas pour manque de preuve. Le législateur estime négativement les décisions de ce genre comme contraires aux valeurs idéologiques. L'incertitude concernant la vie d'une personne, la filiation d'un enfant, la culpabilité de quelqu'un, est évaluée négativement.

Les valeurs techniques sont donc instrumentales pour les valeurs idéologiques. Elles contribuent à la certitude et à la sûreté du droit. Elles donnent des bases pour prévoir que la décision sera prise et, si l'on possède les informations suffisantes, quelle sera sa teneur.

15. Pour les présomptions de fait les fondements de la relation R entre la prémisse et la conclusion de présomption (comp. F. 3) ont une importance essentielle. C'est la question du rapport entre R et les règles de la science et de l'expérience. Théoriquement, du point de vue de ce rapport, R peut être anti-empirique, para-empirique ou non-empirique. Pour les présomptions dans le droit actuel, ce sont les derniers deux rapports qui sont importants.

(31) Comp. art. 18 et 20 du décret de registre foncier (11.X.1946) ; A. KUNICKI, *op. cit.*, chap. II, point 2, 3 et la note 65.

(32) Comp. p.e. M. CIEŚLAK, *Zagadnienia dowodowe ..., op. cit.*, chap. XVII ; J. JODOWSKI-W. SIEDLECKI, *Postępowanie cywilne. Część ogólna*, Warszawa, 1958, § 42 ; S. SLIWIŃSKI, *Polski proces karny przed sądem powszechnym*, Warszawa, 1961, chap. X, point 4 ; W. SIEDLECKI, *Zarys postępowania cywilnego*, Warszawa, 1966, § 24 ; S. KALINOWSKI, *Postępowanie karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa, 1963, chap. VII, § 3. D'après Dąbrowa, quand on traite les présomptions seulement comme moyen de placer le fardeau de la preuve nul conflit avec le principe de la vérité objective n'est possible (J. DĄBROWA, *op. cit.*, p. 46 ss., 60).

R est anti-empirique quand entre les prémisses et la conclusion de présomption il n'y a pas de relations ayant un sens empirique accepté par le paradigme des preuves. Par exemple, les règles R qui lient la qualité «d'être sorcière» avec les réactions du corps à l'eau et au feu. Les rapports de ce genre n'ont pas de sens, ils ne peuvent être empiriquement ni confirmés ni rejetés. Le droit qui atteint un certain niveau de développement ne connaît pas les présomptions de ce genre.

R est para-empirique quand la relation entre la prémisse et la conclusion de la présomption a une analogie dans les relations empiriques constatées dans la science et l'expérience (33). Le législateur, pour réaliser les valeurs idéologiques et techniques, en établissant une norme de présomption veut que R corresponde aux règles empiriques. Empiriquement la conclusion de la présomption peut être plus ou moins probable ou douteuse. Seulement le fait d'écarter la présomption par la preuve contraire donne des résultats certains. Mais si la présomption n'est pas écartée, faute de preuve contraire, empiriquement on peut seulement constater le doute. Le droit permet de l'éviter en statuant qu'on doit déterminer les conséquences d'après la conclusion de la présomption.

Les présomptions para-empiriques ne sont donc pas contraires au principe de la vérité matérielle (objective). On les emploie quand il n'y a pas de données concernant la «réalité», à savoir concernant la vérité matérielle (objective). Le développement des sciences et des techniques scientifiques peut influencer l'évolution des présomptions para-empiriques.

Mais je dois ajouter qu'il y a des situations où la conclusion de la présomption para-empirique sera empiriquement contraire à la réalité. Ce sont deux situations : (a) la preuve contraire existe mais n'est pas fournie, et la présomption n'est pas écartée ou (b) le droit fait à l'admissibilité de la preuve contraire des restrictions telles que «la preuve contraire», du point de vue empirique, n'est pas admise comme telle par le droit (comp. point 20).

La présomption para-empirique ne formule pas d'assertions existentielles, ni vraies ni fausses. La présomption, comme norme, oblige son destinataire à reconnaître ses conclusions pour leur rattacher des conséquences juridiques.

Les présomptions avec R non-empirique ne sont pas fondées sur des relations empiriques, mais leur conclusion peut être écartée par des asser-

(33) Il y a des opinions suivant lesquelles toutes les présomptions sont fondées sur les relations de la probabilité ou de l'expérience. Comp. M. CIEŚLAK, *Zagadnienia dowodowe*, *op. cit.*, p. 56-57 ; J. NELKEN, *op. cit.*, p. 144 ; S. SZER, *op. cit.*, p. 144.

tions empiriques. Ces présomptions sont donc arbitraires (contrairement aux présomptions para-empiriques), mais on peut les écarter empiriquement (contrairement aux présomptions anti-empiriques). Un exemple est la date de la mort fixée dans la déclaration de décès, d'après la norme de présomption pour le premier jour du délai après l'expiration duquel la déclaration de décès est devenue possible (34). La présomption non-empirique ne prétend pas déclarer une assertion empirique, presque certainement fausse. Elle demande seulement la reconnaissance de la conclusion de la présomption pour déterminer les conséquences juridiques.

16. Les fonctions des présomptions de droit sont déterminées aussi, comme celles des présomptions de fait, par les caractéristiques de la relation R entre la prémisse et la conclusion de la présomption [F. 11].

Le législateur utilise R, dans ce cas, sans aucun rapport avec les relations empiriques. Ceci est évident, parce qu'il s'agit de relations entre certains faits et leurs conséquences (et surtout — qualifications) juridiques. Les relations de ce genre peuvent être conditionnées par les propriétés des faits empiriques, mais le rapport entre la prémisse et la conclusion de la présomption n'a aucune correspondance avec les relations découvertes dans la science ou par l'expérience.

17. Les présomptions formelles possèdent aussi des valeurs comme leur fondement. La relation R entre la prémisse et la conclusion de cette présomption [F. 16] peut être entendue de deux façons. Cela dépend de la manière de concevoir la conclusion comme visant le fait ou le droit. La difficulté de distinguer entre le fait et le droit dont nous avons parlé auparavant se manifeste d'une façon très prononcée. Prenons, par exemple, la présomption formelle de l'innocence de l'accusé (35) ou la présomption de bonne foi (36). On peut se demander s'il s'agit de qualités empiriques des personnes ou de propriétés normatives de leur situation juridique. Je peux m'abstenir ici de décider cette question, car il suffit de donner deux solutions pour chaque réponse. Je prends comme exemple la présomption d'innocence.

(34) Art. 31 § 2 code civ. : «Le moment de décès présumé du disparu est celui qui, d'après les circonstances, paraît le plus vraisemblable. A défaut de tout renseignement, ce moment est fixé dans le premier jour du délai après expiration duquel la déclaration de décès est devenue possible». Les délais selon la situation sont de : 6 mois, 1 an, 2 ans, 5 ans et 10 ans à partir d'un certain fait ou de la réception de renseignement concernant ce fait (art. 29, 30 code civ.).

(35) Comp. note 24.

(36) Comp. p.e. A. KUNICKI, *op. cit.*, chap. II point 1.

Si on traite cette présomption formelle comme une présomption de fait, on doit constater, qu'elle n'est pas fondée sur une probabilité empirique. Au contraire, ce serait une présomption non-empirique. La culpabilité de la personne accusée est douteuse. Le droit en vigueur n'admet pas qu'une personne mise en accusation soit probablement coupable parce que tous les actes de l'instruction criminelle prouvent qu'elle est probablement coupable. On peut même vérifier empiriquement ce fait, mais il est évident, que cette présomption n'est pas fondée sur cette probabilité. Même si cette vérification montrait que le pourcentage des décisions qualifiant l'accusé d'innocent est plus faible que celui des décisions selon lesquelles il est coupable, le droit n'aurait pas changé la présomption d'innocence. Il s'agit de la garantie d'une valeur idéologique, la position de l'accusé dans le procès, par la manière de placer le fardeau de la preuve.

Si on traite cette présomption formelle comme présomption de droit, la situation n'est pas changée. La règle R ne serait pas para-empirique. Il s'agit clairement d'une relation normative, sans aucune correspondance avec les rapports empiriques.

18. Du point de vue fonctionnel on demande quelle est la relation des présomptions avec les autres espèces de dispositions ou normes juridiques. Je me limite ici à évoquer trois problèmes mais je ne les discute pas pour ne pas déborder le thème de mes considérations.

Premièrement, on doit souligner, que beaucoup de dispositions juridiques fonctionnent d'une façon analogue aux présomptions, garantissant les mêmes valeurs idéologiques et techniques. Il est possible de les présenter dans des formules correspondant aux normes de présomption, et surtout de présomption de droit. L'hypothèse de cette norme contient «la description» de l'état des choses avec une réserve, que les conditions contraires (ou les «contre-types» en droit pénal) n'interviennent pas ; la règle détermine les obligations, les droits ou les situations juridiques. C'est pourquoi il y a un terme «présomptions au sens large» pour dénommer ce genre des dispositions ([37]).

Cette conception peut être traitée comme corollaire du reconstructivisme extrême, car elle élargit la notion de présomption pour embrasser la grande partie des normes, cette forme du reconstructivisme ne voyant pas de différences essentielles entre les normes juridiques en général et les présomptions.

(37) Comp. F. Gény, *op. cit.*, partie III, par. 237, 238, comp. par. 264-267 ; J. Dabin, *op. cit.*, p. 239 ss.

Deuxièmement, dans la science juridique polonaise on analyse la relation entre les présomptions et les définitions légales. D'un côté on donne une conception des «définitions-présomptions» dans lesquelles, entre l'antécédent et la conséquence de la norme, il y a une relation affaiblie de l'implication mutuelle, qui est nécessaire pour les définitions (38). D'autre part on reformule toutes les présomptions de droit pour obtenir des définitions (39). Je ne nie pas la possibilité de ces reformulations, car elle n'est même pas difficile pour beaucoup de dispositions qui ne sont pas des définitions légales (p.e. art. 535, § 1, 603, 605 code civ.). D'ailleurs les définitions peuvent être traitées comme un moyen technique servant les mêmes valeurs idéologiques que les présomptions. Mais ne doit-on pas poser la question *cui bono*, à quoi sert cette réduction des présomptions de droit aux définitions, quelles valeurs opérationnelles présente une telle construction ?

Troisièmement, la tradition juridique distingue le *ius dispositivum* et le *ius cogens*. Les normes *ius dispositivum* sont des présomptions juridiques autant selon leur structure que selon leur fonction (40).

V. Preuve contraire

19. La présomption *ex definitione* peut être écartée par la preuve contraire (comp. point 4). C'est le résultat de ma position d'un reconstructivisme modéré. C'est la raison pour laquelle j'avais donné des règles pour écarter les présomptions [F. 4] autant pour les présomptions matérielles de fait [F. 6] et de droit [F. 12] que pour les présomptions formelles [F. 17]. J'ai souligné les différences entre les raisonnements pour écarter les présomptions de droit [F. 14] et celles de fait [F. 10].

Les relations entre la preuve contraire, comme élément de la prémisse de la présomption, et la conclusion de la présomption, sont toujours des relations normatives. Même si ce sont des relations para-empiriques, elles ne valent que *ex lege*, car la norme de présomption les fait valoir. Le concept de la preuve contraire est aussi déterminé normativement — il s'agit toujours de «la preuve contraire effective», du point de vue de droit. Ce

(38) S. Frydman-E. Drapkin, *op. cit.*, chap. IV, § 6.

(39) S. Grzybowski, *Wypowiedź normatywna i jej struktura formalna*, Kraków, 1961, p. 78-79.

(40) S. Frydman-E. Drapkin, *op. cit.*, chap. IV, § 1 ; A. Kunicki, *op. cit.*, chap. I point 4 ; F. Gény, *op. cit.*, partie III, par. 237. Contre le traitement de *ius dispositivum* comme présomption B. Walaszek, *op. cit.*, p. 25.

qu'est la preuve contraire effective est décidé par le droit et non par la science ou l'expérience. Le droit décide si, et dans quelles situations, la preuve contraire peut être présentée pour écarter la présomption.

20. Le fait d'écarter des présomptions peut être analysé du point de vue des conditions que, d'après le droit, doivent remplir les preuves contraires ([41]).

Théoriquement, et ne tenant pas compte pour le moment de la construction de présomption ici maintenue, on peut envisager les preuves contraires comme un *continuum* entre deux extrêmes. Les preuves contraires qui ne sont pas normativement limitées constituent un extrême. Leur efficacité serait fondée seulement sur les règles empiriques RE. Chaque assertion empirique, qui est contraire à la conclusion de la présomption d'après le paradigme de la science et de l'expérience, est admise par le droit. Alors la règle R de la présomption coïncide pleinement avec les règles empiriques RE. Néanmoins dans le droit en vigueur, il est difficile de trouver des présomptions de ce type. Même les normes de présomption qui en sont les plus rapprochées doivent tenir compte des normes qui déterminent les limites temporelles et matérielles pour attaquer les décisions ayant autorité de la chose jugée.

L'autre extrême c'est la situation dans laquelle nulle preuve contraire n'est admise. C'est le cas de la traditionnelle présomption irréfragable (comp. point 24).

Entre ces deux extrêmes se rangent toutes les présomptions, dont les preuves contraires sont réglées par des dispositions contenant les conditions de leur efficacité. Ces présomptions sont typiques pour le droit actuel. Les limitations des preuves contraires sont très variées. Je ne peux qu'en donner quelques exemples.

Le premier groupe de facteurs limitant les preuves contraires a un caractère général. Ce sont les dispositions qui excluent le changement des décisions ayant la force de la chose jugée, qui ne peuvent être attaquées, et les dispositions qui déterminent les conditions des activités procédurales. Les facteurs de ce groupe ne sont pas contenus dans les normes de présomption.

Le second groupe contient les conditions spéciales de présentation des preuves contraires. Elles sont contenues dans les normes de présomption.

(41) Comp. S. FRYDMAN-E. DRAPKIN. *op. cit.*, chap. III. §§ 5-7 : A. KUNICKI. *op. cit.*, chap. I. point 6.

Voici les conditions typiques de ce groupe déterminant la preuve contraire efficace.

Il y a des limitations concernant le temps de la présentation de la preuve contraire. Elles précisent le terme *ad quem* qui est très différencié. P.e. il y a de grandes restrictions dans les présomptions concernant la filiation de l'enfant (42) ; les termes pour déclarer le décès sont, en règle générale, plus longs, etc. (43).

Le droit peut contenir les restrictions concernant les personnes qui peuvent présenter la preuve contraire. Il s'agit ici de conditions plus détaillées que d'«avoir un intérêt juridique» (44).

Le droit peut énumérer les conditions quand la preuve contraire ne peut être efficace, p.e. contre les personnes agissant de bonne foi (45).

Enfin les dispositions de droit peuvent préciser le contenu de la preuve contraire. Les solutions juridiques sont très différenciées. Pour certaines preuves il suffit de présenter une assertion quelconque, qui d'après les règles admises fait rejeter la conclusion de présomption, p.e. renseignement sur la vie d'une personne, qui selon la présomption aurait pu être déclarée décédée (46). Pour certaines peuves on demande une forme qualifiée, comme la preuve de l'impossibilité (47). Enfin le droit peut aussi préciser le contenu de la preuve contraire, p.e. la déclaration ayant un contenu déterminé (48).

(42) Comp. les termes de 6 mois pour intenter une action par le mari de la mère ou par la mère en désaveu de paternité dès moment de renseignement de la naissance de l'enfant (art. 69 § 1 et 63 code de fam. et de tutelle), tandis que l'enfant arrivé à la majorité peut agir en désaveu de paternité, mais au plus tard dans les trois ans qui suivent sa majorité (art. 70 § 1 *ibidem*).

(43) Comp. la note 34.

(44) Comp. la restriction des personnes qui sont compétentes pour agir en désaveu de paternité : *le mari de la mère, la mère et l'enfant (art. 62-70 code de fam. et de tutelle).* Mais du principe de la vérité matérielle (objective) résulte le problème des preuves contraires demandées par la Cour *ex officio*, comp. W. SIEDLECKI, *Zarys postępowania, op. cit.*, p. 247 ; RESICH-W. SIEDLECKI, *op. cit.*, p. 408 ss.

(45) Comp. la protection de celui qui acquiert un droit de la personne ayant titre à disposer de ce droit selon le contenu de registre foncier, à l'exception d'une disposition à *titre gratuit ou de l'acquisition de mauvaise foi (art. 20 décr. de registre foncier)* : la protection d'un tiers, qui acquiert un droit ou est libéré d'une obligation par la déposition de celui qui a obtenu la constatation de l'acquisition de la succession sans être héritier, à moins qu'il n'ait agi de mauvaise foi (art. 1028 code civ.).

(46) Art. 29-32 code civ.

(47) P.e. une démonstration de l'impossibilité que le mari puisse être le père de l'enfant art. 67, 68 § 2, 69 § 3, 70 § 3 code de fam. et de tutelle.

(48) Art. 68 § 1 code de fam. et tutelle : «Lorsque l'enfant est né avant le cent quatre-vingtième jour depuis la célébration du mariage il suffit, pour écarter la présomption de paternité, que le mari déclare au cours du procès en désaveu qu'il n'est pas le père de l'enfant».

Toutes les limitations des preuves contraires sont conditionnées par les valeurs idéologiques et techniques admises, qui fondent les présomptions. Il serait très difficile de généraliser à ce propos.

21. Dans les raisonnements pour écarter les présomptions [F. 10], [F. 14], malgré l'existence de l'état des choses E, la preuve contraire décide que la conclusion de la présomption doit être rejetée. Des problèmes spéciaux surgissent quand la présomption est basée sur une décision judiciaire. Alors la présomption est écartée suite au changement de cette décision. Dans la science juridique polonaise on avait discuté l'art. 1025 § 2 code civ. : «Celui qui a obtenu la constatation de l'acquisition de la succession, est présumé être héritier». Je passe outre les opinions que cette disposition est une présomption irréfragable ([49]) et je limite mes remarques à deux conceptions : la première, que cette disposition n'est pas une norme de présomption ; la seconde, que c'est une présomption *iuris tantum*.

La première conception conteste fermement la qualité de «présomption» quand la prémisse est contenue dans la décision judiciaire. Dans cette situation l'emploi de l'expression «est présumé» n'a aucune signification. Ce qui est, en apparence, le rejet de la présomption, n'est en réalité que le changement de la décision judiciaire ou «l'annihilation» de la prémisse de la prétendue présomption ([50]).

La seconde conception ne voit aucune difficulté dans l'existence des présomptions fondées sur des décisions judiciaires. L'art. 1025, § 2 code civ. formule une norme de la présomption *iuris tantum* et l'art. 679, § 1, code proc. civ. détermine comment faire la preuve contraire ([51]).

La source de cette discussion se trouve dans le fait qu'on écarte les présomptions qui demandent comme preuve contraire l'attaque contre une décision judiciaire d'une façon différente que dans le cas d'autres présomptions. Ayant en vue la règle générale pour écarter une présomption E. PC $\underline{R}$ ~ CP [F. 4], on peut dire que la spécificité de la preuve contraire ici consiste à rejeter E, à savoir la décision judiciaire. Alors on peut

(49) Comp. la note 60.

(50) J. GWIAZDOMORSKI, *Prawo spadkowe w zarysie*, Warszawa, 1968, 2 éd., p. 191 ; comp. le même auteur, *Dwa «domniemania»*, dans *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukocej K. Przybyłowskiego*, Kraków-Warszawa, 1964, p. 100 s. ; le même auteur, *«Domniemanie» nabycia spadku*, dans *Państwo i Prawo*, 10, 1968, *passim*.

(51) A. SZPUNAR, *Domniemanie wynikające ze stwierdzenia nabycia spadku*, dans *Państwo i Prawo*, 3, 1969, *passim* ; S. SZER, *op. cit.*, p. 145.

présenter symboliquement la règle pour écarter ce type de présomptions comme :

$$\sim E \,.\, PC \xrightarrow{R} \sim CP \qquad [F.\ 18]$$

D'ailleurs si l'on traite la preuve contraire PC comme équivalent à ~ E, on peut postuler, que la forme la plus adéquate pour écarter ce type de présomption serait :

$$\sim E \xrightarrow{R} \sim CP \qquad [F.\ 19]$$

Dans mon opinion, la discussion se rattache aux deux façons de concevoir la règle permettant d'écarter la présomption. A la première conception on peut imputer l'opinion que c'est la formule [F. 19] qui est adéquate et qui ne correspond pas à la formule [F. 4]. A la seconde conception on peut imputer l'opinion que la formule propre est [F. 18], qui se présente comme dérivée de la formule générale [F. 4].

Les deux conceptions ont raison, soulignant la spécificité des présomptions qui demandent le changement d'une décision judiciaire pour présenter la preuve contraire. Mais elles interprètent d'une façon différente cette spécificité. Je pense, que la solution de cette controverse peut être donnée plutôt dans les cadres d'une théorie générale de la preuve judiciaire que dans la théorie des présomptions.

VI. Praesumptio hominis

22. La doctrine juridique, et parfois même les textes de la loi, utilisent l'expression «présomption de l'homme», *praesumptio hominis*. Le domaine d'emploi d'un terme est une question de convention. Mais il me semble qu'il n'est pas recommandable d'employer cette expression en droit. Dans *praesumptio hominis* on reconnaît comme démontré un fait, qui selon les règles de l'expérience a existé, car un autre fait avait existé, d'après des preuves conclusives. Alors ce raisonnement peut être formulé comme suit :

$$A^1 \xrightarrow{RE} FI \xrightarrow{RE} FP \qquad [F.\ 20]$$

ou A^1 énonce des assertions qui sont la preuve de l'existence d'un «fait intermédiaire» désigné par l'assertion FI, et FP est l'assertion du fait déterminé par la conclusion de cette «présomption». FI implique FP d'après les règles empiriques RE.

Le schéma concerne tous les raisonnements où l'on ne prouve pas directement le fait dont dépend la solution du cas.

Le droit, dans la théorie de la libre évaluation des preuves, admet des preuves qui sont admises généralement hors du domaine du droit (52). Le terme «présomption de l'homme», pour les situations de ce genre, passe outre aux règles de la science donnant seulement l'expérience comme fondement, et efface la différence entre ce raisonnement et les présomptions juridiques. On peut, certainement, reformuler la *praesumptio hominis* pour qu'elle contienne la preuve contraire — mais il n'y a pas de raison pour le faire (53).

VII. Présomption et fiction juridique

23. La doctrine considère les présomptions en liaison avec la fiction juridique (54). On dit que l'acceptation de la conclusion de la présomption conduit à la fiction, puisque la présomption n'est pas fondée sur la «réalité». Particulièrement la source des fictions se trouve dans les présomptions irréfragables, *praesumptiones iuris et de iure*, car elles ne peuvent être écartées, elles formulent donc des assertions dont la fausseté n'est pas démontrable par une référence à la réalité.

Le terme «fiction» n'est pas défini sémantiquement. Ce terme pris dans un sens suffisamment large sert de base pour toutes la philosophie du «fictionalisme» (55). Pour analyser la fiction en droit on doit préciser le sens de ce terme. Il suffit de différencier deux façons de l'employer : (a) «l'expression linguistique L est une fiction» si, et seulement si «l'expression linguistique L est fausse» ; (b) «C soutient la fiction exprimée dans L» si, et seulement si «X soutient que, L étant fausse, est vraie». La différence essentielle est que dans (b) il y a une assertion d'une fausse expression linguistique, pendant qu'en (a) il s'agit seulement de la relation entre l'expression linguistique et la réalité. Je laisse de côté la riche et complexe problématique qui est liée à ces deux définitions.

Pour que la langue contienne des fictions, elle doit contenir des assertions fausses sur la réalité. La langue juridique sert à la formulation de

(52) Dans ce sens on traite les présomptions de l'homme comme les méthodes de preuve (p.e. A. Kunicki, *op. cit.*, p. 8, 11) propres à la pensée humaine (M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe*, *op. cit.*, p. 57) et le juge dans ce cas a une complète liberté de raisonnement (W. Siedlecki, *Zarys*, *op. cit.*, p. 246).

(53) Contre le traitement des *praesumptiones hominis* comme présomptions S. Frydman-E. Drapkin, *op. cit.*, chap. IV, § 3.

(54) Comp. A. Mycielski, *Fikcjonalizm w prawie i nauce prawa*, dans *Ogolna nauka o prawie*, *op. cit.*, t. 2.

(55) H. Vaihinger, *Die Philosophie des Als-Ob*, Berlin, 1911.

dispositions juridiques. Elles déterminent d'une façon médiate ou immédiate les comportements. La langue juridique contient aussi des définitions qui, traitées comme définitions nominales, ne peuvent être ni vraies ni fausses. Alors le problème est de savoir si les règles de comportement sont qualifiées comme vraies ou fausses. Sans justifier ma position, je déclare mon attitude anti-cognitiviste : les normes (règles, dispositions, etc.) qui ne sont pas relativisées, ne sont pas des propositions logiques et ne sont donc ni vraies ni fausses. Alors la langue juridique *ex hypothesi* ne peut contenir des fictions dans le sens (a).

Pourtant se pose le problème si la Cour qui applique des normes de présomption, n'est pas contrainte d'affirmer des propositions fausses, et alors, d'employer la «fiction» dans le sens (b) de ce terme.

Dans certaines situations la Cour peut reconnaître des assertions, qui, empiriquement, sont fausses. Ce sont les situations de conflit entre la vérité matérielle (objective) et la vérité formelle, quand pour les raisons de procédure les décisions judiciaires ne peuvent être attaquées, nonobstant la révélation des preuves qui démontrent la fausseté de leur fondement. Ces situations peuvent être la conséquence de l'autorité de la chose jugée et elles peuvent résulter de l'emploi des présomptions, quand les preuves contraires ne peuvent pas être efficaces (56). Or, comme je l'ai montré, en règle générale, il y a des limitations normatives de la preuve contraire, et le danger n'est pas exclu.

Pourtant on doit introduire quelques restrictions. En ce qui concerne les présomptions anti-empiriques, on ne peut pas parler de fiction, car il est impossible de les comparer sensément avec la réalité. Deuxièmement, on ne peut pas parler de fiction en ce qui concerne les présomptions de droit, car elles consistent en la détermination de la situation juridique. Cette situation peut être déterminée fautivement vu les normes juridiques en vigueur et des prémisses de fait, mais la conclusion de la présomption ne peut être ni vraie ni fausse.

Alors la possibilité de fiction dans le sens (b) peut être admise par les constructions qui acceptent les présomptions de fait (comp. point 7) et est limitée aux présomptions para-empiriques et non-empiriques. Pour les deux, la fiction peut apparaître comme résultat de l'absence de preuve con-

(56) Comp. p.e. les présomptions de la filiation qu'on ne peut faire tomber que par suite d'une action en désaveu de paternité (art. 62 § 3 code de fam. et tutelle), mais «le désaveu de paternité est irrecevable après le décès de l'enfant» (art. 71 *ibidem*). Cette situation juridique peut conduire à une «fiction».

traire quand la Cour procède comme si la conclusion de la présomption était vraie.

Il me semble, pourtant, qu'on peut concevoir la position de la Cour dans cette situation de deux manières : (i) la Cour reconnaît la vérité de la conclusion de la présomption, comme celle de chaque autre assertion obtenue par le processus de la démonstration, alors elle traite la conclusion comme assertion existentielle : «le fait F existe dans le temps t au lieu l» ; (ii) la Cour procède comme si la conséquence de la présomption était vraie pour déterminer les conséquences juridiques, mais elle ne la traite pas comme assertion existentielle.

Si le choix entre (i) et (ii) est posé comme problème empirique, alors seulement les recherches empiriques pourront fournir une réponse à la question «comment les Cours traitent leur position». Si, pourtant, le problème est posé comme théorique, les deux constructions sont possibles. Mais la première correspond à «la fiction» dans le sens (b), la seconde peut être liée à conception plus large d'une fiction comme un traitement de quelque chose «*als ob*» (57).

24. Comment dans ce contexte se présente la présomption irréfragable ? Du point de vue de la norme de présomption comme norme prévoyant la preuve contraire, cette *praesumptio iuris et de iure* n'est pas une présomption. La structure de cette *praesumptio iuris et de iure* n'est pas une présomption. La structure de cette *praesumptio* est simple — elle précise les conditions dans lesquelles on doit reconnaître certaines conséquences juridiques. Elle correspond à la forme élémentaire de la norme juridique [F. 1]. Il n'y a ici aucun élément de preuve (58). De plus, en ce qui concerne la présomption irréfragable, il n'y a de fiction ni dans le sens (a) ni dans le sens (b) de ce terme.

Il est difficile de trouver une présomption irréfragable dans le droit polonais — le droit socialiste évite les «fictions» (59). Mais parfois on traite l'art. 1025 § 2 code civ. (cité di-dessus, point 21), comme une présomption de ce genre, car la preuve contraire n'est pas efficace contre un tiers qui remplit certaines conditions (art. 1028 code civ.) (60). Sup-

(57) Com. le titre du livre classique dans la note 55.

(58) Comp. S. FRYDMAN-E. DRAPKIN, *op. cit.*, chap. IV, § 4 ; A. KUNICKI, *op. cit.*, p. 61-63.

(59) W. SIEDLECKI, *Zarys, op. cit.*, p. 247.

(60) L'article cité c'est *praesumptio iuris et de iure* d'après S. SZER, *op. cit.*, p. 144 : c'est la présomption irréfragable de fait d'après B. DOBRZAŃSKI, *Powódstwo o ustalenie ważności/ lub nieważności/ testamentu a stwierdzenie praw do spadku* de lege lata *i* de lege

posons pour le moment que ce soit une «présomption» qu'on ne peut pas écarter. Créé-t-elle une fiction ? Non, car les articles cités déterminent seulement comment le droit traite une personne qui a obtenu la constatation de l'acquisition de la succession.

Le second exemple typique est la présomption que la situation juridique de l'immeuble, fixée dans le registre foncier, correspond «à la réalité» ([61]).

Mais dans la science juridique polonaise aucun de ces exemples n'est traité à l'unanimité comme *praesumptio iuris et de iure*. Cela prouve d'une part que cette «présomption» est controversée, et de l'autre que le problème n'est pas important dans le système du droit polonais.

On dit encore que la présomption juridique devient irréfragable quand on ne peut pas pratiquement présenter une preuve contraire ([62]). C'est en effet la proposition d'une nouvelle convention terminologique. Cependant faut-il employer un terme tellement discrédité pour nommer les situations dans lesquelles on ne peut pas abolir une présomption ?

25. On peut encore discuter s'il n'y a pas de fiction juridique quand le droit traite certains faits «comme s'ils étaient autres». Ce serait «la fiction législative».

La formule normale de la norme juridique lie les conditions C avec le comportement B par la relation normative C ⟶ B [F.1] (comp. point 5). Mais le droit peut statuer qu'on doit traiter A comme C et alors on peut dire qu'il y a ici une «fiction». P.e. dans le droit polonais le mari qui a contracté un mariage de mauvaise foi, est traité comme un mari coupable de la dissolution de la vie conjugale (art. 21 code de famille et tutelle) ([63]). Il me semble pourtant que ce procédé n'introduit ni présomptions ni fictions. Il s'agit seulement de régler les conséquences juridiques de certains faits pour des raisons de technique législative. Cependant on n'affirme pas que les faits sont autres qu'en réalité.

ferenda, dans *Państwo i Prawo*, 3, 1964, p. 46 ; c'est une présomption *iuris tantum* selon A. Szpunar, voir la note 51 : ce n'est pas une présomption selon J. Gwiazdomorski, voir la note 50.

(61) Cette garantie traite comme *praesumptio iuris et de iure* S. Beyer, *Przeniesienie własności nieruchomości*, Warszawa, 1971, p. 235), comme *presumptio iuris tantum* A. Kunicki, *op. cit.*, chap. II point 3. Le rôle de cette institution dans le droit socialiste est controversable, comp. S. Beyer, *op. cit.*, partie IV, point 4 ; A. Kunicki, *ut supra* ; A. Szpunar, *Uwagi o rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych*, dans *Państwo i Prawo*, 8/9, 1963.

(62) S. Ehrlich, *Wstęp do nauk o państwie i prawie*, Warszawa, 1971, p. 107.

(63) Comp. p.e. art. 68, 928 § 2, 1016, 1020 code civ.

VIII. Remarques finales

26. Les présomptions juridiques posent des problèmes très compliqués et la façon la plus facile de les résoudre c'est de les nier. Une façon de les nier est présentée dans le reconstructivisme extrême selon lequel il n'y a point de problème des présomptions, car ce sont seulement des «*Scheinprobleme*». Une autre façon de nier les problèmes se présente dans le descriptivisme qui se contente d'analyser l'usage linguistique du terme «présomption» (et d'autres termes liés à celui-ci) dans la langue juridique et dans la doctrine en constatant la diversité et l'inconsistance. Mais j'ai accepté la position du reconstructivisme modéré tâchant de trouver les solutions qui montrent la rationalité au moins de certaines constructions de la langue juridique et de la doctrine, soulignant les doutes qu'elles évoquent et déterminant les prémisses et les conventions pour s'en servir. Il me semble qu'en acceptant ce reconstructivisme modéré, on peut utiliser critiquement les notions des présomptions, sans danger de tomber dans les pièges d'un descriptivisme aveugle ou dans le négation totale du reconstructivisme extrême.

La pratique législative et judiciaire montre les valeurs opérationnelles des présomptions comme instruments de la technique juridique. Acceptons donc cette preuve pratique et cherchons des constructions pour la servir, en conservant en même temps nos conceptions théoriques.

Université de Łódź

LA FICTION JURIDIQUE DANS LE CODE CIVIL VÉNÉZUÉLIEN AVEC QUELQUES RÉFÉRENCES À LA LÉGISLATION COMPARÉE (*)

par J. M. DELGADO-OCANDO

I

La technique juridique

1. *La Technique Juridique : Technique et action technique.*

La science du droit est une discipline pratique. Son but est l'étude des rapports sociaux intersubjectifs dans un contexte coercitif obligatoire. En ce qui concerne le sens descriptif, la science du droit systématise les critères de valeur de tels rapports ; pour ce qui est du sens pratique, elle en construit souvent ces mêmes critères. Cependant, dans ce cas-ci, le rôle du Droit comprend encore une dimension descriptive et une dimension pratique. La dimension descriptive est la technique comme système de règles techniques ; la dimension pratique c'est la technique en tant qu'action technique. L'action technique est l'élaboration des règles obligatoires ; la technique est la discipline qui gouverne de façon téléologique ladite élaboration. Seulement dans le savoir empirique ces deux dimensions se montrent indistinctes ; et bien que la distinction entre le savoir et le faire soit abstraite, le progrès technique se base sur la possibilité de considérer, de manière autonome, les règles qui gouvernent l'action technique.

(*) Communication faite au C.N.R.L. le 5 mai 1973.

2. *Technique fondamentale et art de légiférer.*

Ripert paraît faire allusion à cette différence fondamentale quand il distingue entre la technique et l'art de légiférer (1). Par technique Ripert comprend la détermination ou la précision des conditions sous lesquelles doit naître la règle de droit. La viabilité de la règle de droit, c'est-à-dire son efficacité, dépend de l'accomplissement de ces conditions, qui limitent le pouvoir de légiférer. Le caractère intersubjectif de la conduite règlementée, la détermination des destinataires de la règle de droit, la généralité de la loi, la permanence de la règle, le sens obligatoire de celle-ci et la cohérence de l'ordre juridique, la non-rétroactivité des lois, ce sont quelques-unes des conditions fondamentales de la création des normes. Les principes juridiques, comme nous le verrons tout à l'heure, sont aussi des conditions de la naissance des règles. Leur formulation est, nonobstant, «topique», ce qui explique que sa portée soit fréquemment idéologique, et dépendante, par conséquent, de chaque conception du droit. Reinach pense que de tels principes constituent des lois essentielles. Ainsi, que la promesse s'éteigne par son accomplissement, que la transmission d'un droit réel, en tant que droit de disposition actuelle, ne requière pas l'intervention des tiers, seraient des lois dérivées de l'essence même du rapport régi. La découverte des principes permet l'élaboration de théories et de systèmes, dont les règles créées par le Pouvoir compétent, ne sont, souvent, que de simples applications. De telle sorte, d'après Ripert, l'acquisition ou l'extinction des droits et des actions par l'écoulement d'un certain laps de temps est un principe exigé par la sécurité juridique, mais la prescription décennale des actions personnelles (art. 1977 du Code civil vénézuélien) est une règle de droit. Le fait que les principes juridiques soient l'abstraction d'une expérience sociale axiologique paraît exc re la possibilité d'une légalité essentielle a priori. Cela explique que la vente de la chose d'autrui est valable sous des conditions déterminées malgré que «personne ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même» ; que le mariage putatif produit des effets à l'égard de l'enfant et du conjoint innocent, malgré le principe «que ce qui est nul ne peut produire aucun effet» ; ou que, nonobstant ce même principe, la société nulle vaut comme société de fait. D'après Ripert le juriste élude l'application des principes rationnels au moyen des fictions et présomptions. Le caractère «topique» ou «rhétorique» (Viehweg) des principes juridiques devient

(1) G. RIPERT, *Les forces créatrices du Droit*, Paris, L.G. de D. et de J., 1955, pp. 307 et suivantes.

patent quand le juriste refuse l'absolu des théories qui conduisent à un résultat déraisonnable ou inéquitable. L'enrichissement sans cause ou la clause «rebus sic stantibus» sacrifient le principe *pacta sunt servanda* afin de ne pas admettre la lésion ; la doctrine de l'abus de droit corrige les conséquences nuisibles de l'exercice déraisonnable d'un droit par le titulaire ; la valeur de l'apparence, fondée sur des raisons de certitude et de protection à la bonne foi, s'emploie pour donner effet à des situations de fait (Ripert, p. 334). L'art de légiférer consiste à établir la loi positive sous la forme la plus convenable pour son application. «Le texte, dit Ripert, doit être rédigé de manière à représenter la volonté du législateur et à la faire connaître et accepter par tous». Dans l'élaboration des lois, il faut distinguer la technique formelle apte à exprimer, en termes précis, le sens de la règle, et la technique législative comme procédé de formation des lois (législation). La technique formelle comporte non seulement l'expression claire et précise de ce qui est prescrit, mais aussi l'implantation de la nouvelle loi dans l'ordre juridique en vigueur (Ripert). Il s'agit d'une exigence systématique qui, en vue d'être satisfaite, évite les problèmes dérivés des antinomies. La cohérence exigée par l'art de légiférer a même un sens esthétique. «Maurice Hauriou a décrit la beauté d'un champ juridique tracé au cordeau comme un jardin à la française dans lequel les jurisconsultes et les hommes de science peuvent se promener sans risques d'accidents graves. Chaque loi est une chaussée publique bien pavée sur laquelle on peut marcher avec assurance. Il faut encore que la voie nouvelle ne vienne pas couper et rendre impraticables les routes déjà établies» (Ripert, p. 348). L'excellence de cette technique se manifeste surtout quand l'implantation pose une inconsistance de principes. Ripert dit que l'implantation maintient l'harmonie du système à l'aide de recours techniques (fictions et présomptions) qui dissimulent la violation des principes. Ainsi, «la fiction permet de présenter comme légitime l'enfant naturel légitimé ou l'enfant adopté, en cas de légitimation adoptive. Le mariage nul est considéré comme valable dans le passé au titre de mariage putatif, malgré le principe rationnel de la rétroactivité de la nullité. L'enfant né dans les six premiers mois du mariage est légitime par sa naissance, malgré le calcul légal du délai de la grossesse. Un meuble peut être considéré comme un immeuble. Un gage peut être constitué sans dépossession du débiteur par la fiction que celui-ci le détient pour le créancier ... Il y aurait beaucoup d'autres exemples de cette habileté technique du législateur. Leur possibilité suffit à démontrer qu'il ne faut pas faire front sur les principes rationnels. La raison est satisfaite par la

fiction comme par la réalité». En ce qui concerne la présomption, Ripert écrit : «La présomption est utilisée pour l'application d'une règle juridique au-delà de son domaine rationnel. Elle explique que le mari de la mère soit toujours considéré comme le père de l'enfant né de celle-ci en dehors des cas où le désaveu est autorisé ; que le possesseur d'un meuble soit considéré comme propriétaire parce que la transmission du bien est présumée régulière ; que la femme soit considérée comme mandataire de son mari pour les besoins du ménage ; que le père ou le commettant soit considéré comme coupable d'un défaut de surveillance quand l'enfant ou le préposé a causé un dommage ; que le gardien d'une chose inanimée soit tenu comme étant en faute quand un dommage provient du fait de cette chose» (Ripert, *op. cit.*, pp. 351-353). La technique législative comprend, en plus du procédé constitutionnel de la formation des lois, l'intervention para-législative des «experts». Le droit devient, par cette voie, de plus en plus compliqué et ésotérique, et il pose, à l'art de légiférer, des tâches urgentes qui excèdent les exigences d'un ordre purement harmonieux et exempt de contradictions internes.

3. *Quelques considérations critiques sur la thèse de G. Ripert.*

Ripert paraît concevoir la technique juridique comme un processus visant à créer des normes de caractère général, permanent et obligatoire qui imposent à leurs destinataires l'exécution d'un acte utile ou l'abstention d'un acte préjudiciable. L'analyse de cette technique, telle que Ripert la propose est, en principe, correcte ; mais l'identification de la technique juridique avec la technique législative ne l'est pas. L'erreur consiste à considérer la généralité et la permanence comme des caractéristiques essentielles de la règle de droit, et en conséquence, à ignorer l'existence des règles juridiques individuelles. Hans Kelsen a démontré que le droit gouverne lui-même sa propre création et application. «Comme on l'a établi précédemment, l'ordre juridique est un système de normes générales et de normes individuelles qui sont unies les unes aux autres par le fait que la création de chacune des normes qui appartient à ce système est réglée par une autre norme du système, et, en dernière analyse, par sa norme fondamentale» (2). Le résultat de la thèse de Ripert est la méconnaissance de la technique administrative ou jurisprudentielle capable de créer le droit, dans leurs niveaux respectifs, et la croyance que la

(2) H. KELSEN, *Théorie pure du Droit*, Paris, Dalloz, 1962, trad. par Ch. Eisenmann, p. 314 ; *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 1960, p. 239.

création des normes par le pouvoir des tribunaux et des autorités administratives est une simple déclaration de la loi. Il est évident que, en considérant ainsi l'activité des juges et des agents administratifs, on escamote le vrai sens de ladite activité, et on confond la nature même du processus de la naissance des lois. «Il n'existe pas d'autre droit positif que celui qui est établi par le Pouvoir sous la forme d'une loi ou d'un acte ayant valeur de loi. Le pouvoir d'interprétation du juge consiste simplement à dégager nettement le sens du texte et par conséquent à préciser la règle. Donner une règle nouvelle supposerait un pouvoir de création que le juge n'a pas (3). L'étroitesse de la thèse de Ripert se révèle, notamment, en ce qui concerne les fictions et les présomptions. En effet, celles-ci sont considérées par l'éminent juriste français, en tant que moyens d'implantation d'une loi dans le droit en vigueur, lorsque l'implantation implique une violation de principes consacrés. Il est clair que les fictions et les présomptions sont des moyens employés par le législateur dans le but de créer des lois. Mais, cela veut-il dire que de tels moyens sont exclus de la technique jurisprudentielle, administrative, «négotielle» «ou doctrinale» ? Certes pas. Nous verrons plus tard qu'il y a des fictions légales, jurisprudentielles, «négotielles» et «doctrinales», et que la présomption, en plus d'être un moyen de preuve, est une technique d'interprétation de l'ordre juridique (4). La conception positiviste, quand elle identifie droit et loi, se heurte à des difficultés insurmontables pour décrire correctement le processus de création et d'application des normes juridiques. Telles difficultés proviennent des principes idéologiques consacrés par les Constitutions libéralo-démocratiques, selon lesquelles, par exemple, le pouvoir législatif est l'unique pouvoir créateur de normes. Peu importe que l'on attribue aux tribunaux un pouvoir propre (5) car la séparation nette entre création et application du droit, réduit l'activité du pouvoir judiciaire et du pouvoir administratif à une simple interprétation et application du droit en vigueur. C'est pour cela que la théorie traditionnelle conçoit la sentence et la décision administrative comme le droit déclaré conforme à la loi. La théorie moderne, par contre, reconnaît le caractère constitutif de l'activité judiciaire et administrative. «Contrairement à ce qu'on admet parfois — dit Kelsen — les décisions juridictionnelles n'ont pas un caractère

(3) RIPERT, *op. cit.*, p. 385.

(4) Cf. F. GÉNY, *Science et technique en Droit Privé Positif*, III, Paris, Sirey, 1930, pp. 420 et suiv. ; R. DECOTTIGNIES, *Les présomptions en Droit Privé*, Paris, L.G. de D. et J., 1950, p. 17 ; MERLIN et LAURENT, cit. par GÉNY, *ibid.*, p. 426.

(5) RIPERT, *op. cit.*, p. 386.

simplement déclaratif. Il n'est pas vrai que le Tribunal ait seulement à trouver et à énoncer un droit déjà préalablement créé d'une façon absolument complète et définitive, un droit dont la création serait absolument terminée. La fonction des tribunaux ne consiste pas à simplement trouver le droit (Rechts-«Findung») ou dire le droit (Recht-«Sprechung»), si l'on entend par là des opérations purement déclaratives ... L'ordre d'une sanction concrète a un caractère constitutif — il est à peine besoin de justifier cette affirmation. Les normes individuelles qui statuent que telle sanction doit être prononcée, et dirigée contre tel individu, ne sont créées que par les décisions juridictionnelles, elles n'étaient pas en vigueur antérieurement. Si la doctrine traditionnelle n'a pas su apercevoir que la décision juridictionnelle n'est que la continuation du processus de création du droit, si elle est tombée dans l'erreur de lui attribuer le caractère de fonction simplement déclarative, c'est parce qu'elle n'a pas pris conscience de la fonction normative des décisions juridictionnelles, parce qu'elle en est restée au préjugé que le droit se compose uniquement des normes générales, et qu'elle a ignoré l'idée de la norme juridique individuelle (6). Ripert, lui-même, admet que la force et la valeur de la juridiction ne peuvent pas être contestées. En acceptant même que la loi est l'unique source du droit, il va de soi qu'elle ne parvient pas à diriger la vie juridique, sinon à travers les diverses autorités chargées de l'appliquer. La suivante citation de Ripert d'un texte de M. Hébraud illustre la *concession que la doctrine traditionnelle doit faire à la thèse moderne* : «La règle de droit n'est que le moyen de diriger la vie juridique. Celle-ci résulte de l'activité des individus et de celle des diverses autorités chargées d'appliquer la loi» (7). *Enfin nous croyons nécessaire de dire quelques* mots par rapport au caractère constitutif de la doctrine. Nous avons dit que, dans le savoir empirique, la technique et l'action technique apparaissent indifférenciées. *La spontanéité du savoir primitif du paysan, par* exemple, cache la dimension technique de son action technique. Les règles rudimentaires qui gouvernent l'action technique sont de telle manière inhérentes à celle-ci qu'il n'y a pas lieu à une méditation autonome sur celles-là. Le savoir empirique est, par conséquent, un cas épistémologique limite. Mais du côté du savoir, le cas limite apparaît également. Dans la doctrine, le caractère réfléchi du savoir juridique n'oblige personne, si bien

(6) H. KELSEN, *op. cit.*, pp. 319 et 320, trad. française ; pp. 243 et 244, édition allemande.

(7) RIPERT, *op. cit.*, p. 387.

qu'il offre des modèles de règlementation du comportement social. Le modèle est offert à l'organe pour son implantation dans l'ordre juridique existant, et, d'un certain point de vue, la doctrine a un caractère virtuellement constitutif comme toutes les techniques. La raison par laquelle la doctrine n'est pas une source du droit stricto sensu, c'est parce qu'elle est simplement technique et non pas action technique. Savoir empirique et connaissance technique sont deux modalités limites du savoir-faire dont l'action et le savoir ignorent de façon réciproque et abstraite, leur respectif niveau essentiel (épistémologique ou pragmatique). Si cela est ainsi, la thèse de Ripert qui circonscrit le problème des fictions et des présomptions au champ de l'art de légiférer doit être refusée.

II

La fiction

1. *La fiction comme assimilation.*

Nous pouvons dire que, en principe, la fiction est un procédé technique d'assimilation des rapports sociaux différents afin d'aboutir à la même solution pratique (8). Ainsi, quand l'article 17 du Code civil vénézuélien consacre l'aphorisme «infans conceptus pro iam nato habetur», assimile la condition du «nasciturus» à celle de la personne physique, une assimilation similaire résulte lorsque l'article 19 *ejusdem* établit le système de l'acquisition de la personnalité juridique avec l'enregistrement de l'acte constitutif des associations, corporations et fondations licites de caractère privé. Le sens conventionnel de cette assimilation se montre dans la polémique relative à la nature de la personnalité juridique collective et, par conséquent, au rôle de l'autorité compétente envers le commencement de son existence. En effet, que la personne morale ait une existence idéale (art. 31 du Code civil argentin), par opposition à l'existence visible des personnes physiques, ou que celle-là ne soit qu'un patrimoine attaché à un but de façon que, comme Planiol affirme, sa place soit plutôt dans la

(8) Ibid. R. Dekkers, *La Fiction Juridique*, Paris, Sirey, 1935, p. 10 : «En quoi consiste cet expédient ? En une assimilation, une confusion consciente entre deux catégories juridiques distinctes : celle de citoyen romain et celle de pérégrin. Cette confusion est déterminée par le désir d'atteindre pour chacune d'elles la même solution pratique, alors que le droit existant en fournit de différentes.»

théorie des biens que dans la théorie des personnes (9) ; que l'initiation de l'existence des personnes morales requière, en général, la simple inscription dans un registre ad hoc (art. 19 du Code civil vénézuélien, art. 18 du Code civil brésilien) ; ou la reconnaissance, concession ou autorisation de la loi ou de l'État (art. 45 du Code civil argentin, art. 12 du Code civil italien ; art. 21 du Code civil uruguayen) ; ou que l'on prescrive pour des organisations dont le but n'est pas l'exploitation commerciale d'une activité économique (associations), le système de l'inscription (art. 21 du B.G.B.) ; et le système de la concession de l'État pour les organisations dont le but est l'exploitation commerciale d'une activité économique (art. 22 *ejusdem*) ; tout ceci révèle, d'une part, l'infécondité de la discussion sur la «nature» des personnes juridiques, et, d'autre part, l'importance pratique de la notion de personnalité morale, qui traduit, de manière commode et efficace, «la généralité et permanence que supposent les intérêts collectifs» (10). L'effet déclaratif du partage (art. 1116 du Code civil vénézuélien ; art. 3503 du Code civil argentin ; art. 883 du Code civil français ; art. 757 du Code civil italien), est, aussi un procédé technique qui assimile l'héritier (successeur à titre universel) à l'acquéreur (successeur à titre particulier), par rapport à tous les effets compris dans son lot, ce qui permet de statuer que «chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement ... et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession» (art. 883 du Code civil belge). Tel effet est défini par la jurisprudence vénézuélienne (11), comme la sanction du principe que «le partage n'est pas un titre de transmission de droits, mais de déclaration de propriété». Dans ces cas-ci, le processus d'assimilation est un effort délibéré de l'organe compétent visant à égaler des rapports sociaux différents par leur «nature», mais essentiellement semblables quant à leur fonction. La construction juridique impliquée dans ce processus d'assimilation présente des caractéristiques propres qu'il faut analyser et distinguer.

(9) Cf. R. DEKKERS, *ibid.*, p. 219 : «L'étude de ce qu'on est convenu d'appeler 'les personnes fictives', observe Planiol (Tr. él., éd. Ripert, 1, note p. 1053), n'est pas à sa place au milieu de la théorie 'des personnes'. Il est plus logique de la faire entrer dans la théorie des biens.»

(10) Vid. Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, «Droit civil», tome I, Paris, Dalloz, 1963, p. 182 : «Toutes les critiques adressées à la notion de personnalité morale n'ont guère ébranlé son importance pratique. C'est là une construction juridique non seulement commode, mais traduisant mieux qu'aucune autre la généralité et permanence que supposent les intérêts collectifs.»

(11) Vid. O. LAZO, *Codigo Civil de Venezuela*, Caracas, Legis, 1962, p. 573.

2. *La fiction comme égalisation.*

En concevant la fiction dans le sens d'assimilation de situations voisines qui présentent des caractères essentiels analogues (12), s'impose la distinction entre l'analogie et la fiction. «Enneccerus et Nipperdey disent en ce qui concerne l'analogie : 'Le juge doit, lui-même, créer d'abord, en partant de l'esprit de la loi, des principes et des tendances généraux, c'est-à-dire des évaluations d'intérêts qui se manifestent dans leurs prescriptions. Cette création juridique en partant de la loi est l'analogie ... l'analogie est l'extension (application extensive) de principes qui peuvent s'obtenir de la loi, à des cas qui sont juridiquement semblables à ceux qui sont résolus par la loi, c'est-à-dire qu'ils sont égaux en ce qui concerne les parties relevantes pour le fondement de la décision ...» (13). Il n'intéresse pas de distinguer ici entre l'analogie et l'interprétation extensive. En effet, indépendamment du fait que la première est un moyen d'intégration et la seconde d'interprétation, les deux recours partent du droit établi, afin de résoudre analogiquement l'imprévoyance explicite de la règle générale. Analysons quelques exemples simples, pour préciser mieux nos idées. Quand on lit au dessus de la porte du Centre Administratif de la Ville de Bruxelles : «Ni chiens, ni vélos», l'énoncé de l'interdiction n'empêche que l'accès soit défendu, par analogie, aux motos. Un vélo est essentiellement égal à une moto pour ce qui est de l'interdiction de l'entrée dans le centre. En argumentant de cette façon on déclare égales les situations voisines et on leur impute les mêmes conséquences prévues par la loi. L'interprète peut aussi utiliser une autre modalité de l'argumentation juridique (l'argument *a fortiori*) en soutenant que l'interdiction pour les motos se justifie non seulement parce que l'accès est défendu aux vélos, en raison de la similitude entre l'un et l'autre, mais aussi parce que l'entrée des motos dans le centre est plus inconvenante.

Pourtant l'application de l'argument analogique n'est pas forcé dans des cas comme ceux-ci. L'ancien Tribunal du Reich (14) s'est refusé à punir en tant que vol, la soustraction de l'électricité, attendu que l'électricité ne pouvait être incluse dans le concept de chose. Seulement des considérations d'ordre axiologique peuvent justifier le choix de l'argument *a*

(12) Cf. F. Gény, *op. cit.*, pp. 381 et 382 ; R. Dekkers, *op. cit.*, p. 92 : «... si la fiction est une assimilation nécessaire, c'est parce qu'elle place un cas exceptionnel, non prévu, sous l'empire d'un principe consacré, tenu pour essentiel et immuable. C'est dans cette extension analogique que nous voyons le rôle propre de la fiction.» (Dekkers).

(13) R. Schreiber, *Logica del Derecho*, Buenos Aires, Sur, 1967.

(14) *Reichsgericht*, Band 29, pp. 111 et ss. ; Band 32, pp. 165 et ss.

contrario afin d'empêcher l'extension du précept interprété. Le Tribunal du Reich refusa l'application de l'analogie et restreignit la portée de la loi à travers l'argumentation *a contrario*, malgré l'évidence de la fraude et le sentiment que l'intérêt de l'entreprise exigeait une protection contre le fraudeur ([15]). Or les conséquences de ce mode de raisonnement ne se limitent pas à la solution du cas, mais elles s'étendent à tout l'ordre juridique. En effet, l'application de l'argument *a contrario* dans le cas considéré et le sentiment que la fraude devait être punie, a promu la réforme de la législation en vigueur. Il y eut dans le cas cité par conséquent, un clair conflit de valeurs qui fut résolu à travers l'absolution de l'inculpé et le déclenchement du mécanisme législatif qui devait aboutir à la réforme du Code Pénal allemand. L'évaluation du Tribunal limita la portée de la loi, mais, en même temps, incita le législateur à punir au moyen d'une loi spéciale, la distraction subreptice du fluide électrique. La technique de l'argument *a simili* peut donner les mêmes résultats, quand une herméneutique audacieuse déclare l'égalité essentielle des cas semblables. Dans le droit privé, et sur la base d'évaluations différentes, la jurisprudence vénézuélienne est parvenue à une solution tout à fait opposée par rapport à la «nature» de l'électricité. Dans cette hypothèse, la modification du droit s'opère par voie juridictionnelle sans qu'il soit nécessaire d'induire le changement à l'aide de la législation. La différence consiste en ce que l'égalité déclarée par le juge permet l'inclusion formelle du cas extraordinaire dans le «Tatbestand» normatif, ce qui étend la portée de la loi sans modifier son texte. Un recours similaire est, certes, la fiction. Mais ainsi que l'analogie se distingue nettement de l'argument *a contrario*, la fiction ne doit pas être confondue, du point de vue technique avec l'extension analogique. Théoriquement, les différences entre l'analogie et la fiction peuvent se résumer de la manière suivante : a) l'analogie implique une égalité des rapports sociaux compris dans la même catégorie ; b) l'égalité consiste à déclarer que le cas extraordinaire est essentiellement égal aux cas résolus par la loi c'est-à-dire égal en ce qui concerne les parties relevantes pour le fondement de la décision ; c) l'égalité permet de concevoir la solution du cas extraordinaire en tant que subsomption, bien qu'elle soit une subsomption nouvelle, unique, distincte de la subsomption simple et routinière qui n'exige pas de procédé d'intégration. a') La fiction, par contre, implique une égalisation ou assimilation des rapports sociaux quant à leurs fonctions respectives mais non pas quant à la «nature» des

(15) Vid. K. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, Guadarrama, Trad. de E. Garzón Valdès, 1967, p. 65.

cas considérés ; b') la fiction, à cet égard, est plus artificielle que l'analogie, car le procédé technique qui la constitue ne suppose pas l'égalité des rapports, mais, au contraire, leur différence essentielle. L'égalisation ne part pas de la coïncidence des rapports égalisés en raison de leurs analogies essentielles ; elle part plutôt d'une exigence de traitement analogique, malgré la reconnaissance explicite de l'inégalité des rapports considérés ; c') cette égalisation fonctionnelle ou «fictive» conduit à la construction juridique, c'est-à-dire à la genèse de nouvelles catégories et de nouveaux schémas de comportement. La fiction modifie formellement le droit en vigueur sans qu'il faille l'intervention législative, bien que la fiction incite à la réforme de la loi et en apparaisse à la fin comme sa justification rationnelle. Dans la conjoncture qui résulte de l'alternative qui se présente entre l'utilisation analogique et l'argumentation *a contrario*, la fiction, accomplit sa tâche «égalitaire» sans solution de continuité, en déclarant que la subsomption n'en procède pas (ce qui équivaut à raisonner *a contrario*), mais en assimilant le nouveau rapport au schéma primaire de comportement choisi (ce qui implique un raisonnement *a simili*), pour obtenir la même solution pratique.

3. *La fiction comme emploi sciemment inexact de catégories en vigueur.*

L'opinion la plus étendue soutient que la fiction consiste soit en l'emploi sciemment inexact de catégories juridiques, soit en la consécration d'une irréalité naturelle, soit en l'affirmation d'une hypothèse fausse ou en la dérogation au droit en vigueur ([16]). Dekkers dit que la fiction est un procédé technique qui place un fait, une chose ou une personne, dans une catégorie sciemment inexacte, afin de leur imputer les conséquences juridiques impliquées dans ladite catégorie ([17]). Ainsi, par exemple, l'article 528 du Code civil vénézuélien considère immeubles par destination les animaux attachés à la culture d'un fonds ; l'enfant de parents vénézuéliens par naissance est vénézuélien par naissance selon l'art. 35, § 2, de la Constitution ; l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du

(16) Vid. R. DEKKERS, *op. cit.*, pp. 23 à 25 : «A la différence de maint auteur, ... nous considérons la fiction juridique non point comme une 'contravention aux faits naturels', non point comme une chose 'contraire à la science', 'ou artificielle' — le droit tout entier est artificiel en sa forme —, mais plus simplement comme un emploi sciemment inexact des catégories en vigueur.»

(17) *Ibidem*, p. 86 : «... nous croyons pouvoir définir la fiction de droit un procédé technique qui consiste à placer par la pensée un fait, une chose ou une personne dans une catégorie juridique sciemment impropre, pour la faire bénéficier, par voie de conséquence, de telle solution pratique, propre à cette catégorie.»

mariage est légitime, malgré le calcul légal de la conception prévu par l'art. 198 du Code civil vénézuélien (fiction de légitimité originaire ([18]) ; la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement (art. 1208 du Code civil vénézuélien ; 538 du Code civil argentin ; 1945 du Code civil mexicain ; 120 du Code civil brésilien ; 1178 du code civil français ; 1178 du Code civil belge ; 1359 du Code civil italien) ; l'art. 1209 du Code civil vénézuélien prescrit que la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté (art. 543 du Code civil argentin ; 1941 du Code civil mexicain ; 123 du Code civil brésilien ; 1179 du Code civil belge) ; la représentation conventionnelle attribue au représenté les actes accomplis par le représentant dans les limites de ses pouvoirs, d'après l'art. 169 du Code civil vénézuélien. Dans les cas énoncés, paraît évident l'emploi «impropre» de catégories préétablies (considérer, par exemple, vénézuélien de naissance à qui est né à l'étranger) ou la consécration d'une irréalité naturelle (considérer comme immeuble un animal attaché à la culture d'un fonds). Il semble aussi clair que la loi prescrit des dispositions inconsistantes lorsqu'elle établit le calcul de la conception et la fiction de la légitimité originaire ; ainsi qu'elle s'écarte de l'optique psychologique de l'acte en attribuant au représenté les effets juridiques de l'acte du représentant dans les limites de ses pouvoirs. Peut-on dire, alors, que la fiction «fabule» dans le sens de proposer des énoncés sciemment faux ? Il est évident que la fonction «fabulatrice» du discours ne peut pas proposer de tels énoncés, sans s'exposer à une absurde pragmatique. Ce qui se passe réellement c'est que les rapports sont assimilés ou égalisés pour certains propos de manière que, sans les identifier, tel que le processus de l'extension analogique, on peut les traiter selon les règles exigées par leur convenance. C'est pourquoi l'art. 123 du Code civil brésilien dit, par rapport à l'effet rétroactif de la condition accomplie, que le terme initial suspend l'exercice mais non la «titularité» du droit ; ou comme dit Dekkers qu'on ne peut pas parler d'une vraie rétroactivité, mais de la consolidation de situations pendantes ([19]). Pareillement, bien que sur une base théorique différente, Kelsen soutient que dans la représentation conventionnelle, il n'y a pas proprement de fiction d'at-

(18) G. RIPERT, *op. cit.*, p. 351.

(19) R. DEKKERS, *op. cit.*, p. 75 : «Il y a tout d'abord une prétendue rétroactivité ; celle qui, procédant en somme d'une faiblesse psychologique, ne repose que sur une image : c'est celle que l'on attribue à la consolidation des situations pendantes, et plus spécialement à l'accomplissement de la condition.»

tribution de responsabilité au représentant ; il s'agit plutôt de prescription des actes juridiques dont les effets, en vertu de la norme, sont imputés à une personne distincte de qui les accomplit. L'attribution de la fonction est légitime si l'on admet qu'il y a des actes qu'une personne peut réaliser à la charge ou au profit des tiers ; par contre, il en est autrement si le rôle de l'attribution implique (tel le cas de la personne morale), la constitution d'une entité à qui l'on doit imputer les actes qu'elle ne peut pas réellement accomplir elle-même ([20]). Finalement, il faut mentionner le cas du mandat domestique ou mandat tacite. Figure controversée (Ripert et Gény la considèrent comme une présomption ; Dekkers et Pescatore, parmi d'autres, comme une fiction), le mandat domestique semble être le résultat de ces deux techniques. En effet, le mandat est une modalité de la représentation (ce qui suppose une assimilation), mais l'idée qu'il existe une présomption de mandat donné par le mari à sa femme pour les dépenses du ménage, permet de concevoir la gestion de celle-ci comme un cas de subsomption (vid. art. 190 du Code civil argentin ; 247 du Code civil brésilien ; art. 220 du Code civil français ; art. 141 du Code civil uruguayen). Les Codes de l'Argentine et du Brésil parlent de présomption d'autorisation pour les besoins du ménage. Le Code uruguayen présume, aussi, la permission du mari lorsque la femme achète au comptant des choses meubles, ou lorsqu'elle achète à crédit des objets destinés naturellement à la consommation ordinaire de la famille. Le B.G.B., pour sa part, instaure la figure de la Schlüsselgewalt, d'après laquelle la femme est autorisée pour exécuter tous les actes qui peuvent être considérés comme inclus dans la sphère de l'action domestique (art. 1357). Le législateur vénézuélien n'a pas consacré cette catégorie. Conformément à l'art. 168 du Code civil, correspond au mari l'administration des biens communs, de façon que la conséquence d'un acte d'administration par la femme lui serait attribuée en affectant ses biens propres et sa partie des biens communs ([21]). L'emploi sciemment inexact de catégories en vigueur seulement s'adresse donc vers l'égalisation de certains rapports, afin de justifier l'imputation des mêmes conséquences juridiques.

(20) Cf. H. Kelsen, *op. cit.*, p. 397 ; p. 303 édition allemande : «L'usage de la fiction est au contraire anti-scientifique, lorsque l'on croit que l'attribution d'une fonction à une personne juridique, c'est-à-dire le fait d'énoncer que la personne juridique corporation ou la personne juridique État remplissent la fonction, exécutent une obligation ou exercent un droit par un organe, signifie que la personne juridique prise comme «porteur» de cette fonction, comme sujet de l'obligation dont cette fonction assure l'exécution, ou comme sujet de droit dont cette fonction constitue l'exercice, que cette personne juridique est un être réel, distinct des membres de la corporation ou de l'État.»

(21) Vid. O. Lazo, *op. cit.*, p. 195.

4. *La fiction est une opération intellectuelle dérivée.*

En considérant les divers cas d'assimilation, nous avons vu que celle-ci prend, comme point de repère, une catégorie qui permet l'égalisation fonctionnelle des rapports assimilés. Mais nous avons vu aussi que, en égalisant les rapports, une nouvelle modalité de la catégorie émerge de manière que le rapport assimilé s'intègre à un nouveau schéma de comportement. C'est ce qui arrive avec les figures du domicile, de l'immobilisation des biens meubles par destination, de la représentation ou de la personne morale, par exemple. La technique de la construction juridique n'élabore pas les nouvelles catégories directement, par abstraction des moments essentiels des rapports considérés et schématisation du type respectif, mais médiatement, en dérivant les nouveaux schémas des catégories existantes. Il est évident que ce mode de construction obéit à diverses raisons. D'une part, il s'agit d'une manière commode de profiter de l'appareil conceptuel du juriste dans le cas où l'interprétation est possible avec les recours disponibles. D'autre part, l'on satisfait les soucis de continuité et de sécurité propres à la pensée juridique, en concevant le déroulement du droit comme un déploiement progressif de principes rationnels. C'est pour cela que l'on peut parler, sans contradiction, de mariage putatif, de sociétés de fait ou de gage de bétail sans dépossession du propriétaire. Donc, au lieu de construire expressément une nouvelle catégorie, la technique juridique part d'un schéma déjà établi, en dérivant, par assimilation, de celui-là les nouvelles structures. Le juriste, à travers la fiction, rend hommage à une théorie périmée, comme dit Gény, qui a laissé dans le droit actuel des vestiges suffisamment notables pour qu'il paraisse raisonnable de la conserver (22). Lorsqu'on affirme que la fiction est une opération intellectuelle dérivée (23) cela veut dire que, à la différence de la construction juridique directe, celle-là construit partant des résultats obtenus par celle-ci, ce qui n'empêche pas l'élaboration effective et médiate, de nouvelles catégories (24). Pourquoi et quand le juriste

(22) GÉNY, *op. cit.*, pp. 378 et 379 : «Je signalerai d'abord, sans y insister, en raison de leur importance minime, les fictions, n'intervenant que pour donner satisfaction à une théorie périmée, qui pourtant à laissé dans le droit actuel, des vestiges assez notables, pour qu'il semble nécessaire de lui conserver sa place.»

(23) Vid. R. DEKKERS, *op. cit.*, p. 23.

(24) «Tout système de droit se ramène à un ensemble de vérités conventionnelles : or la fiction juridique a pour effet de les dénaturer ... Seule est en jeu la propriété des qualifications juridiques, ... si ces qualifications reposent déjà sur des opérations intellectuelles, en l'occurrence l'abstraction, la fiction juridique constitue en quelque sorte, par rapport à elles, une opération intellectuelle au second degré.»

préfère la voie indirecte de la fiction pour modifier le droit existant, c'est une question étroitement liée, comme nous avons déjà montré, aux valeurs de continuité et de sécurité juridiques dont la fonction d'ordre est essentiellement tributaire.

5. *La fiction obéit à une certaine nécessité d'ordre interne.*

Le fait que la fiction soit une égalisation fonctionnelle de rapports sociaux distincts ne veut pas dire que ladite égalisation puisse être arbitraire. Il ne s'agit pas de poser ici l'épineux problème de la nature des choses, soit comme l'essence des concepts juridiques fondamentaux (doctrine juridique a priori de Reinach), soit comme le sens des rapports vitaux humains (théorie juridique idéologique de Radbruch). Il s'agit plutôt de s'enquérir si l'usage de la technique «fictive» tel qu'on le constate dans l'analyse du Code civil, obéit à une certaine nécessité interne ou est le résultat de la libre volonté du législateur. Il va de soi que de cette façon le problème n'est pas entièrement bien posé car l'existence d'un nexus interne entre les rapports égalisés ne peut pas dépendre du fait de sa constatation dans le texte positif, si ce qu'on veut élucider c'est la portée du pouvoir de l'organe envers la construction des catégories. Cependant nous pouvons analyser la rationalité de l'égalisation dans chaque cas, afin de voir si les rapports égalisés révèlent quelque connexion nécessaire. En effet, si l'on considère le domicile élu, on remarque que les parties constituent une relation «topique» spéciale pour certaines affaires ou certains actes, indépendamment de leur résidence effective ou de leur domicile légal. La détermination du domicile (art. 27 du Code civil vénézuélien) est, en tout cas, le produit d'une technique «fabulatrice». Mais le domicile élu a une dimension plus conventionnelle puisque son élection tombe dans le domaine de l'autonomie de la volonté. Existe-t-il quelque connexion interne entre «résidence» et «domicile» ou entre «domicile légal» et «domicile élu» ? Apparemment, oui. A la base des trois figures, on trouve le même principe de la «conditionnalité» topique, du rapport juridique. Inutile de dire que dans la première, la «conditionnalité» est concrète, tandis que dans les deux dernières elle est abstraite et exclusive, comme il résulte des textes suivants : «Le domicile de tout (belge) quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement» (art. 102 du Code civil belge ; art. 27 du Code civil vénézuélien) ; ou «on peut élire un domicile spécial pour l'exécution de certaines affaires ou certains actes» (art. 32 du Code civil vénézuélien ; art. 111 du Code civil belge). L'important est que les rapports puissent être égalisés sous l'égide d'un

principe apte à les assimiler, de mode fonctionnel. Si le domicile élu est une modalité du domicile ce n'est pas parce qu'il constitue d'une certaine manière un aspect du domaine spatial de l'acte juridique ; c'est plutôt parce que la détermination conventionnelle du domicile est une clause «négotielle» qui facilite l'accomplissement et l'exécution de l'obligation contractée. L'immobilisation des biens meubles par destination montre, également, une connexion interne entre la condition du meuble, ou pour mieux dire, entre sa fonction, et la condition juridique de l'immeuble. Les civilistes expliquent cette connexion «par la condition» imposée pour le législateur afin que les meubles considérés comme des immeubles ne se séparent pas au détriment de l'utilité qu'ils rendent à la propriété immeuble dont ils sont des accessoires» ([25]). La rationalité de la représentation conventionnelle, de la continuation de la personne du de cujus par ses héritiers, de l'effet déclaratif du partage, de l'existence des personnes morales, de la fiction de légitimité originaire ou du gage sans dépossession du propriétaire, révèlent un lien non pas entre mandant et mandataire, entre la personne décédée et ses héritiers, entre la possession et la propriété de l'hérédité, entre la personne physique et la personne morale, entre l'enfant légitime et l'enfant «légitimé», ou entre le gage réel et le gage «consensuel», mais entre les effets des différents rapports qui exigent, en fonction de leurs buts, un même traitement juridique. Ces brèves remarques montrent que, sans avoir à admettre une doctrine a priori des rapports assimilés, il y est possible d'accepter une connexion interne opérationnelle sur une base pragmatique (analogie fonctionnelle des rapports).

6. *La fiction est une technique limitative.*

La technique de la fiction est, en principe, limitative. Attendu que le rôle de la fiction consiste à assimiler le fonctionnement des rapports sociaux distincts, et non pas à étendre par analogie la portée d'une norme, la technique «fictive» égalise ces rapports en ce qui concerne les buts de l'assimilation. Quelquefois, la propre formule «fictive» consacre le domaine ou les limites de son application. C'est comme cela que l'aphorisme «infans conceptus pro iam nato habetur», auto-limite sa portée avec la clause «quotiens de eius commodo agitur». La théorie de la personnalité morale limite les droits et les obligations des personnes collectives à ceux qui ne sont pas inséparables des conditions «naturelles»

(25) Vid. O. Lazo, *op. cit.*, p. 372 ; art. 528 du Code civil vénézuélien.

de l'homme, à savoir l'âge, le sexe ou la parenté (26). Le mandat domestique restreint la validité des affaires exécutées par la femme mariée aux actes relatifs aux besoins du ménage. La représentation produit seulement des effets au profit ou à l'encontre du mandataire lorsque le représentant agit dans les limites de ses pouvoirs (art. 1169 et 1689 du Code civil vénézuélien). La fiction d'exterritorialité exempte, dans certaines limites, les agents diplomatiques d'être soumis aux lois du pays où ils exercent leurs fonctions. L'extra-territorialité atteint uniquement les locaux des ambassades, afin de garantir le droit d'asile ou l'immunité diplomatique. L'effet déclaratif du partage tend à éluder les complications dérivées de deux transmissions successives et à assurer l'unité du régime patrimonial d'hérédité dès le décès de l'auteur. C'est dans ce caractère limitatif que nous trouvons l'autre différence entre l'analogie et la fiction, puisque les buts de l'assimilation ou égalisation ne s'obtiennent pas par subsomption, mais à travers la construction d'une nouvelle catégorie. La reconnaissance de l'inégalité «essentielle» des cas et de l'exigence d'égalité dans le traitement de leurs conséquences limite, par la raison même de sa finalité, les effets de l'assimilation aux objectifs voulus par la technique. C'est pourquoi la fiction est un chapitre de la théorie de l'intégration.

7. *La fiction a un caractère pragmatique.*

Dans la mesure où la fiction est un procédé technique, elle s'oriente vers la satisfaction de certains objectifs concrets. En tant que bonne technique elle vise à ses buts de la façon la plus pratique et la plus simple. Cela explique que la fiction simplifie la règlementation, en évitant des procédés superflus et en appliquant les règles et les principes de la catégorie qui permet l'assimilation seulement dans la mesure où celle-ci est nécessaire. C'est ainsi que l'effet déclaratif du partage évite les complications de deux transmissions successives et empêche la solution de continuité dans le régime patrimonial de la masse héréditaire ; ou que la construction du mandat domestique permet l'application des normes de la représentation conventionnelle aux affaires exécutées par la femme mariée dans le domaine de l'action domestique. Mais la dimension pragmatique de la fiction ne se borne pas aux cas pour lesquels elle a été conçue ; elle

(26) GÉNY, *op. cit.*, p. 417 : «Les personnes morales peuvent acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme telles que le sexe, l'âge ou la parenté.» (art. 53 du Code civil suisse, du 10/12/1907).

s'étend aussi aux buts de sécurité et d'ordre propres à tout système juridique. C'est pourquoi la fiction satisfait l'intérêt du juriste pour obtenir de nouvelles solutions comme si elles étaient le résultat d'un déploiement de la virtualité des principes et des catégories du droit existant. A travers une technique d'économie des moyens juridiques, la fiction manipule les recours disponibles, règlemente d'avance les effets du rapport par la méthode de l'égalisation fonctionnelle et assure la continuité dans l'évolution du droit, afin que la transition entre l'ancienne et la nouvelle formule n'apparaisse pas comme la violation des principes consacrés ou comme l'abandon des théories périmées. Le caractère «topique» (rhétorique) du raisonnement juridique facilite cette tâche, car d'après ce que l'on a déjà vu, la technique de la pensée problématique conduit, en partant du problème, à une pluralité de systèmes et non pas à un système unique dont la compatibilité par rapport à un système plus large doit être démontrée. Bref, la fiction satisfait, en même temps, des exigences de progrès et d'étatisme dans le droit. De progrès parce que la fiction modifie le droit en vigueur, à travers l'assimilation ; d'étatisme, parce que la construction, en étant médiate, procède comme si les grands principes du système se maintenaient intangibles et comme si la genèse des nouvelles structures n'était jamais une création tout à fait nouvelle. Par là Gény soutient que la fiction intervient pour insérer, dans un système étroit et rigide, des nouveaux concepts qui ne coïncident pas avec ceux déjà établis ([27]). Nous pouvons conclure en affirmant que la fiction est un procédé technique d'assimilation qui consiste en l'égalisation «interne», fonctionnelle et dérivée des rapports essentiellement différents, pratiqué conformément à l'emploi impropre de catégories primaires, et afin d'obtenir une même solution pratique.

8. *Fonction historique et fonction dogmatique de la fiction.*

Gény remarque que la fiction est un recours technique propre de la loi positive. En opposant la loi positive au droit naturel, par rapport à la technique «fictive», quelques auteurs soulignent le caractère conventionnel et même arbitraire de celle-ci. C'est pour cela que l'on parle de dénaturer

(27) GÉNY, *op. cit.*, p. 377 : «La fiction intervient pour insérer dans un système de concepts étroit et rigide des concepts nouveaux, qui ne coïncident pas exactement avec les premiers. En même temps, le résultat s'opère par voie logique, non pas, comme certains l'ont dit, à titre de simple expédient terminologique, mais en déformant par un effort d'intellect, les contours du concept primitif (fonction, dite dogmatique, de la fiction).»

les faits ou de déroger au droit en vigueur, lorsque le juriste pense les rapports sociaux à travers une catégorie, statue pour des rapports sociaux différents. Le caractère artificiel de la fiction se voit à ce que l'assimilation des rapports ignore, sciemment, l'inégalité intrinsèque de ceux-ci, et se limite à les égaliser quant à leur traitement. Tenir, comme nous avons déjà vu, un pérégrin pour un citoyen romain, ou un animal pur un immeuble, c'est le produit de la volonté de l'organe et n'obéit à aucun procédé logique d'inférence ou de déduction. On a néanmoins remarqué que l'assimilation répond à une certaine nécessité interne. Mais cette nécessité, plus qu'une exigence basée sur la nature des choses, est une exigence pragmatique qui seulement estime, décisif, la forme et le but de l'assimilation et non pas le contenu réglementé par la loi. A cet égard, J. N. Berger dit que toute création juridique repose primitivement sur des fictions (Vid. Gény, *op. cit.*, p. 368). En effet, le droit primitif se déroule, à partir de certains principes et règles, à travers la détermination de la volonté sociale prédominante. A défaut d'un nexus logique ou rationnel qui garantit un déroulement cohérent, c'est le critère d'utilité qui pousse le déploiement raisonnable du vouloir de la société. Techniquement, le droit est un déroulement des compétences où les normes qui résolvent les conflits sociaux sont reconduites, quant à leur contenu, aux principes que justifient la titularité et l'exercice de la faculté normatrice. Sous ce point de vue le droit est un vaste processus de rationalisation de la compétence publique en un double sens, à savoir : comme un mode de légitimer le pouvoir politique et comme un mode de concevoir le droit en fonction d'une explicitation de principes ou de normes fondamentales. Cela veut dire que, au fond, la continuité du processus du droit est purement technique, et par conséquent «fictive» ; et que la cohérence de l'ordre juridique est pragmatique et plurisystématique (Viehweg) et d'aucune façon la construction d'un système dont les prescriptions soient rationnellement ou empiriquement fondées. Il est évident que la thèse de Berger est trop générale et que le sens strict de la fiction exige un traitement plus spécifique. Mais cela n'empêche pas de reconnaître que la nature du processus de rationalisation est identique dans l'abstraction et dans l'assimilation, et que la construction juridique est éminemment technique, c'est-à-dire pragmatique et formelle. Le long processus qui considère le droit romain comme une grandiose parenthèse *in fieri* entre deux limites normatives codifiées, ou l'idéologie qui conçoit le droit américain comme la mise en œuvre des principes et règles de sa constitution, sont deux manières de faire allusion à la même mentalité rationalisatrice au-delà de l'explication sociale, politique et économique de leurs respectifs

déroulements historiques. Il résulte de ce que l'on a dit que la technique «fictive» obéit à certaines conditions spécifiques qui la distinguent de la construction juridique *lato sensu*. Ces conditions-là ont été déjà analysées, mais il vaut la peine de nous arrêter sur le caractère «assimilateur» ou «égalisateur» de la fiction juridique. L'on a remarqué que la fiction se distingue de l'analogie parce qu'elle implique une égalisation et non, proprement, une égalité. C'est ici que se trouve la différence qualitative entre l'assimilation et la subsomption. Mais nous avons aussi remarqué que l'égalisation n'est pas arbitraire et que, au contraire, elle obéit à une certaine nécessité interne. Cette nécessité repose sur l'exigence de règlementer, de la même façon, les rapports sociaux reconnus dissemblables. Nous ne tombons pas dans une contradiction si cette nécessité est maintenant considérée en tant qu'externe au sujet de l'égalisation du traitement et non pas de l'égalité des rapports assimilés. Cela veut dire que, dans l'analogie, la nécessité du traitement dépend de la subsomption du cas anomal dans le concept normatif qui virtuellement l'inclut, de façon que son apparente exclusion de celui-ci est conçue comme une imprévoyance légale réparable par un effort d'interprétation. Si nous bornons à la fiction juridique *stricto sensu*, nous aurons donc à la concevoir comme une technique d'intégration qui égalise des rapports dont l'inégalité est sciemment reconnue par le juriste. Dans l'usage de la technique «fictive» nous devons distinguer la fonction historique de la fonction dogmatique. La fonction historique fait allusion au transit du droit en vigueur au nouveau droit de sorte que, en remportant l'intégration du cas unique, sa tâche reste accomplie. C'est pourquoi, Gény dit que la fiction «intervient pour insérer, dans un système de concepts étroit et rigide, des concepts nouveaux qui ne coïncident pas avec les premiers», ou pour «satisfaire à une théorie périmée qu'il paraît convenable de conserver». Cependant le résultat de la fonction historique «s'opère par voie logique ... en déformant, par un effort d'intellect, les contours du concept primitif». «On peut parler, dit Gény, d'une fonction dogmatique de la fiction, grâce à laquelle le système acquiert meilleure cohérence et consistance théoriques, en assurant un déroulement spontané du même visant aux résultats poursuivis». Cette fonction est permanente et ne se réduit pas au procédé technique de l'intégration ([28]). Il ne semble pas correct, par

(28) Vid. GÉNY, *op. cit.*, pp. 376/378 : «Grâce à la fiction, ce système acquerrait plus de cohérence et de consistance théorique, en même temps que se développeraient spontanément les résultats pratiques poursuivis, ... il faudrait reconnaître à la fiction une fonction dogmatique, de caractère permanent.»

conséquent, d'affirmer que, en consacrant légalement la nouvelle catégorie, la fiction fait seulement allusion à sa fonction historique, sans qu'il faille la manier dès lors comme une technique «intégratrice». La fonction dogmatique de la fiction en réalité se montre de diverses manières. Soit comme une formule de prescription législative (domicile, immobilisation par destination, représentation, effet déclaratif du partage, personnalité morale), soit comme une formule d'exposition scientifique (explication rationnelle d'une règle positive du droit quand elle dépasse le domaine de la preuve et exclut a priori toute possibilité de la preuve contraire) ou comme un moyen de fonder la décision judiciaire ([29]). Si l'on admet ces aspects de la technique «fictive» nous pourrons conclure que, en insérant la nouvelle catégorie dans le droit existant, la fiction perd sa dimension créatrice et termine en étant une explication doctrinale ou jurisprudentielle de la formule de disposition législative. Le problème de la fonction dogmatique de la fiction sera repris dans le paragraphe relatif à sa classification.

9. *Fictions légales, jurisprudentielles, «négotielles» et doctrinales.*

Nous allons classifier les fictions conformément à leurs sources, c'est-à-dire à leur origine légale, jurisprudentielle, «négotielle» ou doctrinale. Gény remarque que les positivistes soutiennent qu'il ne peut y avoir de fiction sans texte légal, ce qui entraîne une interprétation de droit strict ([30]). Évidemment, pourtant, la fiction légale est une simple explication historique ou doctrinale de la prescription législative, à tel point que, par rapport à la loi, l'usage de la formule d'exposition scientifique (Gallet) est souvent superflu. C'est ce qui se passe dans les codes où la technique législative élude la référence à la fonction historique de la fiction et procède, par une voie directe, à prescrire la solution voulue par le législateur. Cela va sans dire que ceci n'est pas toujours le cas.

Quelquefois la loi fait référence expresse à la technique d'élaboration de nouvelles catégories. Ainsi l'art. 1579 du Code civil vénézuélien dit que l'on entendra que sont des ventes à crédit le louage des choses meubles

(29) Vid. A. Gallet, cit. par Gény, *op. cit.*, p. 378 ; K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Göttingen, Heidelberg, Springer-Verlag, 1960, p. 172.

(30) Merlin et Laurent, cit. par Gény, *op. cit.*, pp. 420 et 421 : «Pas de fiction sans texte ... Et l'on en déduit logiquement non seulement que la doctrine et la jurisprudence restent impuissantes à créer des fictions de droit, mais encore que celles-ci doivent être contenues au domaine que leur assigne la loi, qu'elles ne peuvent être élargies par induction en faveur de matières voisines, qu'elles ont pour limites nécessaires l'objet en vue duquel le législateur les a créées, bref qu'elles sont, à tous égards, de stricte interprétation.»

avec l'obligation de transmettre au locataire ... la propriété des choses louées. Cette disposition s'explique parce que la vente à crédit qui n'existait pas dans le Code civil vénézuélien avant 1942, avait été assimilée par la jurisprudence et la pratique «négotielle» à un louage des choses, à travers lequel la propriété s'acquiert avec le paiement de la dernière quotité, bien que l'acquéreur assume les risques inhérents à l'usage et à la jouissance des «choses louées» dès que celles-ci ont été remises. Il est bien curieux, nonobstant, que en dehors de cette disposition, l'article 1480 ejusdem consacre la vente sous réserve de propriété, et que la loi spéciale sur cette matière, en date du 7.1.1959, règlemente le rapport né des ventes à crédit en forme directe, sans recourir à l'assimilation à la figure du louage (cf. art. 2074 du Code civil français et le décret en date du 30.9.1953 ; art. 1523 du Code civil italien ; arts 2310 et 2312 du Code civil mexicain). Lorsqu'on consulte l'art. 1480 du Code civil vénézuélien et la loi respective, on ne notera pas l'origine «fictive» de la vente à crédit, et c'est seulement l'article 1579 qui rappelle le procédé «constructif» de la nouvelle catégorie. L'analyse du langage du Code civil est particulièrement utile pour dévoiler la fonction historique de la fiction et pour distinguer celle-ci de la consécration directe de nouvelles normes ou de l'usage de la présomption. Naturellement, l'analyse linguistique ne suffit pas. Le Code civil vénézuélien emploie, avec peu de précision, des expressions qui correspondent, indistinctement, aux trois techniques signalées. Les locutions plus fréquentes sont : «est tenu», «est considéré», «est réputé», «est censé», «on juge», à part, bien entendu, l'expression «est présumé» qui est propre au langage «présomptif». Exceptionnellement, l'article 1107 utilise le terme «fictivement» lorsqu'il prescrit la réduction des donations et legs (Vid. art. 922 du Code civil belge). La simple lecture de cet article montre, pourtant, que le législateur ne consacre ici aucune fiction, mais il emploie un expédient quantitatif pour faire la réduction prescrite. Les expressions «est réputé», «est tenue», «est censé», «on juge», etc. consacrent souvent des fictions ([31]). Mais le langage «présomptif» emploie aussi ces tournures comme dans le cas de présomption de paternité légitime (art. 197 du Code civil vénézuélien : «L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari») ; de répudiation présumée (art. 1019) ; de présomption d'être des héritiers purs et simples (art. 1020) ; de présomption d'acceptation des successions purement et

(31) P. Pescatore, *Introduction à la science du Droit*, Luxembourg, Office des Imprimés de l'État, 1960, p. 220.

simplement (art. 1028) ; de présomption des actes faits par le débiteur en fraude des droits des créanciers (art. 1279) ; de présomption de la vente en bloc (art. 1476) ; de présomption de la vente faite à l'essai, laquelle est présumée faite sous une condition suspensive (art. 1478) ; de tacite reconduction (art. 1614). Beaucoup de fictions admises par la doctrine et la jurisprudence sont prescrites par le législateur de façon directe. Ainsi, l'article 19 sur les personnes juridiques ; l'article 25 du Code civil et l'article 35, § 2 de la Constitution sur la nationalité vénézuélienne par naissance ; l'article 32 sur le domicile spécial ; l'article 198 sur la fiction de légitimité originaire ; l'article 528 sur l'immobilisation par destination ; l'article 781 sur la «saisine» ; et l'article 814 sur la représentation successorale (l'article 739 du Code civil belge qualifie expressément de fiction de la loi la représentation) ; l'article 1169 sur la représentation conventionnelle ; l'article 1751 sur le dépôt «consensuel» ; l'article 1842 sur le gage de bétail sans dépossession du propriétaire. La technique «présomptive» utilise aussi le langage direct. Les cas les plus importants sont l'article 2 sur la présomption de la connaissance de la loi ; l'article 794 sur la présomption de propriété des choses meubles ; l'article 1193 sur la responsabilité du fait des choses inanimées. Dans ces cas et dans ceux qui sont prévus par les présomptions légales, la présomption est un moyen d'interprétation. Le rôle de celle-ci comme celui de la fiction dans son respectif domaine c'est de consacrer le fondement de vérité de la prescription (pourquoi ou en vue de quoi a statué la norme positive). Mais comme l'effet de la présomption est de déplacer l'objet de la preuve (dans le cas de difficulté ou d'impossibilité de la preuve directe) ou l'inversion de la charge de la preuve (quand on garantit la jouissance d'un état de choses existant ou d'une *situation acquise par une preuve antérieurement faite*), *en acceptant ce qui* prima facie paraît normal ou vraisemblable, la technique «présomptive» est une modalité de la subsomption et, d'ailleurs, un recours essentiellement probatoire. Cet aspect distingue la présomption de la fiction, car celle-là n'assimile pas des relations comme celle-ci, mais prescrit, de façon certaine, à travers la subsomption, le sens probable du cas considéré. C'est pourquoi la présomption *juris et de jure* bien que produisant des effets similaires à ceux de la fiction (tel est par exemple le cas de la présomption de connaissance de la loi) est une technique différente de l'assimilation «fictive». Le sens normal ou vraisemblable de la présomption ne se rapporte pas tant à la probabilité des conséquences attribuées par la loi ou par le juge à certains faits ou actes, qu'à la circonstance que la relation entre le fait connu et le fait inconnu, propre de cette sorte de technique (arts 1394 et 1395 du Code civil), est un cas de détermination de l'extension de la

catégorie par voie d'accomodation ou de subordination d'un concept de fait à un concept normatif. En conséquence, quoique la présomption de connaissance de la loi paraisse très artificielle, son vrai sens résulte de la subsomption et non pas de l'assimilation. Autrement dit : quelle que soit la mesure de conventionnalité ou d'artifice de la technique «présomptive», ses résultats n'impliquent pas la construction de nouvelles catégories (contrairement à la fiction), ce qui explique que sa place n'est pas dans la théorie de l'intégration, mais dans celle de l'interprétation. En opposition à l'avis de Decottignies (*op. cit.*, pp. 16 et 17), Pescatore pense que la fiction est un moyen plus propre de la technique jurisprudentielle que de la technique législative ([32]). En effet, si l'on considère la fonction historique de la fiction on se rend compte qu'est essentielle à la technique «fictive» la tournure indirecte qui est seulement possible dans l'œuvre des juges, des particuliers et des juristes. Dans le cas de la fiction législative, le langage fait souvent allusion, comme nous avons déjà vu, à cette tournure ; et quand il la consacre, son sens est celui de l'explication raisonnable de la prescription légale. C'est pour cela que maints auteurs pensent que la fiction se réduit à sa fonction historique et que, consacrée légalement, la nouvelle catégorie, le langage «fictif», rappelle seulement le processus de sa construction. Rappelons néanmoins que la fiction produit toujours une extension ou une modification du droit en vigueur, au moyen de la «déformation» des contours du concept primitif, ce qui fait de la fonction dogmatique une fonction permanente ([33]). Dans le droit vénézuélien nous pouvons signaler deux cas de fiction jurisprudentielle ou «négotielle» qui ont été déjà résolus par quelques codes européens. Nous nous référons au mandat domestique et au contrat de superficie. Il est, de même, intéressant d'observer que la prescription de l'article 1681 du Code civil vénézuélien sur la survivance de la personnalité de la société pour les besoins de la liquidation a été considérée, en France, comme une fiction jurisprudentielle ([34]). Le cas du mandat domestique a été déjà examiné. Pourtant, il est convenable de remarquer la relation existante entre la jurisprudence de l'article 168 du Code civil vénézuélien (de l'administration des biens de la communauté conjugale) et la fiction de la séparation de biens qui sert de fondement à l'article 1446, alinéa 2, du Code civil belge (arts 178 et 1278

(32) «Mais la fiction garde toute sa valeur là où il n'est pas possible, ou désirable, de changer la loi ; la fiction est un instrument surtout aux mains des juridictions et de l'administration, plutôt qu'aux mains du législateur» (P. PESCATORE, *op. cit.*, p. 221).

(33) Cf. GÉNY, *op. cit.*, p. 376.

(34) «La société dissoute continue d'exister pour les besoins de sa liquidation» (*Code civil*, Paris, Dalloz, 1965, p. 766).

du Code civil vénézuélien). Bien qu'il s'agisse de figures juridiques différentes qui ont mérité une explicitation doctrinale séculaire (notamment l'action oblique, art. 1278, C.C.V. et 1166 C.C.B.) c'est la conception que la femme conserve la propriété et l'administration de ses biens propres et de sa partie des biens communs, malgré le régime de la communauté, ce qui permet de faire peser sur elle la responsabilité pour les actes d'administration exécutés en marge de ce que dispose l'article 168 ejusdem. Quant au contrat de superficie (*locatio* pour construire), la doctrine et la jurisprudence vénézuéliennes l'ont fondé sur l'exception au droit d'accession prévu par l'article 555 du Code civil. D'après cet article, «toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, *si le contraire n'est pas prouvé*» (cf. art. 2519 du Code civil argentin ; art. 896 du Code civil mexicain ; art. 545 du Code civil brésilien ; art. 553 du Code civil belge ; art. 749 du Code civil uruguayen ; art. 952 du Code civil italien ; art. 905 du B.G.B.). Le contrat de superficie est une construction doctrinale et jurisprudentielle, élaborée à partir de l'exception à la présomption d'accession qui, pendant longtemps, a été incluse pour les actes juridiques (contrats) dans la catégorie du commodat. Il en est ainsi parce que la législation vénézuélienne ne connaît pas la catégorie du contrat de superficie telle qu'elle existe, par exemple, en Belgique (loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie), en Italie (arts 952 et suivs du Code civil italien) ; et en France (loi nº 64-1247 du 16/12/1964, J.O. du 18 décembre). Que l'inclusion dans la catégorie du commodat est évidemment impropre ne semble pas discutable (c'est le même cas de l'inclusion de la location-vente dans la catégorie du louage) surtout si l'on observe que le contrat de superficie est un contrat solennel dont le document qui l'atteste est *ad substantiam* et doit être inscrit dans un registre ad-hoc ; en plus le droit de superficie est un *ius in re aliena* sur les constructions. Le régime de copropriété impliqué dans le contrat de superficie exige certaines formalités de solennité et de publicité sans lesquelles le droit de superficie devient un droit personnel à l'égard du propriétaire du terrain. L'exception à la présomption d'accession de l'article 555 du Code civil vénézuélien et l'utilité du régime de copropriété, qui est compatible en plus avec le principe de l'autonomie de la volonté, a fini par élaborer une nouvelle figure, à travers l'assimilation d'un nouveau

(35) Évidemment l'inclusion du contrat de superficie dans le commodat exige que la concession soit à titre gratuit. Normalement toutefois on stipule la réversion des constructions au profit du propriétaire du fonds par l'écoulement du laps de temps contractuel. Une clause de dépréciation successive est souvent contractée afin que, au terme du contrat,

rapport social (le contrat de superficie) à une ancienne catégorie du Code civil (le commodat) ([35]). La technique en question présente la particularité qu'elle base la construction sur une présomption légale et qu'elle emploie un recours direct, sans l'intervention du législateur, afin de «corriger» le procédé indirect («fictif») qu'a utilisé au Venezuela, la construction «négotielle». C'est le même cas de la vente à crédit, sauf qu'au Venezuela, comme nous avons déjà vu, il existe une loi spéciale en cette matière. Nous voulons faire attention sur la construction «négotielle», parce que le rapport juridique qui suscite la construction «fictive» inclut la qualification normative de l'acte. Ainsi, les parties qualifient la vente à crédit de louage ou le contrat de superficie de commodat. Dans ces deux cas, on emploie une catégorie impropre et l'on assimile la nouvelle relation afin de la traiter avec les recours légaux disponibles. Le fondement de cette technique est le principe de l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire la compétence privée attribuée aux sujets du droit pour qu'ils puissent produire «négotiellement» des effets juridiques. L'exercice de la compétence privée est une auto-évaluation «négotielle». Celui de la compétence publique est, en principe, hétéroévaluation. Ce qui distingue l'auto-évaluation de l'hétéroévaluation c'est que dans celle-ci les effets juridiques de l'acte rejaillissent sur des personnes qui n'y ont pas participé ou qui n'ont pas voulu ses conséquences. En certains cas la norme juridique a une origine auto-estimative-négotielle, mais ses effets s'étendent à ceux qui n'ont pas participé à sa création. Les contrats d'adhésion et les contrats normatifs présentent cette modalité. Ceux-là sont des actes-conditions ; ceux-ci, des actes-règles. Exemple d'un acte-règle c'est le contrat collectif de travail (Nawiaski l'appelle «contrat normatif-corporatif») ; l'acte-règle est une auto-évaluation-négotielle-représentative. Nous pouvons dire que la «négotiation», en tant que processus créateur des normes juridiques individuelles, requiert l'accomplissement de certaines conditions à savoir : a) la compétence personnelle ; b) la compétence de procédure et c) la compétence matérielle ([36]). Parfois, les conditions de compétence de procédure ont un caractère constitutif comme dans le cas des actes solennels. Gény ne voit pas le caractère «fictif» du contrat collectif dans l'auto-évaluation-

la réversion s'opère gratuitement à l'égard du propriétaire du fonds. Cette modalité est très fréquente dans les campements, dits de travailleurs, construits au Venezuela par les compagnies pétrolières.

(36) Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, 1963, Trad. par G. Carrio, pp. 103, 104, 123.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F.

négotielle-représentative qui le constitue, mais dans la fiction d'adhésion des travailleurs à l'acte souscrit par leurs représentants (37). Il va de soi que dans la mesure où les particuliers sont autorisés à créer des normes individuelles (à travers l'exercice de la compétence privée), ils sont des organes de l'État, et en tant que tels capables de construire «fictivement» de nouvelles catégories normatives. La qualification précise du rapport juridique est, presque toujours l'œuvre de la doctrine, mais l'emploi impropre d'une catégorie existante de la part des juges ou des particuliers paraît être essentiel à la technique indirecte de la fiction. Cela veut dire que l'impropriété de la qualification, plutôt qu'une erreur scientifique est une voie sciemment choisie par l'organe afin de satisfaire une théorie périmée ou de dissimuler la violation des principes admis comme la base du système. La fiction doctrinale est une formule d'exposition scientifique (Gallet) qui justifie la prescription légale ou qui prépare la réception légale de la nouvelle catégorie construite. La différence essentielle entre la fiction jurisprudentielle ou légale et la fiction doctrinale réside en ce que celle-ci est une modalité de la technique juridique tandis que celle-là est un cas d'action technique. Les limites entre les deux sont néanmoins très imprécises, car la lex continuitatis du droit s'assure à tous les niveaux de la création et application juridiques, inclus le «negotium» et le procès, à travers des actes constitutifs qui produisent le système du droit. C'est pourquoi Couture affirme que toute sentence est constitutive, puisque même dans les sentences dites déclaratives «quelque chose de nouveau a surgi ... à savoir, la certitude que produit la chose jugée». Si l'on analyse, d'autre part, la fonction du procès, on peut observer que la participation de l'avocat dans celui-ci, lorsqu'elle est obligatoire, offre un mélange des deux dimensions qui constituent la connaissance technique. Cela est si certain que la participation de l'avocat se justifie par la nécessité d'offrir aux parties en conflit une coopération technique pour la solution correcte de la controverse. Cette remarque est valable pour les recours de l'autodéfense, de l'autotutelle, de l'autocomposition ou de l'assistance dans la production juridique «négotielle» ; le cas le plus notable de ce dualisme est celui de la jurisprudence romaine. «L'originalité de Rome, dit Villey, est de disposer au service de l'appareil judiciaire (que n'avaient pas les cités grecques) d'une classe de jurisconsultes. Gens de l'élite, dont l'avis fait autorité, plus tard nantis par les empereurs d'une auctoritas officielle,

(37) GÉNY, *op. cit.*, p. 383 : «Récemment encore, on a pu relever une transformation de ce genre, dans la convention collective de travail qui, par la voie des fictions d'adhésion aujourd'hui légalement consacrées ... a évolué du 'contrat' au 'statut'.»

ils guident les plaideurs, donnent aux juges et aux magistrats des responsa, c'est-à-dire des consultations ; beaucoup ont écrit des traités de droit» ([38]). La fiction doctrinale peut servir, aussi, de justification idéologique à la politique impliquée dans l'ordre juridique. Tels sont les cas de la fonction déclarative du juge et celui des lacunes de la loi. La fonction déclarative du juge est consacrée par l'article 12 du Code civil uruguayen (art. 5 du Code civil français), selon lequel «seulement le législateur peut expliquer ou interpréter la loi, d'une façon généralement obligatoire. Les sentences des juges n'ont pas de force obligatoire, sinon par rapport aux causes où ils se prononcent» (le Code civil français dit : «Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et règlementaire, sur les causes qui leur sont soumises»). Il ne faut pas insister sur le caractère idéologique et «fictif» de ces dispositions ou sur le caractère constitutif de la sentence ([39]). Rappelons plutôt l'aphorisme d'un célèbre juge américain d'après lequel «le sens d'une loi fédérale c'est celui que la Cour Suprême dit qu'elle a», de façon que c'est avec le sens établi par les juges et non pas avec d'autre, que les lois sont imposées en tant que telles à la communauté ([40]), tout cela afin de montrer comment le réalisme juridique conteste le dogme de la séparation des pouvoirs et dévoile le mécanisme effectif de la production jurisprudentielle du droit. Quant aux lacunes, la loi prescrit aux juges l'obligation de compléter le droit lorsqu'il n'y a pas de disposition précise de la loi (art. 4 du Code civil vénézuélien). Il va de soi que la théorie des lacunes est une fiction qui se déroule dans la même direction de celle du principe de la fonction déclarative du juge. Pour ne pas admettre le rôle créateur des juges (lequel résulte d'évaluations qui peuvent être même contra legem), le législateur dissimule la violation du principe du caractère déclaratif de la sentence, en prévoyant une intégration exceptionnelle du cas pour lequel il n'y a pas de disposition expresse de la loi ([41]). Finalement un des exemples le plus intéressant de fiction comme une formule d'exposition scientifique est, sans doute, la théorie des nullités ([42]). L'inexistence du rapport juridique qui viole des

(38) VILLEY, *Le droit romain*, Paris, P.U.F., 1972, p. 36.

(39) Cf. KELSEN, *op. cit.*, pp. 242 et suivs; pp. 318 et suivs de l'édition française.

(40) J. M. DELGADO-OCANDO, *Programa de Filosofia del Derecho Actual*, Maracaïbo, Universidad del Zulia, 1969, p. 24.

(41) Cf. H. KELSEN, *op. cit.*, p. 253, p. 331 de l'édition française : «La fiction consiste à présenter comme une impossibilité logique d'application de l'ordre juridique l'absence dans l'ordre juridique d'une norme déterminée, que l'on désirerait, en vertu d'un jugement de valeur subjectif, politico-moral, de voir consacrer.»

(42) Vid. GÉNY, *op. cit.*, III, pp. 381-382.

dispositions d'ordre public, ou les effets *ex tunc* des actes annulés, obéissent évidemment au même principe de technique «fictive» propre de l'assimilation fonctionnelle. Il y a, néanmoins, une différence importante entre le rapport assimilé licite et celui qui est illicite. A l'égal de l'argument *a contrario*, la théorie des nullités restreint l'extension du concept normatif : celui-là en excluant l'acte dont la règlementation ne paraît pas «voulue» expressément par la norme (interprétation restrictive) ; celui-ci en déclarant que l'acte est illicite et, par conséquent, inapte à produire les effets «voulus» par les parties. Dans cette hypothèse l'acte est illicite parce que les parties ont exercé leur compétence privée en dehors des limites prescrites par la loi. La nullité imputée à un acte par absence de puissance juridique (compétence personnelle, de procédure ou de compétence matérielle), est le résultat d'une assimilation de celui-ci à la catégorie de l'illicite, mais seulement dans la mesure où l'assimilation convient à la règlementation de l'acte. Le mariage putatif et les sociétés de fait, offrent de bons exemples de cette technique. La fiction a donc une fonction essentiellement pragmatique. Son vrai sens consiste à assurer, comme le dit Dekkers, la continuité dans l'évolution, c'est-à-dire à obtenir le progrès du droit à travers le déploiement de la virtualité «normatrice» des grands principes normatifs (42). La prétendue valeur du Droit Naturel dépend, en bonne mesure, de cet euphémisme immanent à l'attitude de l'homme de droit. C'est convenable à la paix et à la sécurité juridique que le changement ne suive pas le raccourci de la solution de continuité normative.

Université du Zulia, Venezuela.

(42) «Dans le raisonnement juridique se manifestent toutes les tensions créées par le désir de concilier la stabilité avec le changement, le besoin de continuité et celui d'adaptation, la sécurité avec l'équité et le bien commun.» (Ch. PERELMAN, *Le raisonnement juridique*, dans *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (ARSP), Beiheft, Neue Folge, nº 7, 1972, p. 13).

FICTIONS ET PRÉSOMPTIONS EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS (*)

par Jean RIVERO

Je ne sais si vous connaissez cette belle page où mon jeune collègue Paul Amselek, de la Faculté de Strasbourg, fait, de l'étonnement, la première vertu du juriste (1). Le sage antique ne s'étonne de rien. Le juriste, au contraire, s'il veut comprendre, doit essayer de jeter, sur son univers familier, un regard neuf, déshabitué, qui lui révèlera soudain la singularité de ce qui lui semblait aller de soi. C'est l'une des grandes vertus du droit comparé que cette occasion qu'il nous offre de reconnaître, face aux droits étrangers, le caractère surprenant de telle règle familière de notre droit national. Car, de l'étonnement, jaillit la question, et de la question procède la recherche, alors que l'habitude risque fort de n'engendrer que la stagnation.

C'est cette méthode naïve et paresseuse de l'étonnement que j'ai choisie pour les quelques réflexions que vous m'avez demandées sur le problème des fictions et des présomptions en droit public français.

Problème peu étudié, comme en général tous nos problèmes de méthode. Les publicistes, sur ce point, sont en retard sur leurs collègues de droit privé, plus dociles qu'eux aux grands enseignements du doyen Gény. On n'aime guère parler des fictions du droit constitutionnel, comme si l'on redoutait, en débarassant le pouvoir des voiles dont il s'enveloppe, d'ébranler le respect des citoyens, et de livrer le roi nu aux regards de la foule. Quant aux fictions et aux présomptions en droit administratif, c'est surtout sous l'angle de leur rôle dans l'élaboration jurisprudentielle qu'elles

(*) Communication faite au C.N.R.L. le 24 novembre 1972.

(1) P. AMSELEK, *L'étonnement devant le droit*, dans *Archives de Philosophie du Droit*, T. XIII, p. 163.

ont été étudiées, notamment par le Président R. Latournerie, dans le Livre jubilaire pour le cent cinquantenaire du Conseil d'État, et récemment par Yves Gaudemet, dans sa thèse consacrée aux méthodes du juge administratif, en 1972 (²). Mais, si important que soit cet aspect du problème, il n'épuise pas la matière. Étonnons-nous donc — ce sera notre premier sujet d'étonnement — qu'un ensemble de phénomènes aussi singuliers n'ait pas étonné davantage.

Car enfin, à première vue, il y a un lien indissoluble entre le Droit et le réel. Le Droit est fait pour régir le réel. Comment la règle pourrait-elle remplir son rôle si elle prend, de ce réel, une vue systématiquement faussée ? Comment la solution dégagée par le juge aurait-elle une quelconque efficacité si elle s'appuie, non sur l'analyse fidèle de la situation qu'elle entend régler, mais sur un schéma indifférent à celle-ci ?

Or, le trait commun aux procédés étudiés est, précisément, cette indifférence. Comment, dès lors, peuvent-ils trouver place dans la démarche du juriste ?

Il faut cependant nuancer cet étonnement, ou plutôt, le remplacer par un autre. Nous bloquons toujours, dans notre réflexion méthodologique, fictions et présomptions, comme s'il s'agissait d'une catégorie véritablement homogène, ou à tout le moins, de procédés très proches les uns des autres.

Or, et la sagacité de Gény l'a déjà relevé, il y a dans cette famille des membres dont on peut se demander s'ils y sont vraiment à leur place.

La fiction donne le ton. Elle est, elle, refus délibéré de la réalité. Elle met consciemment, à la base de la démarche du juriste, une affirmation dont il sait qu'elle ne correspond pas à la réalité. L'acte annulé par le juge administratif sur recours pour excès de pouvoir est réputé n'avoir jamais existé. C'est faux : l'acte a existé, il a produit ses effets dans le temps, parfois sur une longue durée. A la base des effets de l'annulation, il y a donc la négation de cette réalité évidente, et l'affirmation volontaire de ce que l'on sait faux : l'acte annulé est censé n'avoir pas existé.

La présomption irréfragable ne témoigne pas, à l'égard de la vérité, d'un mépris aussi radical : elle ne la refuse pas, simplement, elle s'en désintéresse. Elle n'est pas, comme la fiction, négation consciente de la réalité, mais refus de rechercher celle-ci. Lorsque l'administration, saisie d'un recours gracieux, garde le silence pendant quatre mois, cela peut signifier qu'elle n'entend pas donner suite à la demande, mais aussi qu'elle

(2) R. Latournerie, *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État*, Livre jubilaire, 1952, p. 222 s. ; Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, 1972, p. 42 s.

a, par négligence, laissé dormir le dossier, ou même qu'elle hésite encore entre le oui et le non. Le législateur a refusé de laisser le juge s'engager dans cette recherche de la signification véritable du silence : il y attache une présomption irréfragable de rejet. La présomption peut correspondre à la véritable intention de l'administration, elle peut aussi en donner une traduction erronée : peu importe. La coïncidence avec la vérité n'est pas exclue, comme elle l'est, par principe, dans la fiction. Mais elle n'est pas recherchée. Peu importe qu'elle se produise ou non. Ce n'est pas elle, mais la version officielle donnée par la règle de droit, qui servira de base à la démarche du juriste.

Entre la fiction et la présomption irréfragable, il y a donc, par rapport au respect de la vérité, plus qu'une nuance. Pourtant, leur parenté est évidente : l'une comme l'autre font bon marché de la réalité, et aboutissent à la tenir pour inutile.

Lorsqu'on aborde le troisième terme de la trilogie, la perspective change radicalement. L'identité du substantif ne doit pas faire illusion : la présomption qui souffre la preuve contraire n'appartient pas à la même famille que la présomption irréfragable. Celle-ci, nous l'avons vu, est un refus de s'engager dans la recherche de la vérité, l'autre définit une certaine méthode au service de cette recherche. On peut, pour parvenir au vrai, partir de la table rase, et c'est la démarche scientifique la plus raisonnable. On peut aussi partir d'une hypothèse de travail, dont il s'agira de savoir si la recherche la confirme, ou l'infirme. La présomption simple, c'est l'hypothèse de travail, à partir de laquelle la quête de la vérité va pouvoir s'exercer. La méthode est sans doute discutable, dans la mesure où elle privilégie, au départ, une des thèses en présence, et reporte sur les tenants de l'autre thèse la charge de la preuve. Il n'empêche que, du point de vue du souci de la vérité, un abîme sépare la présomption simple de la présomption irréfragable.

Le meilleur exemple qu'on puisse donner de la profondeur de cet abîme, c'est la comparaison entre l'autorité de chose jugée, et ce que nous nommons, en droit administratif français, l'autorité de chose décidée.

A la décision du juge, le droit attache une présomption irréfragable de vérité légale. «Pro vero habetur». Peu importe que la chose jugée le soit bien ou mal : elle est tenue pour vraie, et nul ne peut la contester devant un nouveau juge.

La décision de l'administrateur, elle aussi, est tenue pour vraie, ou plus précisément, pour conforme au droit, et cette présomption suffit à autoriser l'administration à l'exécuter. Mais c'est une présomption simple. Devant le

juge administratif, tout intéressé peut établir qu'elle ne correspond pas à la réalité, que la décision qu'elle couvre est, en fait, contraire au droit, et qu'elle doit par conséquent disparaître de l'ordonnancement juridique.

Fiction, présomption irréfragable, présomption simple, les trois notions sont, en réalité, trop différentes pour relever d'une analyse unique. Nous devrons donc les considérer l'une après l'autre dans la suite de cet exposé.

I

Quelle place tiennent les fictions dans le droit public français ?

Deux distinctions, qui, par chance, se recoupent largement, nous serviront de guides : la première est relative à leur domaine, selon qu'on s'attache au droit constitutionnel ou au droit administratif, la seconde se place au point de vue de leur source, selon que la fiction est imposée par la règle écrite, ou élaborée par le juge pour la solution d'une catégorie de litiges.

Je crains de vous paraître iconoclaste en vous proposant de placer, au premier rang des fictions, le principe sur lequel repose tout notre droit constitutionnel, et à travers lui, notre droit tout entier — et non seulement le nôtre, mais aussi le vôtre, et celui de la quasi totalité des États démocratiques, je veux dire le principe selon lequel la loi votée par les élus du peuple est l'expression de la volonté du peuple lui-même. Et pourtant, quelles que soient les interprétations que l'on en donne, souveraineté de la Nation ou souveraineté du peuple, le régime représentatif passe outre à cette constatation de fait que Rousseau, pour une fois réaliste, retenait contre lui dans «Le Contrat social» : la volonté ne se représente pas. Ce qu'a voulu mon élu peut peut-être (mais dans quelle mesure ?) tenir compte de l'idée qu'il se fait de ce que je souhaite : mais c'est lui qui veut, et non moi. L'expérience, en France du moins, le confirme : le citoyen, même électeur de la majorité, ne reconnaît pas, dans la loi, l'expression de sa volonté. Si même il s'estime lié par elle, ce n'est pas parce qu'il y voit l'effet d'une auto-limitation qu'il s'impose librement, mais parce qu'il respecte l'autorité dont elle émane directement, ou parce qu'il appréhende la sanction. Et le comportement du contribuable français souligne ce qu'a de fictif le principe fondamental selon lequel l'impôt est librement consenti par lui.

Il est bien évident que l'analyse de Rousseau, et sa conclusion en faveur de la démocratie directe, aurait conduit à une impasse les États désireux de s'engager dans la voie démocratique. Les Constituants de 89 furent sages

en affirmant, à l'article 6 de la Déclaration, que tous les citoyens ont le droit de concourir à la formation de la loi, soit personnellement — c'est l'orthodoxie rousseauiste —, *soit par leurs représentants* : c'était l'hérésie nécessaire.

Il n'en reste pas moins que le principe du consentement par l'intermédiaire des représentants est une fiction, et nous pouvons, de ce premier exemple, tirer, dès maintenant, deux leçons.

La première, c'est qu'il est, dans le monde du Droit, des fictions nécessaires dont l'ordre juridique ne peut se passer. La seconde, c'est que, même nécessaire, la fiction demeure fiction, et qu'il est sage de ne pas l'oublier si l'on ne veut pas la voir un jour contestée au nom de la réalité qu'elle a méconnue : tous les courants d'opinion qui, en France, sous le nom de *participation*, réclament une association plus directe des citoyens à l'élaboration de la règle qui les régit, sont là pour en témoigner, et pour offrir à Rousseau, sur ce point, une sorte de revanche posthume.

Sur le terrain plus modeste du droit administratif, la fiction change d'auteur : elle est, en général, l'œuvre du juge. En a-t-elle pour autant moins d'importance ? Sur deux terrains essentiels, elle occupe un rôle capital. J'ai déjà mentionné sa place dans le contentieux d'annulation : l'acte reconnu illégal est considéré comme n'ayant jamais existé. Toutes les conséquences de l'annulation devraient, logiquement, se déduire de cette inexistence fictive ; tout devrait tendre à la restitutio in integrum, et y tend, en effet, aussi largement que possible, l'exemple type étant ici la reconstitution fictive de carrière qui suit l'annulation d'une décision ayant illégalement frappé un agent public.

Mais, là encore, la fiction révèle sa nature profonde : tout doit se passer comme si l'acte n'était jamais intervenu ; il est intervenu, pourtant, et les traces qu'il a inscrites dans la réalité, bien souvent, ne peuvent s'effacer. Alors, la fiction est obligée de composer avec la réalité, et toute la théorie des conséquences de l'annulation est faite de ce conflit et des compromis qui le résolvent.

Second terrain contentieux essentiel, celui de la responsabilité. La faute qui engage la personne publique est parfois la faute anonyme et collective d'un service qui a mal fonctionné. Le plus souvent, cependant, elle a un ou plusieurs auteurs, parfaitement identifiables. Ceux-ci, pourtant, n'apparaissent pas au débat. Hormis le cas, très exceptionnel, où la faute, réputée «personnelle», engage en principe la responsabilité de son véritable auteur, elle est fictivement réputée «faute de service» et imputée, directement et exclusivement, à la personne publique. Voilà deux fictions

essentielles, que le juge met quotidiennement en œuvre. Il en est d'autres, plus limitées. Je vous en propose comme exemple la théorie du fonctionnaire de fait. Un individu, à la suite de circonstances qui peuvent être fort diverses, a été amené à exercer pendant un certain laps de temps une fonction publique. Tous ceux qui ont eu affaire à lui ont cru, de bonne foi, à la régularité de son investiture. Et pourtant, il n'était pas fonctionnaire, et aucun de ses actes ne présentait, en droit, la moindre valeur. Cette qualité qu'il n'avait pas réellement, le juge la lui attribue fictivement, et il traite comme si elles émanaient d'un véritable fonctionnaire celles de ses décisions qui intéressent des administrés de bonne foi.

Si j'ai retenu, parmi d'autres, cette fiction, c'est qu'elle présente, par rapport à d'autres, une particularité assez étonnante.

Dans le cas de l'annulation sur recours pour excès de pouvoir, la fiction d'après laquelle l'acte est censé n'avoir jamais existé prend le contre-pied de la réalité matérielle vécue par tous ceux qui ont eu affaire à cet acte. Effacer la réalité vécue au profit de la vérité juridique — la nullité de l'acte —, telle est la fonction de la fiction. Or, dans la théorie du fonctionnaire de fait, la fiction joue un rôle exactement inverse. Elle efface la vérité juridique — il n'y avait pas de fonctionnaire — au profit de la réalité vécue — les administrés ont cru qu'il y en avait un —.

Retenons de cet exemple la complexité de la notion, et son ambiguïté : des choses qui ne se sont pas passées comme elles auraient dû se passer légalement, la fiction tantôt affirme qu'elles ne se sont pas passées, préférant ainsi le droit au fait, tantôt qu'elles se sont passées légalement, préférant ainsi le fait au droit.

II

Les présomptions irréfragables nous réservent d'autres surprises.

Et d'abord, en ce qui concerne leur hétérogénéité. Prenons la présomption commune au droit public et au droit privé, qui est l'une des bases essentielles de notre droit, la maxime «nemo censetur legem ignorare». C'est bien d'une présomption qu'il s'agit, non d'une fiction. S'il y a des hommes qui ignorent la loi, il en est aussi qui la connaissent. Mais la maxime interdit de s'engager dans cette recherche : la présomption ne souffre pas la preuve contraire.

Seulement, les chances pour que la présomption corresponde à la réalité sont, reconnaissons le, extrêmement ténues. Les juristes ne sont pas majoritaires dans la cité. Et parmi les juristes, lequel oserait affirmer qu'il

a, de la loi, cette connaissance universelle que la maxime présume ? La présomption, ici, a si peu de chances de rejoindre la vérité qu'elle se situe à la limite de la fiction.

Mais voici le cas opposé, avec la grande présomption de vérité légale attachée à la chose jugée, commune, elle aussi, au droit public et au droit privé. Ce serait, en effet, faire au juge une injure toute gratuite que d'admettre que sa décision est le plus souvent entachée d'une erreur sur le fait ou sur le droit. Le *plerumque fit*, ici, c'est, heureusement pour le justiciable, le bien-jugé. La présomption, dans ce cas, se modèle sur la situation la plus fréquente : elle systématise la règle, en laissant tomber l'exception. Dans le cas précédent, elle préférait le *sollen* au *sein*, ce qui devrait être, et n'a que rarement chance d'être, à ce qui est. Dans ce cas, elle s'attache au normal, à ce qui a le plus de chance de correspondre à la réalité.

Voici un troisième exemple : celui dans lequel la présomption irréfragable aboutit, en quelque sorte, à créer par son existence une réalité conforme à elle. J'ai déjà cité la règle qui attache, au silence gardé pendant quatre mois par l'administration saisie d'un recours gracieux, une présomption irréfragable de rejet. Or, à partir du moment où la règle est posée, l'administration, qui ne l'ignore pas, sait que, si elle se tait quatre mois durant, elle refuse. Certes, il peut y avoir encore des silences de quatre mois imputables à la seule négligence ou à l'encombrement. Mais, le plus souvent, le silence est devenu une technique de refus délibéré : la connaissance de la présomption aboutit à la faire coïncider avec la volonté réelle de l'administration. Elle se tait, parce qu'elle sait que son silence vaut refus, et qu'elle veut refuser. La présomption a engendré sa conformité à la réalité.

Ainsi diversifiées dans leur relation avec la réalité, les présomptions irréfragables sont, à vrai dire, relativement peu nombreuses en droit administratif. Mises à part les présomptions fondamentales qui lui sont communes avec le droit privé — connaissance de la loi, vérité de la chose jugée — celles qui lui sont propres se rencontrent surtout dans le domaine procédural, et cela s'explique : on conçoit mal, en effet, que le juge, quelle que soit son audace créatrice, prenne sur lui de se soustraire à son obligation normale, qui est la recherche du vrai. Il faut, en principe, l'intervention du législateur pour lui accorder cette dispense. Or, on sait la rareté des textes en ce qui concerne les principes de fond qui dominent notre droit administratif. C'est donc seulement dans le domaine où les textes sont plus développés, c'est-à-dire dans la procédure contentieuse, qu'il

est normal de rencontrer des présomptions irréfragables. Ainsi, outre la présomption de refus attachée au silence de l'administration, de la présomption d'acquiescement à la thèse de la partie adverse attachée au dépassement, par l'autre partie, du délai qui lui était imparti pour présenter ses mémoires.

La principale présomption irréfragable imputable à l'initiative du juge administratif a aujourd'hui perdu son importance pratique : il s'agit de la présomption de responsabilité en matière d'accident d'automobiles. Mais la matière, depuis 1957, a été unifiée au profit de la compétence judiciaire, même lorsque l'accident est causé par un véhicule public. D'autre part, le juge administratif, en ce domaine, avait davantage suivi la solution donnée par le juge civil qu'élaboré une règle originale. Enfin, la présomption n'était pas totalement irréfragable, en ce sens que la preuve de la faute de la victime ou la force majeure pouvaient la faire tomber.

III

Le domaine des présomptions simples est beaucoup plus large, et on ne s'en étonnera pas : car ici, il s'agit, on l'a vu, d'une méthode de recherche de la vérité. Il est donc normal que le juge, maître de la conduite du débat dans une procédure inquisitoriale, jouisse en ce domaine d'une liberté créatrice plus étendue.

Pourtant, celle qui domine tout le système administratif français dépassait son initiative. Elle n'est pas davantage, d'ailleurs, formulée explicitement par le législateur. Elle demeure implicite, comme souvent ce qui est fondamental. C'est la Doctrine qui lui a donné récemment son nom : il s'agit de l'autorité de chose décidée, que nous avons déjà mentionnée.

Une présomption de conformité au droit s'attache à la décision administrative. Sans cela, comment expliquer son caractère exécutoire, c'est-à-dire le pouvoir reconnu à l'administration d'en assurer l'exécution immédiate ? Cette prérogative d'exécution serait incompatible avec le principe de l'État de droit, et relèverait de l'arbitraire pur, si elle ne s'étayait pas sur une présomption de légalité.

Mais la présomption souffre la preuve contraire : devant le juge, le particulier peut établir l'illégalité de la décision, soit pour en obtenir l'annulation, soit pour demander réparation du dommage qu'elle a causé, soit, devant le juge répressif, pour solliciter la relaxe au vu de l'illégalité de la décision qui fonde la poursuite.

Seulement, la présomption de légalité déplace le fardeau de la preuve : au requérant d'établir l'illégalité qu'il dénonce. Le juge, d'ailleurs, ne se fait pas faute de l'y aider, notamment en obligeant l'administration, si elle se réfugie dans le secret et le silence qui lui sont chers, à révéler les motifs de sa décision.

De tels déplacements du fardeau de la preuve ne sont pas rares, et la matière de la responsabilité pour dommages causés par les travaux publics en offre des exemples caractéristiques. Lorsque le dommage est imputable à un ouvrage public — par exemple, lorsqu'un nid de poule dans le revêtement d'une route provoque un accident — la victime n'a pas à faire la preuve de la faute de l'administration : c'est la théorie du «défaut d'entretien normal» qui l'en dispense. Le service compétent est présumé avoir manqué à l'obligation, qui lui incombait, d'entretenir l'ouvrage, ou encore de le surveiller. Il est donc présumé en faute, sauf s'il prouve qu'il a, en réalité, assuré l'entretien conformément à des normes de diligence que le juge établit au fil des espèces.

Citons encore, dans ce même domaine, le problème classique — que tend à raréfier, hélas, la phobie contemporaine de l'arbre qui s'est emparé de nos Ponts et chaussées — du dommage causé par la chute, sur la route, d'un des arbres qui la bordent. Si rien ne permettait, dans l'apparence extérieure, de deviner l'évidement du tronc, et la chute imminente, l'administration est présumée en règle avec son obligation d'entretien ; la présomption joue cette fois en sa faveur : à la victime d'établir la faute.

Vous remarquerez que, dans toutes ces hypothèses, la présomption n'est pas gratuite : elle cherche, dans la réalité, une justification. Il est vrai, heureusement, que la plupart des décisions administratives sont légales. Il est normal de conclure que, si une défectuosité de l'ouvrage public a causé un accident, c'est qu'il était mal entretenu, et que la chute d'un arbre qui présentait tous les signes extérieurs de la santé végétale n'est pas due à une faute du service chargé de le surveiller. Comme quelques unes des présomptions irréfragables que nous avons rencontrées, la présomption simple se calque sur le *plerumque fit*, sur la plus grande probabilité, et l'hypothèse de travail qu'elle constitue pour la recherche du vrai n'est pas, en ce sens, déraisonnable, ni, partant, injuste.

Ce n'est cependant pas toujours le cas, et il y a des présomptions simples qui ne se justifient pas par leur conformité au plus probable.

Pour sortir un instant du droit public, tel est le cas de la grande présomption qui couvre l'inculpé devant le procès pénal : la présomption d'innocence. Puisqu'il est là, cependant, puisque c'est lui qui a été choisi

pour être déféré au juge, il faut bien admettre que, tout présumé innocent qu'il soit, il est présumé moins innocent que l'ensemble des autres citoyens, et que le juge d'instruction ne l'aurait point retenu si quelques probabilités ne jouaient dans le sens de sa culpabilité. La présomption, ici, s'écarte du probable : pour une raison d'équité supérieure, qui est inhérente au respect de l'homme, elle maintient sa protection même sur celui que les faits semblent accabler.

C'est l'équité encore qui a dicté au juge administratif une variété curieuse de présomption simple : dans certaines hypothèses précises, le juge accepte de réparer le dommage particulier et exceptionnel causé par le législateur lui-même (3). Celui-ci est présumé avoir entendu réparer le préjudice qu'il fait subir à quelques-uns dans l'intérêt de tous. La présomption ne joue que si la preuve contraire n'a pas été fournie d'avance, par une disposition de la loi excluant expressément toute indemnité. Mais, en cas de silence, la présomption prend toute sa force : le législateur est censé avoir voulu respecter l'égalité de tous devant les charges publiques, et, si les autres conditions mises par le juge à la réparation sont réunies, celui-ci n'hésite pas à l'accorder. Et pourtant, il est plus que douteux que le législateur ait attaché, à son silence, la signification positive que lui prête le juge. Mais le souci d'équité l'emporte ici sur la conformité au probable.

Autre exemple, plus frappant : lorsque la loi exclut «tout recours» contre une décision, elle est présumée n'avoir pas entendu exclure le recours pour excès de pouvoir, parce que celui-ci est la garantie suprême du principe de légalité, et que le législateur ne saurait être présumé avoir voulu le méconnaître (4). Là encore, la présomption ne tombe que si le texte mentionne expressément le recours pour excès de pouvoir parmi ceux qu'il entend exclure. Présomption interprétative qui prend audacieusement le contre pied de la volonté certaine du législateur, au nom des principes essentiels de l'État de droit.

IV

Au terme de cet inventaire, une question s'impose à nous : en fin de compte, à quoi servent les techniques que nous avons envisagées, et comment s'explique la place que tiennent, dans le monde du Droit, des procédés qui, peu ou prou, témoignent d'un certain détachement à l'égard de réalités ?

(3) C. E., 14 janvier 1938, Sté des produits laitiers «La Fleurette», *Rec.*, p. 25.
(4) C. E., 17 février 1950, Dame Lamotte, *Rec.*, p. 110.

La réponse n'est pas uniforme. Ce qui me frappe, en définitive, c'est la diversité des fonctions qu'assument, dans notre droit public — et sans doute peut-on généraliser — les fictions et les deux types de présomptions.

Diversité, en premier lieu, dans *l'importance de la fonction*. Il est des fictions et des présomptions qui constituent les piliers de l'édifice juridique tout entier. Il en est d'autres qui permettent de mieux résoudre un problème précis dont l'importance n'est pas évidente.

Ce n'est pas tous les jours que la tempête abat sur une route de Provence un platane qui avait toutes les apparences de la santé, et la réparation du dommage ainsi causé, si elle est capitale pour la victime, ne met pas en question l'ordre juridique tout entier. Et la substitution d'un faux fonctionnaire à un vrai est trop exceptionnelle pour que la fiction du fonctionnaire de fait n'apparaisse pas comme une curiosité juridique.

Si les fictions et les présomptions se cantonnaient dans ces emplois secondaires, elles feraient figures de singularités amusantes, et ne mériteraient guère de retenir la réflexion. Mais il y a, dans la même famille, ce qu'il faut bien appeler les fictions et les présomptions fondamentales : celles qui sont nécessaires à l'existence même d'un ordre juridique, du moins tel que nous l'entendons. Vouloir, sur quelques points essentiels, s'attacher à la réalité des choses, ce serait rendre impossible la mise en ordre de la société par la règle et la sanction.

Affirmer que la loi exprime, non la volonté particulière des hommes qui l'ont votée, mais la volonté de la Nation, écarter, pour condamner ou pour absoudre, le problème de savoir si la règle transgressée était ou non connue du transgresseur, refuser de remettre en discussion la décision définitive du juge en la tenant pour vraie, considérer comme légales, a priori, les décisions de l'administration, de telle sorte qu'elle puisse les traduire dans les faits sans attendre que leur conformité au droit ait été dûment vérifiée, autant de fictions ou de présomptions qui s'écartent plus ou moins de la réalité, et qui répondent pourtant à des impératifs de l'ordre juridique : les refuser, c'est le rendre impossible.

Diversité dans l'importance de la fonction, diversité, aussi et surtout, dans la *nature de la fonction*.

Ici encore, mettons à part celles des fonctions qui apparaissent comme relativement exceptionnelles, et qui témoignent surtout de la polyvalence de nos procédés : nous avons vu la présomption utilisée comme technique d'interprétation de la volonté du législateur. Nous avons vu, dans le cas particulier du fonctionnaire de fait, la fiction mise au service de la réalité vécue contre la vérité juridique. Mettons à part également les fonctions

limitées à un seul des phénomènes que nous envisageons : je songe à la présomption simple, et à la fonction qu'elle assume dans la technique procédurale en tant que moyen de déplacer le fardeau de la preuve.

Pour l'essentiel, trois fonctions principales peuvent peut-être être distinguées.

Dans une première série d'hypothèses, la fiction, ou la présomption, substitue, de façon définitive ou provisoire, à une réalité dont la constatation ou même la simple recherche seraient incompatibles avec l'ordre juridique, une affirmation qui permet d'assurer celui-ci. C'est le cas pour ce que nous avons appelé les fictions ou les présomptions fondamentales. Leur fonction est d'éliminer, ou d'atténuer, des réalités dont le Droit tel du moins que nous le concevons ne peut s'accommoder.

Seconde fonction, en quelque sorte rationalisatrice : la systématisation du plus probable. Lorsque la présomption s'appuie sur une sorte de calcul des probabilités, et s'attache, pour la généraliser soit de façon définitive, soit jusqu'à preuve contraire, à la situation qui se présente le plus fréquemment, elle apparaît comme un procédé de rationalisation permettant de gagner du temps et de simplifier le problème : ainsi par exemple de la présomption de légalité attachée à l'acte administratif.

Il est, en troisième lieu, des situations dans lesquelles la présomption a pour fonction de pallier la difficulté que présente la connaissance des faits. L'exemple le plus évident est ici celui des accidents mécaniques : qui peut dire avec certitude, dans bien des cas, en quel point, pour quelle cause, s'est produite la rupture qui a déclenché la catastrophe ? On sait trop bien quels obstacles la recherche de la cause réelle, et de la responsabilité, a opposés à la réparation des accidents du travail. La présomption, dans de tels cas, porte remède à la quasi inconnaissabilité de la situation réelle.

Effacer le réel, systématiser le plus probable, remédier à l'inconnaissable, ces trois formules sont trop schématiques pour résumer toutes les fonctions des procédés que nous évoquons. Je vous les propose néammoins, pour essayer de clarifier quelque peu une matière complexe.

Enfin, il est un troisième domaine, et peut-être le plus essentiel, où la diversité s'affirme : c'est celui de la *finalité*. Fictions et présomptions, comme le sabre de M. Prudhomme, ont deux fonctions apparemment contraires : les unes sont au service de l'ordre étatique, les autres, au service de la personne.

Servantes de l'ordre juridique, ces fictions ou présomptions que nous avons appelées fondamentales : la présomption de connaissance de la loi, qui apparaît, si souvent, inhumaine, ou la chose jugée, qui sacralise la vérité — après tout humaine et faillible — du juge. Servante de l'ordre

étatique, et même, à la limite, de l'ordre policier, la présomption de légalité qui permet l'exécution immédiate, au besoin par la contrainte, de la décision administrative.

Mais voici l'autre face de Janus : le silence de l'administration rendrait impossible, faute de décision à attaquer, la défense de l'administré par le juge : la présomption de rejet de la demande lui rend la possibilité de former son recours. Les présomptions établies en matière de responsabilité permettent à la victime du dommage d'obtenir réparation. La théorie du fonctionnaire de fait couvre le particulier contre les risques nés d'une situation irrégulière dans laquelle il n'est pour rien. Et, hors du droit administratif, la grande présomption d'innocence édictée en 89 demeure le symbole du libéralisme.

En présence de ces ambiguïtés, de ces divergences, il serait présomptueux de hasarder des conclusions fermes. Tout au plus peut-on suggérer quelques thèmes de réflexion. Le premier est classique : c'est le thème de la polyvalence des techniques. Les procédés que nous avons étudiés, réduits à leur mécanisme, sont dénués de toute signification. La fiction, la présomption, simples schémas, ne trouvent leur sens que par les idéologies au service desquelles on les emploie. Elles peuvent aussi bien opprimer que libérer. Par elles-mêmes, elles sont neutres.

Mais voici un second thème, qui naît du précédent.

Nous venons d'opposer le service de l'ordre juridique et le service de la personne. S'opposent-ils ? Pour ceux qui pensent que la défense de la personne passe nécessairement par le maintien d'un ordre juridique efficace, les deux finalités apparemment inverses trouvent un point de convergence.

Le troisième thème va plus loin, trop loin pour que je m'y hasarde. C'est tout le problème de la relation entre Droit et réalité sensible qu'il faudrait évoquer. Le Droit est fait pour ordonner le réel, disions-nous en commençant, et comment l'ordonnerait-il si la règle qu'il pose procédait d'une analyse inexacte des situations qu'elle veut régir ? Pourtant, nous avons recontré, au cours de notre recherche, des fictions nécessaires, des schématisations utiles, sans lesquelles l'ordre juridique en général, la solution équitable dans certaines situations, ne peuvent être réalisés. Indépendance du réel juridique par rapport au réel sensible ? Logique propre à l'univers du droit, qui lui confère son autonomie ? Une fois de plus, notre discipline nous apparaît sollicitée, tout à la fois, par en haut, et par en bas, par l'abstraction logique et par la fonction sociale à assumer dans le concret. Et n'est-ce pas, en définitive, cette double polarisation qui en rend l'étude inépuisable ?

Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris.

LE PROCÉDÉ DE LA FICTION EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC (*)

par Jean J. A. SALMON

«Trompeurs, c'est pour vous que j'écris,
Attendez-vous à la pareille.»
(Le Renard et la Cigogne)
La Fontaine, *Fables*, livre I, fable XVIII.

Introduction

1. *Définition.*

Parlant des fictions, Claude du Pasquier (1) écrit que c'est «le plus artificiel des procédés de la technique juridique. Elles traitent juridiquement comme vrai ce qui est faux ; elles raisonnent sur la base d'une situation imaginaire, donc fictive». Paul Roubier souligne pour sa part (2) que «la fiction représente une atteinte directe à ce qui semble naturel, en vue d'imposer des solutions désirées, mais qui faussent délibérément la réalité».

En d'autres termes nous dirons que la fiction est un procédé de technique juridique par lequel on qualifie une situation, de manière contraire au réel, en vue de lui attribuer les conséquences juridiques découlant de la qualification.

Avant d'examiner comment le procédé est utilisé en droit international public, il convient de préciser quelques points. Le procédé de la fiction implique une autorité susceptible de la créer. Qui peut-elle être en droit international public ? D'autre part, à quel stade d'élaboration de la règle le procédé de la fiction joue-t-il ?

(*) Communication faite au C.N.R.L. le 5 janvier 1973.

(1) *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Delachaux et Niestlé, 3e éd., 1948, Neuchâtel, p. 167.

(2) *Théorie générale du droit*, Sirey, Paris, 2e éd., 1951, p. 115.

2. *Autorité susceptible de créer la fiction.*

En droit interne on parle de fictions légales, jurisprudentielles et doctrinales. Ces distinctions conviennent-elles à la matière du droit international public ?

La transposition de ces catégories en droit international est peu recommandable car elles impliquent une analogie entre les deux systèmes. Or si on peut parler de doctrine en droit international, le concept de législateur est inexistant, celui de jurisprudence ne peut y avoir le même sens ni la même portée.

En droit international il n'y a pas de législateur dont la volonté s'imposerait à celle des États. Il y a simplement des accords entre les sujets de droit, les États, pour créer entre eux des règles qui les lieront pourvu qu'ils aient participé à l'établissement de la règle conventionnelle ou coutumière ou y aient donné ultérieurement leur consentement (3).

L'accord peut s'établir à des stades variés de généralité mais n'atteint quasi jamais l'universalité d'application qui caractérise l'action législative. Il est rare que la collectivité universelle des États s'entende pour l'établissement des normes. Au XIX^e^ siècle et au début du XX^e^ siècle l'apparente unanimité dans la règle de droit des gens recouvrait simplement l'accord des grandes puissances européennes dont l'impérialisme ne laissait aux États petits et moyens que le choix entre l'adhésion plus ou moins spontanée et le rejet du groupe, sous la qualification de barbares ou de non-civilisés.

Cette vision ne peut plus avoir cours aujourd'hui. Le système de création de normes est très décentralisé, relativisé, singularisé. Du bilatéral à l'universel tous les degrés de généralité se trouvent dans la pratique (4).

La décentralisation, la relativisation n'est que le résultat, la conséquence de la division du monde en États souverains d'une part, à régime politique, économique et social différent, d'autre part.

Il découle donc de ce qui précède qu'en droit international public la fiction sera l'œuvre de ceux qui créent les règles, c'est-à-dire non pas un législateur, mais *les États parties à l'accord*.

(3) Voy. Charles CHAUMONT, *Cours général de droit international public* dans *R.C.A.D.I.*, 1970, vol. 1, spéc. pp. 417 et ss. — Voir aussi notre contribution *La règle de droit en droit international public*, dans Ch. PERELMAN, *La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 193 et ss.

(4) *Ibidem*, p. 202.

La *jurisprudence* n'a pas non plus le même sens en droit international public où le rôle du judiciaire est minime (5) et au demeurant surfait (6). L'application et l'interprétation des règles de droit international relèvent de la *pratique des États* qui ne confient que rarement ce soin à des juges.

La *doctrine* en revanche joue un rôle non négligeable dans la systématisation du droit et des esprits. Nous y reviendrons.

3. *Niveau de réalisation de la norme auquel s'applique la fiction.*

Certes la fiction peut naître au moment de l'*élaboration*, de la création de la règle de droit : ainsi, dans un traité fait par les États.

Mais elle peut aussi être introduite au moment de l'*interprétation* ou de l'*application* de la règle de droit. Ainsi, dans leur pratique courante les États peuvent, nous en verrons plus loin des exemples, qualifier des situations de manière contraire au réel. Ces interprétations ou applications peuvent être *contra legem*, représenter une violation du droit pure et simple, quoique cachée par le procédé de la fiction. Si le phénomène se répète, la fiction devient un procédé non seulement d'*extension* de la règle de droit mais d'*extinction* de cette règle (désuétude par pratique contraire).

La doctrine, pour sa part, est responsable des fictions qui s'introduisent à propos de la *systématisation* des règles, des constructions, des abstractions, sans rapport avec le réel mais en relation étroite avec l'idéologie de la classe dominante.

Dans les pages suivantes, nous examinerons les fictions quelles que soient l'autorité créatrice et l'ampleur de leur application, en nous attachant plutôt à essayer de déterminer quelles sont les fonctions du procédé.

4. *Fonctions du procédé.*

Plutôt que de classer les fictions en droit international d'après l'autorité qui les crée ou leur fréquence d'application, il nous a paru plus révélateur d'opérer un classement selon le *but* recherché par les fictions, selon leurs *fonctions*.

On aboutit ainsi aux deux aspects suivants que nous souhaiterions suggérer :

(5) *Ibidem*, p. 195.

(6) Voy. nos observations au Colloque d'Heidelberg de juillet 1972, *International Symposium on the Judicial Settlement of International Disputes, 10-12 July 1972* (sous presse).

A. *Les fictions comme procédé de technique juridique.*

1) Les unes visent à la simplification. La qualification erronée est utilisée — par raccourci légistique — pour faciliter l'*exposition* de la règle.

2) D'autres sont la conséquence du manque d'imagination ; le juriste utilise des concepts inadéquats mais commodes parce que connus. La qualification erronée est utilisée par peur du neuf, par tradition, pour l'*explication* de la règle.

3) D'autres enfin sont utilisées en vue d'*écarter l'application* d'un texte ou d'*étendre l'interprétation* de ses termes à l'occasion d'une espèce donnée.

B. *Les fictions comme reflet de l'idéologie.*

1) Les plus évidentes proviennent du fait que le droit international ne réglemente pas les conséquences que les États doivent tirer du réel. La qualification erronée est utilisée par les États dans l'exercice de prérogatives souveraines qui leur permettent d'*apprécier le réel*, voire de le refuser.

2) D'autres fictions naissent du fait que les États n'osent pas dire la vérité, la reconnaître comme telle. La qualification erronée est utilisée par courtoisie ou hypocrisie (la première n'étant jamais qu'un avatar de l'autre) *pour cacher le réel.*

3) D'autres encore découlent des théories établies par la doctrine et le formalisme juridique. La qualification erronée est utilisée par souci de systématisation d'ordonnancement ou de rationalisation, mais a pour effet de *justifier le réel* en vue de faire triompher des intérêts de classe.

Les distinctions qui précèdent sont présentées dans un seul souci de clarté. En effet, elles ne sont pas nécessairement exclusives l'une de l'autre. Bien au contraire, elles se cumulent fréquemment. Une fiction présentée comme légistique — relevant de la pure technique juridique — recouvrira fréquemment des buts idéologiques. Nous en verrons plus loin des exemples.

PREMIÈRE PARTIE

LES FICTIONS COMME PROCÉDÉ DE TECHNIQUE JURIDIQUE

Section 1. — LES FICTIONS À BUT SIMPLIFICATEUR — LA QUALIFICATION ERRONÉE EST UTILISÉE PAR RACCOURCI LÉGISTIQUE POUR FACILITER L'EXPOSITION DE LA RÈGLE

5. Cette méthode se rencontre dans les textes écrits, aussi bien dans les traités internationaux que dans les lois nationales relatives au droit international ; elle se présente sous deux formes : ou bien il s'agit de l'insertion forcée d'un fait dans une catégorie à laquelle il ne correspond pas afin d'assurer à ce fait le traitement prévu par la catégorie, ou bien il s'agit de l'exclusion forcée d'un fait de la catégorie à laquelle il correspond afin de lui assurer un autre traitement.

6. *Fiction par insertion forcée dans une catégorie.*

Voici quelques exemples.

— L'article 3 du Traité de Washington du 6 février 1922 relatif à l'emploi des sous-marins et des gaz asphyxiants en temps de guerre où il est dit :

> «Tout individu ... qui violera, l'une ou l'autre des dites règles sera réputé avoir violé les lois de la guerre et sera susceptible d'être jugé et puni comme s'il avait commis un acte de piraterie.»

S'il y a analogie entre les deux situations — au niveau de la désapprobation de l'acte — il n'en demeure pas moins qu'elles ne répondent pas aux mêmes définitions : assimiler une catégorie à l'autre constitue une fiction.

— L'article 4 de la convention du 15 mai 1956 entre la Belgique et la République fédérale d'Allemagne relative à la création de bureaux à contrôles nationaux juxtaposées dispose que :

> «Les prescriptions légales et réglementaires du pays limitrophe relatives aux contrôles sont applicables dans la zone, ... telles qu'elles sont applicables dans la commune à désigner à cet effet par le gouvernement dudit pays. Les infractions aux dites prescriptions, commises sur le territoire du pays de séjour, sont commises sur le territoire du pays limitrophe dans cette commune.»

Dans le même sens on verra aussi les arrêtés royaux relatifs à la création de bureaux à contrôles nationaux juxtaposés aux frontières en application des conventions du type de celle citée immédiatement ci-dessus.

— L'accord du 6 septembre 1957 entre la Belgique et la France relatif aux exploitations minières le long de la frontière, en son article 5, prévoit, pour toute une série d'opérations juridiques, l'application du droit de l'État où le charbon est amené à la surface, même s'il a été extrait au-delà de la frontière (*M.B.*, septembre 1959).

— Les fictions de ce type s'inscrivent souvent dans des dispositions contenant des définitions qui figurent au début des traités ou dans les clauses finales.

Ainsi certaines clauses dites territoriales ou coloniales : l'article 1, 3, b) i) de la Convention sur les pêcheries de l'Atlantique du Nord-Est faite à Londres le 24 janvier 1959 :

> «Aux fins de la présente convention (...)
> b) l'expression «territoires» s'étend, en ce qui concerne tout État contractant :
> (i) à tout territoire situé dans la zone de la convention ou adjacent à cette zone dont les relations internationales sont assumées par ledit État contractant ...»

— L'article 23 de la convention pour la répression de la traite des êtres humains et l'exploitation de la prostitution d'autrui du 2 décembre 1949 :

> «Aux fins de la présente convention, le mot «État» désignera également toutes les colonies et territoires sous tutelle dépendant de l'État qui signe ou ratifie la convention, ou y adhère, ainsi que tous les territoires que cet État représente sur le plan international.»

On remarquera dès à présent que les deux exemples qui précèdent recèlent en outre des aspects idéologiques. L'amalgame entre «territoire» ou «État» colonisateur et «territoire» ou «État» colonisé correspond à une confusion longtemps entretenue ; elle l'est encore, par exemple, par le Portugal qui parle de ses «provinces d'Afrique».

— L'article 73, alinéa 1 de la loi belge du 5 juin 1928 portant révision du code disciplinaire et pénal pour la marine marchande et la pêche maritime stipule que «les infractions commises à bord d'un navire belge sont réputées commises sur le territoire du royaume».

Dans tous les exemples envisagés dans ce paragraphe, la fiction consiste donc à qualifier d'une manière contraire à la réalité une situation A comme une situation B afin de faire régir la situation A par le statut juridique de B.

7. *Fiction par exclusion forcée d'une catégorie.*

Le procédé légistique joue ici dans l'autre sens. Il s'agit d'exclure un fait de la catégorie qui doit le régir pour lui assurer le traitement d'une autre catégorie.

La clause d'attentat en est un exemple typique.

Exemple l'article 3 de la Convention d'extradition entre la Belgique et la France du 15 août 1874 :

> «Il est expressément stipulé que l'étranger dont l'extradition aura été accordée ne pourra dans aucun cas, être poursuivi ou puni pour aucun délit politique antérieur à l'extradition, ni pour aucun fait connexe à un semblable délit.
>
> Ne sera pas réputé délit politique, ni fait connexe à un semblable délit, l'attentat contre la personne du chef d'un État étranger ou contre celle des membres de sa famille, lorsque cet attentat constituera le fait soit de meurtre, soit d'assassinat, soit d'empoisonnement.»

La fiction est évidente. L'attentat contre un chef d'État est le crime politique par excellence. Ceci est d'autant plus frappant que l'on aurait pu obtenir un résultat identique en prévoyant purement et simplement une exception à la règle. C'est qu'ici encore la fiction, procédé technique, a aussi une fonction idéologique. Le crime politique bénéficie dans la civilisation bourgeoise, libérale et individualiste, d'un certain préjugé favorable (le héros romantique, etc.) dont on a voulu priver celui qui commet pareil attentat en disant qu'il ne s'agit pas d'un crime politique. Le procédé de l'exception n'aurait pas eu cet effet idéologique.

Section 2. — LES FICTIONS COMME CONSÉQUENCE DU MANQUE D'IMAGINATION DU JURISTE QUI UTILISE DES CONCEPTS INADÉQUATS, MAIS COMMODES, PARCE QUE CONNUS. LA QUALIFICATION ERRONÉE EST UTILISÉE PAR PEUR DU NEUF, PAR TRADITION, POUR L'EXPLICATION DE LA RÈGLE

8. L'exemple le plus net est sans doute celui de *la notion d'«exterritorialité»* ou d'*«extraterritorialité»* que l'on a appliquée aux hôtels diplomatiques, aux résidences des chefs de mission, voire aux diplomates eux-mêmes.

Pour autant que l'on puisse limiter le contenu de la notion à l'idée que l'hôtel diplomatique et la résidence des chefs de mission sont, par une fiction, considérés comme une parcelle du territoire de l'État accréditant, il

a été démontré à de multiples reprises que la notion est non seulement fausse — par définition — mais totalement incapable de rendre compte du phénomène que la notion contemporaine d'immunité recouvre au contraire fort bien.

Rappelons rapidement quelques-uns des arguments critiques :

— la notion n'explique pas les immunités des agents lorsqu'ils sont en dehors des locaux ;

— elle n'explique pas certaines limites particulières aux immunités alors que les agents sont dans les locaux (en matière de taxation, de juridiction civile et pénale, etc.) ;

— elle n'explique pas le fait que l'inviolabilité implique non seulement un devoir d'abstention mais encore une obligation de protection de la part de l'État accréditaire ;

— mais surtout il est reconnu par les jurisprudences nationales et la pratique des exécutifs et législatifs nationaux que les actes et faits accomplis à l'intérieur des locaux de la mission ou de la résidence du chef de mission sont, à tous points de vue, des actes et des faits accomplis sur le territoire de l'État accréditaire. Rappelons les cas de crimes et délits, le domicile des agents, l'application des lois sur les dommages de guerre, ou relatives à l'urbanisme et aux permis de bâtir, la nationalité des enfants des agents diplomatiques, les actes d'adoption, de célébration de mariage, les conventions privées, etc.

En dépit du fait que ce concept est totalement impropre, et décrié depuis le début du siècle, il continue à traîner dans des jugements nationaux sinon dans les manuels. Il est à espérer que les conventions de Vienne de 1961 et 1963 sur les relations diplomatiques et consulaires qui ont totalement exclu ce concept finiront par imposer celui d'immunité dont le maniement souple et affiné répond mieux aux exigences des relations à régir.

9. La notion d'exterritorialité a aussi été utilisée, avec la même inefficacité, pour tenter d'expliquer les immunités des chefs d'État étrangers, du souverain-pontife et des troupes étrangères en stationnement sur le territoire national.

Cette fiction utilisée par paresse mentale et manque d'imagination apparaît aujourd'hui comme totalement dépassée et utilement remplacée par le concept beaucoup plus souple, varié et relatif d'immunité.

10. C'est encore la notion d'exterritorialité que l'on met en avant pour expliquer la situation juridique des *navires de mer*.

On a soutenu qu'il s'agissait de portions flottantes du territoire du pays dont ils battent pavillon. La jurisprudence belge notamment.

Ainsi, la Cour d'appel de Gand le 12 février 1883 :

> «Attendu que tout navire belge doit en pleine mer être considéré comme une portion du territoire du royaume, et que les tribunaux belges sont compétents pour connaître des délits qui s'y commettent, même par des étrangers (7).»

La Cour permanente de justice internationale dans la célèbre affaire du *Lotus* a soutenu la même idée :

> «Le principe de la liberté de la mer a pour conséquence que le navire en haute mer est assimilé au territoire de l'État dont il porte le pavillon, car, comme dans le territoire, cet État y fait valoir son autorité, et aucun autre État ne peut y exercer la sienne ... Il s'ensuit que ce qui se passe à bord d'un navire en haute mer doit être regardé comme s'étant passé dans le territoire de l'État dont le navire porte le pavillon ... aucune règle de droit international ne défend à l'État dont relève le navire où les effets du délit se sont manifestés, de considérer ce délit comme s'il avait été commis dans son territoire et d'exercer des poursuites pénales contre le délinquant (8).»

Dans son opinion dissidente Lord Finlay avait déjà montré le caractère fictif de cette assimilation en disant :

> «Un bateau est un bien meuble ; ce n'est pas un lieu ; lorsqu'il navigue il change de place jour par jour et heure par heure, et, dans un port, c'est un bien meuble qui, temporairement, se trouve être dans un endroit déterminé. La compétence pour connaître de crimes commis à bord d'un navire en mer n'est pas du tout de nature territoriale ; elle dépend de la législation qui, par commodité et par consentement mutuel, s'applique dans le cas de ces biens meubles de nature très spéciale que sont les navires. Il me paraît impossible d'appliquer, avec quelque raison, le principe du *locus delicti* en cas de collision entre navires ... (9)»

On sait que l'arrêt du *Lotus*, qui n'avait pu être obtenu, les voix des juges s'étant également partagées, que grâce à la voix prépondérante du président, fut vivement critiqué. Une solution inverse à celle de l'arrêt fut d'ailleurs finalement adoptée par la convention internationale du 10 mai

(7) *B.J.* 1883, 510. Voyez encore : Bruxelles 24 mai 1856, *B.J.* 1857, 1421 ; Gand 12 février 1883, *B.J.* 1883, 510 ; Corr. Anvers, 26 janvier 1905, *P.P.* 1906, n° 97 ; Corr. Anvers, 15 juin 1910, *B.J.* 1911, 251.

(8) Série A, n° 10, p. 25.

(9) *Ibidem*, p. 53.

1952 pour l'unification de certaines règles relatives à la compétence pénale en matière d'abordage : elle prescrit la compétence exclusive de l'État du pavillon.

Le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Chung Chi Cheung v. The King* ([10]) a démontré les déficiences de la fiction d'exterritorialité appliquée au navire dans des termes souvent cités :

> «Their Lordships have no hesitation in rejecting the doctrine of exterritoriality expressed in the words of Mr. Oppenheim, which regards the public ship "as a floating portion of the flagstate». However the doctrine of exterritoriality is expressed, it is a fiction, and legal fictions have a tendency to pass beyond their appointed bounds and to harden into dangerous facts. The truth is that the enunciators of the floating island theory have failed to face very obvious possibilities that make the doctrine quite impracticable when tested by the actualities of life on board a ship and ashore.»

Encore une fois la fiction est insuffisante pour expliquer la situation complexe du régime juridique des navires de mer : cette concurrence de juridiction entre l'État du pavillon et d'autres États varie selon divers éléments :

— le lieu où se trouve le navire (eaux intérieures, eaux territoriales, zone contiguë, haute mer) ;

— le type de navire (privé ou d'État et, dans ce second cas, navire de guerre ou de commerce dans les relations entre États non socialistes, ces derniers n'admettant pas la distinction) ;

— la nature de la compétence ou de la juridiction exercée (police douanière, sanitaire, fiscale, pénale, civile, etc.).

Les conventions de Genève sur le droit de la mer du 29 avril 1958 proposent ainsi des solutions très diversifiées avec des dispositions sous forme de souhaits, des abstentions volontaires relevant de la courtoisie, et des immunités proprement dites pour les navires d'État.

La fiction n'ose d'ailleurs pas aller au bout de ses conséquences. Si le navire était parfaitement assimilé à une portion du territoire de l'État dont il arbore le pavillon, son statut devrait se rapprocher de celui d'une île, c'est-à-dire, souveraineté sur le sous-sol et la colonne d'air qui le surplombe, ainsi que dans la mer territoriale entourant l'île. Jamais pareilles extravagances n'ont été soutenues.

(10) 1939 A.C. 160 ; 3 *B.I.L.C.*, 96.

11. Toujours la même utilisation de la notion d'exterritorialité à propos des *aéronefs*. On y retrouve *mutatis mutandis* les mêmes difficultés que pour les navires (11).

Les législations nationales se bornent le plus souvent à des fictions limitées du type analysé à la section 1 ci-dessus. Ainsi l'article 36 de la loi belge du 27 juin 1937 :

> «Les infractions commises à bord d'un aéronef belge en vol sont réputées commises en Belgique et peuvent y être poursuivies même si l'inculpé n'est pas trouvé sur le territoire du royaume ... Les articles 6 à 13 de la loi du 17 avril 1878 formant le titre préliminaire du code de procédure pénale s'appliquent aux infractions commises à bord d'un aéronef étranger en vol, comme si le fait s'était accompli hors du territoire du royaume ...»

L'article 7 de la même loi :

> «Les naissances, en cours de vol, à bord des aéronefs belges sont réputées survenues sur le territoire du royaume ...»

Même disposition pour les décès (art. 7bis de la même loi).

12. Dans tous les exemples de cette deuxième section, la fiction consiste à utiliser une catégorie juridique ancienne pour répondre à une situation nouvelle. L'exterritorialité est le type même de concept qui néanmoins s'avère inadéquat, transitoire ; c'est par la création d'un nouveau concept (immunité) ou l'utilisation de plusieurs concepts que l'on pourra donner un statut juridique précis à la situation nouvelle.

D'autres extensions de concepts se font en revanche sans difficultés. C'est le cas de la notion de «personnalité morale» qui après avoir été appliquée à l'État, a été étendue aux organisations internationales. Pareillement la notion de «nationalité» primitivement prévue pour les particuliers a été étendue aux personnes morales, puis aux navires et aux aéronefs sans difficultés majeures au point que plus personne ne s'aperçoit de la fiction originale.

Section 3. — LES FICTIONS ÉLABORÉES EN VUE D'ÉCARTER L'APPLICATION D'UNE RÈGLE DE DROIT OU D'ÉTENDRE L'INTERPRÉTATION DE SES TERMES

13. Au cours du XVIII^e^ siècles et au début du XIX^e^ siècle, le blocus était une mesure de guerre couramment utilisée par les puissances maritimes ;

(11) Voyez en cette matière Bin CHENG, *Analogies and Fictions in Air and Space Law*, dans *Current Legal Problems*, 1968, pp. 137-158.

elle consistait à cerner un port ou une portion de côte au moyen de forces navales permanentes de façon à empêcher toute communication avec l'extérieur par voie maritime. Ce blocus était effectué en croisant devant la portion de côte bloquée (blocus par croisière).

Or une pratique s'établit dite blocus de cabinet ou blocus sur papier ou encore blocus fictif : les puissances se contentaient de notifier le blocus sans l'assurer effectivement.

Cet abus fit l'objet de vives critiques et la déclaration du 16 avril 1856 y mit fin en proclamant en son article 4 que :

> «... les blocus pour être obligatoires doivent être effectifs, c'est-à-dire maintenus par une force suffisante pour interdire réellement l'accès du littoral ennemi (12).»

Le but recherché par la fiction, pour l'application de la règle, était en fait de se dispenser d'une condition indispensable à l'application de la règle.

14. La pratique des organisations internationales aboutit fréquemment à des résultats de ce genre.

Sous la S.D.N. l'unanimité était de règle dans les décisions de l'Assemblée et du Conseil. En effet, selon l'article 5, paragraphe 1 du Pacte :

> «Sauf disposition expressément contraire du présent Pacte ou des clauses du présent Traité, les décisions de l'Assemblée ou du Conseil sont prises à l'unanimité des membres de la Société représentés à la réunion.»

En vue d'assouplir cette règle, la pratique s'est introduite de considérer les abstentions des membres comme ne faisant pas obstacle à la réalisation de l'unanimité. Cette pratique aboutissait, en fait, à écarter l'application d'une règle, stricte sans doute, par le moyen d'une unanimité fictive.

On sait que le même procédé a été employé à l'O.N.U. pour les abstentions au Conseil de Sécurité alors que le texte de la Charte est formel :

> *Art. 27, paragraphe 3* :
>
> «Les décisions du Conseil de Sécurité sur toutes autres questions sont prises par un vote affirmatif de neuf de ses membres dans lequel sont comprises les voix de tous les membres permanents ...»

(12) Sur cette question voyez Albert GHOZLAND, *La fiction en droit international*, Faculté de droit de l'Université de Paris, Thèse pour le doctorat, Paris, L.G.D.J., 1921, pp. 55 et ss.

En aucun cas une abstention ne peut être assimilée à un vote affirmatif. La pratique est donc *contra legem*. Elle est néanmoins acceptée sans objection ([13]).

15. Un autre exemple célèbre est fourni par la XIX[e] session de l'Assemblée Générale, où, en vertu de l'application de l'article 19 de la Charte, plusieurs États, y compris la France et les États socialistes, devaient, selon l'interprétation donnée aux faits par les États-Unis et leurs alliés, perdre automatiquement leur droit de vote à l'Assemblée Générale faute d'avoir payé leurs contributions au budget de l'O.N.U.

On sait comment s'est développée alors au cours de la session une procédure de substitution au vote — afin d'éviter que le problème ne se pose — celle du *consensus* par laquelle des décisions pourraient être prises sans vote s'il n'y avait pas d'objection. La fiction atteignit son point culminant le 18 février 1965 lorsque un vote de procédure fut rendu obligatoire par l'Albanie sur le point de savoir si l'Assemblée devait ou non poursuivre ses travaux sans vote. Les États-Unis firent alors savoir qu'ils ne considéreraient pas ce vote comme mettant en jeu l'application de l'article 19 de la Charte. L'Assemblée votait qu'elle continuait à ne pas voter et ce vote n'était pas un vote ! En réalité, c'est l'application de l'article 19 qui était ainsi écartée ([14]).

16. Nous avons exposé ailleurs ([15]) comment, en arguant qu'un texte comporte des lacunes, les États peuvent écarter son application. Rappelons l'espèce :

En 1962 devant la Conférence Générale de l'Unesco, la question s'est posée de savoir si une décision portant sur le projet relatif au sauvetage des monuments de Nubie — qui comportait l'émission par l'organisation d'un emprunt — devait être prise à la majorité simple ou à la majorité des deux tiers.

Selon l'article IX, C, paragraphe 8, a) de l'acte constitutif de l'Unesco

> «... les décisions sont prises à la majorité simple, sauf dans les cas où les dispositions de la présente convention ou du règlement intérieur de la Conférence générale exigent une majorité des deux tiers.»

(13) Il en va autrement de l'*absence* ; on sait que sur ce point l'U.R.S.S. a estimé que les résolutions prises par le Conseil de Sécurité en son absence lors de la guerre de Corée étaient illégales.

(14) Pour plus de détails sur cette question voyez J. J. A. Salmon et P. F. Smets, «La crise financière et constitutionnelle de l'O.N.U. devant la XIX[e] session de l'Assemblée générale», *Socialisme*, n° 73, janvier 1966.

(15) *Quelques observations sur les lacunes du droit international public* dans *R.B.D.I.*, 1967, p. 450.

Or ni l'acte constitutif ni le règlement intérieur n'exigeaient pour l'adoption de la résolution en question la majorité des deux tiers. On aurait donc dû décider que la résolution en question devait être prise à la majorité simple. Toutefois, devant l'ampleur de l'engagement projeté, le représentant de la France au Comité juridique argumenta que les rédacteurs de l'acte constitutif et du règlement intérieur n'avaient jamais envisagé une opération semblable ; que l'on se trouvait devant un «vide juridique réglementaire» qui appelait l'application par analogie de l'article 18 de la Charte des Nations Unies, qui stipule que les décisions sur les questions importantes sont prises à la majorité des deux tiers.

Bien que l'acte constitutif de l'Unesco ne contînt aucune règle similaire à l'article 18 de la Charte des Nations Unies, cette thèse française du vide juridique emporta l'adhésion de la Conférence générale. Cette thèse n'était pourtant qu'une pure fiction. C'était un paravent aux fins politiques évidentes ; il visait à écarter une disposition patente de la Constitution de l'Unesco. La création d'une lacune, aussitôt complétée par une autre règle, permettait d'écarter l'application du droit, de créer une nouvelle règle.

17. Une autre forme de fiction consiste, en suivant rigoureusement les formes légales, à donner l'impression que la légalité est suivie alors qu'elle est violée dans son esprit. Un bon exemple réside sans doute dans l'entrée de seize États à l'O.N.U., les 13 et 14 décembre 1955, soit après une période de cinq ans pendant laquelle toute admission avait été bloquée.

Les États occidentaux faisant obstacle à l'admission de l'Albanie, la Bulgarie, la Hongrie, la Mongolie et la Roumanie. Dès lors, par mesure de rétorsion, l'U.R.S.S., au sein du Conseil, opposait son veto à l'admission des autres candidats (une douzaine). Par souci d'universalité, l'U.R.S.S. avait, à de multiples reprises, proposé d'admettre tous les candidats en bloc. Mais, consultée à propos de cette procédure, la Cour internationale de Justice insista sur le fait que chaque candidature devait être examinée séparément et que l'on ne pouvait subordonner un vote affirmatif pour l'admission d'un État à l'admission simultanée d'autres États (avis du 28 mai 1948).

Pourtant en dépit de votes séparés sur les candidatures, c'est l'admission en bloc de seize candidats qui eut lieu (la Mongolie et le Japon étant repoussés à plus tard) ([16]). Les formes étaient sauves, mais au fond le principe de l'admission en bloc avait triomphé. La fidélité à la lettre était de pure façade.

(16) *Voy. Revue des Nations Unies*, 4e année, nº 12, décembre 1965, pp. 11 à 35.

DEUXIÈME PARTIE

LES FICTIONS COMME REFLET DE L'IDÉOLOGIE

Section 1. — LES FICTIONS PROVENANT DU FAIT QUE LE DROIT INTERNATIONAL NE RÉGLEMENTE PAS LES CONSÉQUENCES QUE LES ÉTATS DOIVENT TIRER DU RÉEL. LA QUALIFICATION ERRONÉE EST UTILISÉE PAR LES ÉTATS DANS L'EXERCICE DE PRÉROGATIVES SOUVERAINES QUI LEUR PERMETTENT D'APPRÉCIER LE RÉEL, VOIRE DE LE REFUSER

18. On rejoint ici la théorie générale de la reconnaissance. Les États étant souverains, n'ont — du moins dans l'état actuel du droit international — aucune obligation de «reconnaître» certains faits, États ou situations. La reconnaissance est libre, ce qui permet aux États

— de refuser de reconnaître la réalité, la considérant comme inopposable ou

— de reconnaître l'irréel, le considérant comme existant.

19. *Refus de reconnaître la réalité.*

Les exemples foisonnent en ce qui concerne les États *tout d'abord* : Israël n'est pas reconnu par les États arabes. La République démocratique allemande, la République démocratique de Corée, la République démocratique du Vietnam n'étaient pas, jusqu'à tout récemment, reconnus par les États occidentaux et leurs alliés dans le tiers monde. Certains États se refusent encore à reconnaître le Bangla-Desh. Dans ce cas, ils traiteront l'État en question *d'entité*.

Pour ce qui est des *gouvernements*, l'exemple célèbre est celui de la République populaire de Chine que les Occidentaux et leurs alliés ont mis plus de vingt ans à reconnaître, battant en cela le record imposé au gouvernement soviétique de l'U.R.S.S. pour sortir du même ghetto.

De même encore pour des *situations* : l'existence de la frontière Oder-Neisse, etc.

Certes, dans tous ces exemples, on pourrait soutenir qu'il est difficile de déterminer ce qui est la *réalité* puisqu'il s'agit d'apprécier moins l'existence d'une situation de fait qu'une situation de droit : existence d'un «État», d'un «gouvernement», d'une «frontière». La différence est cependant moins grande qu'il y paraît dans la mesure où ces concepts faisant

l'objet de définitions, il est possible de déterminer quand la situation répond aux conditions spécifiées dans la définition. D'ailleurs, en ces matières, l'effectivité est un phénomène objectif. L'existence de la République démocratique allemande ou de la République démocratique de Corée ou encore du gouvernement de Mao sur la Chine continentale sont des faits qui ne font l'objet d'aucune contestation.

20. *Reconnaissance de l'irréel.*

Le phénomène est encore plus frappant lorsque l'on voit des États considérer comme existant ce qui ne l'est pas, ne l'est plus ou ne l'est pas encore.

Ici encore, il ne manque pas d'exemples de maintien de reconnaissance à des régimes déchus (certains États ont maintenu la reconnaissance des États baltes jusqu'aux années 1960), à leurs diplomates, aux traités signés par eux, etc.

La prétention du gouvernement de Tchang Kaï-Chek de représenter aux Nations Unies la Chine continentale, prétention soutenue par les Occidentaux et leurs alliés, fut un défi au réel, un scandale qui ne devait prendre fin qu'en 1971, vingt-deux ans après la prise effective du pouvoir par Mao Tsé-toung sur l'ensemble du continent chinois.

21. Parmi les exemples classiques de fictions de ce genre, on citera l'État de la Cité du Vatican et l'État indépendant du Congo (1885-1908).

L'État de la Cité du Vatican.

On sait qu'à partir de 1870 et de la conquête des États pontificaux par l'Italie, le souverain pontife perdit tout pouvoir temporel, la loi des garanties du 13 mai 1871 se bornant à lui reconnaître divers privilèges.

Les accords de Latran du 11 février 1929 devaient remettre en cause ce statut en créant l'État de la Cité du Vatican. La doctrine est quasi unanime à n'y voir qu'une fiction, faute de déceler dans les faits les conditions spécifiques de la définition d'un État : le territoire est purement nominal (44 ha) ; la population se limite à quelque 500 personnes qui acquièrent la nationalité *ratione muneris*. L'ordre juridique italien est très largement applicable dans la Cité, tant sur le plan législatif qu'exécutif.

On peut discuter de l'intérêt et de l'opportunité qu'il y avait à se réfugier dans cette fiction, de l'obsession de la notion de territoire pour faire échapper le souverain pontife à toute souveraineté nationale alors que d'autres notions eussent été sans doute plus appropriées : la notion

d'organisation internationale par exemple. Il n'en demeure pas moins que l'État italien et de nombreux États tiers tiennent la Cité du Vatican pour un État.

22. *L'État indépendant du Congo (1885-1908).*

Les faits sont connus. L'association internationale du Congo avait été créée en 1884 par Léopold II, roi des Belges, pour gérer les territoires découverts au Congo ; elle obtint, au cours de l'année 1884 et pendant la Conférence internationale qui devait se clore par l'Acte général de Berlin du 26 février 1885, le droit de créer un État indépendant du Congo, ouvert au commerce de tous les États et neutre.

La première fiction, celle de l'internationalisation disparut rapidement lorsque celui qui avait tout organisé dans la coulisse apparut au grand jour — c'était d'ailleurs un secret de Polichinelle — comme chef de ce nouvel État. Léopold II obtint par une résolution des Chambres des 28 et 30 avril 1885 l'autorisation à titre personnel d'être le chef du nouvel État du Congo.

La seconde fiction, celle de l'indépendance du Congo, devait devenir rapidement patente.

Le premier Ministre Beernaert déclarait devant la Chambre :

> «Le pays n'a pas à redouter les charges militaires et financières qu'entraîne d'ordinaire un établissement colonial. Il ne s'agit pas d'arborer le drapeau belge en Afrique. C'est un État indépendant qui se forme et le Roi entend régir la Colonie internationale dont il sera le chef avec des ressources et au moyen de forces qui seront exclusivement propres au nouvel État (17).»

Il déclarait encore le 28 avril :

> «... une union personnelle, laisse les deux États absolument distincts, absolument indépendants ; ils n'ont rien de commun entre eux ni au point de vue militaire, ni au point de vue financier, ni au point de vue diplomatique (18).»

Comme on le voit, le caractère colonial de l'entreprise était dévoilé sans fausse honte et la seule chose devant laquelle la Belgique reculait c'était d'être titulaire de cette colonie, non par quelque sentiment moral qui n'avait guère cours à l'époque, mais par esprit de clocher et ladrerie.

(17) Cité par le baron Pierre VAN ZUYLEN, *L'échiquier congolais ou le secret du Roi*, Dessart, Bruxelles, 1959, p. 132.

(18) *Ibidem*, p. 133.

Progressivement la mentalité du pays allait évoluer, mais en attendant ce furent des Belges qui se chargèrent de l'administration de la colonie dont le gouvernement central était à Bruxelles, où, comme le rappelle Ghozland, dans certains ministères on pouvait lire à la porte des bureaux «Sonnez deux coups pour le Congo» (19). Le capitalisme belge ne laissa pas s'échapper cette magnifique occasion ; en 1889 le Roi Léopold II fit connaître que par testament il laissait le Congo à la Belgique ; en 1893 la constitution belge fut revisée pour permettre à la Belgique l'acquisition de colonies. En 1908, le Parlement belge accepta de procéder à l'annexion de la colonie. C'était l'abandon définitif de la fiction. Le caractère colonial belge du territoire était reconnu officiellement.

23. La qualité d'État reconnue implicitement à la Biélorussie et à l'Ukraine par la Charte des Nations Unies et les autres conventions créatrices d'institutions spécialisées qui ont admis ces deux États comme membres est encore une fiction. C'est une fiction en ce sens que s'il s'agit bien d'États fédérés de l'U.R.S.S. possédant des compétences internationales en vertu même de la constitution de l'U.R.S.S., il ne s'agit pas d'États indépendants. Ce que l'on a voulu réaliser à l'époque, sans l'avouer, c'était donner un vote plural à l'U.R.S.S.

24. Comme États fictifs, la doctrine cite aussi fréquemment le Mandchoukouo (1931-1945), la Slovaquie (1940-1945) et les Philippines (1943-1945) qui furent créés par le Japon ou le III[e] Reich au détriment d'États indépendants (la Chine et la Tchécoslovaquie) ou de territoires coloniaux dépendant des États-Unis. On se réfère alors à cette absence particulière d'effectivité qu'est l'absence d'autonomie réelle.

Par un raisonnement analogue, les États socialistes et une partie des États du tiers monde ont pu considérer comme purement fictif l'État du Sud-Vietnam, créé artificiellement par la France et qui n'a vécu ensuite que grâce à l'appui des États-Unis. On touche d'ailleurs ici au problème soulevé par les conséquences qu'il convient de tirer du réel lorsque celui-ci est le résultat d'une illégalité.

25. En droit international, le refus d'admettre les conséquences de la réalité ou de l'effectivité d'une situation peut s'expliquer par le *caractère*

(19) Albert GHOZLAND, *La fiction en droit international*, Fac. de droit de l'université de Paris, Thèse pour le doctorat, Paris, L.G.D.J., 1921, p. 92.

illégal de cette situation. Dans ce cas, refuser la réalité n'est pas l'effet d'une qualification arbitraire par les tiers, mais une obligation découlant du droit international : l'obligation de ne pas reconnaître une situation illégale.

Ainsi dans l'affaire du Katanga, le Conseil de sécurité dans sa résolution du 24 novembre 1961, déplorait «les activités sécessionnistes et l'action armée qui sont actuellement menées par l'administration provinciale du Katanga avec l'aide de ressources de l'extérieur et de mercenaires étrangers». Il rejetait entièrement l'allégation selon laquelle le Katanga serait «une nation souveraine indépendante». Toute autre attitude aurait été une reconnaissance prématurée, consistant en une intervention dans les affaires intérieures du Congo.

L'obligation des États membres de l'O.N.U. de ne pas reconnaître les situations de fait établies par la force a été de même rappelée encore récemment par le Conseil de sécurité dans diverses résolutions relatives aux conquêtes israéliennes pendant la guerre des six jours et en particulier à propos de l'occupation illégale de Jérusalem.

L'obligation de ne pas reconnaître les situations contraires au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes justifie de la même manière les décisions du Conseil de sécurité priant les États «de ne pas reconnaître le régime minoritaire raciste illégal de la Rhodésie du Sud» ou de reconnaître l'illégalité de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie.

C'est toujours sur base des principes qui précèdent que le maintien de la reconnaissance aux gouvernements en exil peut se justifier lorsque l'illégalité a procédé à leur départ (ainsi, l'occupation de leur pays par l'Allemagne pendant la seconde guerre mondiale).

Cette démarche est la mise en œuvre de la seule sanction (non-reconnaissance) possible dans l'état actuel du monde à défaut d'autres modes plus efficaces (économiques ou militaires) mais non réalisables, ou dont l'efficacité demeure limitée du fait de l'attitude des États qui devraient les appliquer.

26. Nous ne pensons pas qu'il faille confondre fiction et *impossibilité pratique d'appliquer un régime juridique déterminé à une situation donnée.*

C'est ainsi que, par sa résolution 2145 (XXI) du 27 octobre 1966, l'Assemblée générale de l'O.N.U. a décidé de révoquer le mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain et d'en confier l'administration à l'O.N.U., le territoire prenant le nom de Namibie. Le fait que l'Afrique du Sud ne s'est jusqu'à présent pas conformée à cette décision ne confère pas à cette dernière un caractère fictif.

27. Le cas du statut de Jérusalem cumule les deux effets précédemment examinés. Avant le coup de force israélien de 1967, la majorité des États membres de l'O.N.U. se refusaient à accepter l'état de fait de 1948 par lequel Jérusalem avait été occupé en partie par les Israéliens (la ville nouvelle) et en partie par les Jordaniens (la ville ancienne) en opposition avec le plan de partage de l'Assemblée générale de l'O.N.U. qui avait prévu un statut international (*corpus separatum*) pour la ville de Jérusalem et les lieux saints avoisinants, statut qui ne fut finalement jamais appliqué.

Voyez ainsi la déclaration de M. Harmel, ministre des Affaires étrangères de Belgique, le 27 janvier 1971 :

> «Je voudrais rappeler au Sénat que la Belgique demeure fidèle à la décision du 29 novembre 1947 de l'Assemblée générale des Nations Unies qui prévoyait un territoire international pour Jérusalem *corpus separatum* ... Dès lors les principaux pays occidentaux ... maintiennent à Jérusalem des consuls généraux.
>
> Respectant le principe du *corpus separatum,* l'*exequatur* n'est demandé ni aux Israéliens, ni aux Jordaniens ([20]).»

Section 2. — LES FICTIONS COMME CONSÉQUENCE DU FAIT QUE LES ÉTATS N'OSENT PAS DIRE LA VÉRITÉ, LA RECONNAÎTRE COMME TELLE. LA QUALIFICATION ERRONÉE EST UTILISÉE PAR COURTOISIE OU HYPOCRISIE POUR CACHER LE RÉEL

28. Le colonialisme et l'impérialisme ont utilisé avec une extraordinaire constance le procédé des fictions pour couvrir d'un manteau de respectabilité des entreprises de pure rapine. Seules les préoccupations humanistes réelles ou prétendues étaient mises en avant. L'action des puissances était présentée comme une «œuvre de civilisation pacifique dans l'intérêt général de l'humanité et du commerce international». Tout ce qui aurait pu révéler dans le vocabulaire juridique des appétits moins nobles se voyait voilé par diverses notions dont nous allons parler maintenant.

Il ne faudrait pas croire que nous faisons ainsi une critique facile *a posteriori.*

Des esprits éclairés, mais dont l'enseignement fut soigneusement refoulé par la doctrine bourgeoise et classique bien pensante, dénoncèrent en leur temps ces fictions. Ils nous facilitent aujourd'hui la tâche ([21]).

(20) Voyez notre chronique n° 681, *R.B.D.I.*, 1973, p. 266.

(21) En particulier : Albert DE POUVOURVILLE, *Les fictions internationales en Extrême-Orient*, dans *R.G.D.I.P.*, 1899, pp. 113-125 ; Louis GÉRARD, *Les cessions déguisées de territoires en droit international public*, Paris, Larose, 1904 ; J. PERRINJAQUET, *Des annexions déguisées de territoire*, dans *R.G.D.I.P.*, 1909, pp. 316-367.

29. *L'occupation des territoires sans maîtres.*

La doctrine traditionnelle expliquait que les États pouvaient acquérir la souveraineté d'une région ne se trouvant dans le domaine d'aucun État, pourvu que l'occupation en soit faite par une prise de possession effective dans l'intention de la soumettre à sa souveraineté. La région en question était appelée territoire *nullius*, ou *res nullius*, ou territoire sans maître.

On sait qu'en pratique furent considérés comme tels non seulement les territoires inhabités mais ceux qui avaient des civilisations différentes de la civilisation occidentale et n'avaient pas de puissance militaire, ou de puissance militaire suffisante pour lui résister, «Sans maître» signifiait à la limite «sans maître occidental». Seuls quelques États constitués solidement purent résister, comme la Chine, le Japon, la Perse ou le Siam.

A ceux qui voulaient soutenir que les peuples ainsi soumis avaient une souveraineté, on répondait ceci :

> «C'est une exagération que de parler d'une souveraineté des peuples sauvages ou demi-barbares. Il est en contradiction avec l'histoire que le droit international fasse dépendre de la cession de la souveraineté la validité d'une occupation. Un traité de cession ne peut se faire que par les États reconnaissant le droit international.
>
> Certainement une occupation de territoires habités par des sauvages aura souvent pour base des arrangements avec les chefs indigènes. On condamnera la violence à l'égard des peuples inférieurs. On ne pourra même dire strictement que ceux-ci sont en dehors de la communauté du droit des gens. Mais ils n'en sont pas membres. Le droit international ne connaît pas des droits des tribus indépendantes ([22]).»

C'est en refusant aux peuples le caractère d'État qu'on décidait arbitrairement que leur territoire était sans maître. Le racisme sous-jacent à ce prétendu humanisme n'est pas à souligner.

30. *L'occupation fictive.*

Dans leur enthousiasme humaniste et civilisateur, les puissances prirent l'habitude de déclarer occupés des territoires où ils ne maintenaient pas une occupation de fait. Ici le caractère fictif de l'occupation fut immédiatement dénoncé entre concurrents, et le procédé fut condamné par

(22) Rapport de M. De Martitz à l'Institut de droit international sur la théorie de la conférence de Berlin de 1885 sur l'occupation des territoires, *Annuaire de l'Institut*, Édition abrégée, t. II, p. 433.

le chapitre IV de l'acte général de la Conférence de Berlin du 26 février 1885 qui s'emploie à y mettre fin en exigeant la notification aux tiers des occupations et protectorats (art. 34), et «l'existence d'une autorité suffisante pour faire respecter les droits acquis, et le cas échéant la liberté du commerce et du transit» dans les territoires occupés (art. 35).

31. *Le protectorat international.*

Le *Dictionnaire de la terminologie du droit international* donne du protectorat international la définition suivante :

> «Union de deux États, établie d'ordinaire par traité, dans laquelle l'État protégé, tout en conservant son caractère d'État, obtient de l'État protecteur l'engagement de le défendre contre certains dangers intérieurs ou extérieurs sans réciprocité, l'État protecteur exerçant certaines compétences, notamment d'ordre extérieur, appartenant jusque-là à l'État protégé, et assumant la responsabilité internationale correspondante.»

Dans la plupart des cas la réalité s'est présentée d'une manière moins noble et sans l'égalité que présuppose la notion. Comme l'écrivait Perrinjaquet :

> «... le protégé est généralement un État faible et désorganisé au point de vue militaire et financier, en proie à l'anarchie intérieure, tandis que le protecteur est un grand État militaire ; on voit combien le masque de protectorat est une vaine apparence, comment sous le voile d'une trompeuse association le protégé est de droit et de fait à la discrétion du protecteur ... ([23])»

Les protectorats français sur le Cambodge, l'Annam, Tahiti et Madagascar aboutirent à de véritables annexions coloniales, ceux sur la Tunisie et le Maroc ne laissèrent au Bey et au Sultan qu'une souveraineté nominale. Les protectorats japonais en Corée, et britannique sur le Transvaal débouchèrent aussi sur l'annexion.

Dans le système du protectorat, la qualité d'État n'est plus contestée au peuple qui en fait l'objet, mais on le force à accepter une «protection» tout en proclamant hautement qu'il en a pris l'initiative. Le consentement du protégé était purement fictif de même que le contenu de la relation qui relevait plus de la domination politique et de l'exploitation économique que de la protection. Il devait en découler de multiples difficultés dans l'application pratique du concept de représentation.

(23) *Op. cit.*, p. 324.

S'agissant de *pseudo-protectorats* ou *protectorats colonisés*, la situation était semblable même si les territoires qui en faisaient l'objet étaient moins développés politiquement au sens où l'entendaient les Occidentaux. Ils n'en étaient en effet pas moins imposés lorsqu'ils n'étaient pas viciés par la lésion. Ghozland en critique sévèrement l'usage :

> « Ainsi, parce qu'elles ne sont pas passées avec de véritables États ; parce qu'elles consacrent une cession complète des droits de souveraineté ; parce qu'elles ont pour but la translation de droits qui n'existent pas et même dont le cédant n'a point la notion ; parce qu'elles sont entachées de dol, d'erreur, de violence ou de lésion ; parce qu'elles sont signées par d'autres que ceux qui pourraient le faire légitimement, ces conventions ne sont pas de véritables traités de protectorat et en tant qu'accords contractuels n'ont aucune valeur juridique ([24]). »

Les colonies allemandes en Afrique, l'implantation de la France au Dahomey sont des exemples de ces méthodes.

32. *Les cessions d'administration ou de bail de territoire*. Ces deux vocables se référant à des contrats de droit privé anodins et familiers recouvrent en fait des situations où loin d'être préservée la souveraineté de l'État cédant est le plus souvent définitivement affectée. La doctrine du début du siècle a ainsi percé à jour le caractère fictif des cessions d'administration et les baux de territoire ([25]), ainsi les cessions d'administration par l'Empire ottoman sur le territoire de Bosnie-Herzégovine à l'Autriche (par le traité de Berlin du 21 avril 1879) et sur le territoire de Chypre à la Grande-Bretagne (par les conventions du 4 juin et du 1er juillet 1878).

Quant aux cessions à bail, leur caractère perpétuel ou quasi perpétuel (pour 99 ans et renouvelable) les apparentait à l'époque à des annexions déguisées. Tel était le cas des cessions à bail en Chine, en Afrique (bail réciproque entre la Grande-Bretagne et l'État indépendant du Congo), à Panama (zone du canal), à Cuba (Guantanamo), aux Philippines, etc.

Voici comment De Pouvourville analysait cette technique juridique, ce moyen diplomatique :

> « ... il ménage l'amour-propre de celui qu'on dépouille, qui n'a pas l'air de céder et qui, en droit, ne cède pas sa souveraineté, et l'amour-propre et la

(24) *Op. cit.*, p. 129. Explicitement pourtant cette opinion participe de la fiction paternaliste de l'absence de souveraineté de ces territoires.

(25) *Cf. supra*, note 21.

respectabilité de celui qui s'approprie, parce que son larcin se parfait à longue échéance ... ([26])»

Résumant tous les modes d'action qui précèdent, le même auteur concluait à leur caractère «d'hypocrisie parce que ne répondant pas à un besoin ou à un désir raisonnable de ceux qui s'en servent, ils sont tous du domaine de l'arbitraire et parce que les puissances qui en profitent tenant à conserver leur prestige de supériorité intellectuelle et civilisatrice, couvrent cet arbitraire de prétextes souvent spécieux et parfois visiblement mensongers» ([27]).

33. *Mandats — tutelles — territoires non autonomes.*

La situation ne s'est améliorée ni avec le S.D.N. ni avec l'O.N.U., au moins aux débuts de cette dernière.

Les *mandats* de la S.D.N., en dépit encore une fois d'une terminologie tirée du droit privé, n'avaient rien à voir avec cette institution qui suppose l'égalité juridique des partenaires. Les mandats prétendument octroyés par la S.D.N. à des mandataires avaient en fait été décidés par les alliés qui la placèrent devant le fait accompli. La «mission sacrée de civilisation» cachait mal le caractère de colonie déguisée des mandats A et B et le désir d'annexion des titulaires de mandat C (l'Afrique du Sud à l'égard du Sud-Ouest Africain). Pour ceux qui auraient pu se faire des illusions à cet égard il suffisait de constater que seuls les territoires appartenant aux États vaincus (Empire ottoman et Allemagne) furent mis sous mandat. Les colonies françaises, anglaises, belges ou hollandaises échappaient à la «mission sacrée de civilisation» et à la politique de la porte ouverte.

Par la notion de *tutelle*, les rédacteurs de la Charte cherchèrent une nouvelle étiquette pour les mandats, sans changer le contenu de la bouteille. La notion de représentation qui est la base de l'institution de droit privé est tout aussi inadéquate que celle de mandat. Le paternalisme, voire le racisme implicite de la notion correspondait sans doute mieux aux réalités sociologiques que la notion de la S.D.N.

Ici encore, pas question de mettre sous tutelle des colonies rebaptisées pudiquement «*territoires non autonomes*» par la Charte. En dépit de l'invite que comportait le texte de la Charte, aucun Etat administrant ne mit ne fût-ce qu'un seul tarritoire non autonome sous tutelle. Une des

(26) *Op. cit.*, p. 118.
(27) *Ibidem*, p. 116.

différences entre les deux régimes était le contrôle du Conseil de tutelle dont on ne voulait pas s'embarrasser. L'O.N.U. eut plutôt à lutter contre le phénomène inverse : l'assimilation des tutelles à des territoires non autonomes, notamment par les unions administratives.

En vue d'éviter tout danger de voir certaines colonies se diriger vers l'indépendance, on essaya de camoufler au maximum leur nature allogène en les baptisant territoires d'outre-mer (ainsi pour l'Algérie ou les colonies portugaises d'Afrique). Parler d'indépendance de ces territoires ou tout simplement s'en préoccuper était présenté comme une atteinte à l'intégrité territoriale de l'État administrant, une intervention dans ses affaires intérieures en vue de fomenter la sécession ou la guerre civile !

34. *L'intervention sollicitée, humanitaire ou fraternelle.*

Le domaine de l'intervention est privilégié en matière de fictions.

Officiellement, elle est le plus souvent «sollicitée» ce qui dispense l'intervenant de toute autre justification à l'égard des tiers ou de son opinion publique.

Voici ce qu'écrivait Gustave Rolin-Jacquemyns en 1876 à propos de l'intervention française de 1860 au Liban :

> «Seulement, soucieuse avant tout de sauver les apparences et les traditions, la diplomatie eut de nouveau recours, comme en 1856, à la fiction juridique de l'initiative du Sultan ! ([28])»

A propos de l'intervention britannique en Egypte en 1882 et d'autres interventions permanentes, Perrinjaquet déclarait :

> «Sous le prétexte de maintenir l'ordre dans un pays troublé par des désordres ou des révolutions intérieures, de protéger ses nationaux contre l'insécurité et de remédier à l'impuissance de l'autorité locale, on occupe le pays, on y rend la justice et on se substitue peu à peu à l'autorité territoriale en proclamant bien haut que l'on n'a aucune visée de conquête, que l'on exerce seulement une action passagère indispensable dans l'intérêt général de la civilisation et de l'humanité ([29])»

Cent ans plus tard, les mêmes fictions de l'intervention sollicitée seront utilisées pour la Hongrie ou pour le Vietnam.

(28) «Le droit international et la phase actuelle de la question d'Orient», *R.D.I.L.C.*, 1876, 326.

(29) *Op. cit.*, p. 332, voir aussi p. 339.

L'intervention sollicitée sera utilisée par les Belges en 1964 à Stanleyville : 54 otages blancs «sauvés des griffes des rebelles», bilan de l'opération : 2.000 Africains tués et fin de la rébellion. Par les États-Unis à Saint-Domingue : 500 Américains à sauver. De quoi ? Cela est resté un mystère. Pas même le prétexte des otages. En revanche tous les moyens seront utilisés : 30.000 marines pendant 3 mois et le bilan de l'opération est très satisfaisant : aucun danger que Juan Bosch, Caamaño ou autres constitutionnalistes conservent le pouvoir !

L'intervention «fraternelle» de l'U.R.S.S. et de certains autres pays du Pacte de Varsovie en Tchécoslovaquie n'a, comme on le sait, convaincu personne, à commencer par d'autres États ou partis communistes.

Section 3. — LES FICTIONS DÉCOULANT DES THÉORIES ÉTABLIES PAR LA DOCTRINE: LE FORMALISME JURIDIQUE. LA QUALIFICATION ERRONÉE EST UTILISÉE PAR SOUCI DE SYSTÉMATISATION, DE RATIONALISATION OU D'ORDONNANCEMENT, ELLE A POUR EFFET DE JUSTIFIER LE RÉEL EN VUE DE FAIRE TRIOMPHER DES INTÉRÊTS DE CLASSE

35. Il s'agit des fictions doctrinales et du formalisme juridique. La doctrine, qui participe à l'idéologie du système secrète aussi une série de fictions qui sont d'autant plus redoutables et font en fin de compte des ravages d'autant plus considérables dans les esprits que la doctrine se pare de toutes les vertus d'intellectualisme, d'esprit scientifique et d'objectivité. Elle soutient n'avoir rien à voir avec la politique et ne servir que le droit, alors que le droit qu'elle défend n'est que l'expression d'une politique conservatrice et que l'idéalisme et l'humanisme qu'elle proclame servent les seuls intérêts des puissances impérialistes.

36. Il en est ainsi tout d'abord de tous les concepts qui assimilent l'État à un pouvoir subordonné par rapport à un pouvoir ou un ordre mondial : les notions d'«État mondial» utilisées pour expliquer les organisations internationales ou l'état vers lequel tendrait le droit international, de «compétences» employées pour expliquer les pouvoirs des États. De même toutes les analogies tirées du droit constitutionnel interne — pouvoir «exécutif», «législatif», «judiciaire» etc. — sont de pures fictions, dans la mesure où le droit international n'a rien de commun avec un ordre interne elles ne font que dévoiler la philosophie de l'histoire de leurs auteurs.

37. Il en va de même pour toutes les théories de l'organisation internationale qui projettent sur la réalité un schéma fédéral. Ceci ne veut pas dire que toutes les notions du droit fédéral utilisées à l'occasion de l'explication de certains mécanismes du droit des organisations internationales soient malvenues, mais simplement qu'il ne faut pas aller au delà et qu'il convient de les utiliser avec prudence. La notion de «supranationalité» a ainsi fait un tort considérable au droit européen, une grande partie de la doctrine s'évertuant à pousser cette notion en avant en dépit non seulement des réalités, mais encore des textes des traités de Rome. Que dire du célèbre «dédoublement fonctionnel» ?

38. Le professeur Bourquin a critiqué de la manière suivante les plans tendant à donner à l'O.N.U. des compétences plus étendues et à l'assimiler à un super-État :

> «Dans les plans qui augmentent considérablement les pouvoirs de l'O.N.U. l'on oublie trop souvent qu'ils ne seraient pas attribués à une entité homogène, ne se souciant que des intérêts communs de la société internationale, mais à une association d'États, se laissant guider chacun principalement par des impératifs nationaux et s'efforçant d'utiliser au profit de sa propre politique les ressources que lui offre cette organisation. Juridiquement ce serait l'organisation elle-même qui verrait croître son autorité et, par conséquent, la communauté qu'elle représente. Mais ce n'est là qu'une fiction, car les pouvoirs de l'organisation étant exercés par des majorités, ces majorités et, au premier chef les Puissances autour desquelles elles se cristallisent, deviendraient en fait les principales bénéficiaires du changement. Dans notre monde si profondément divisé, cela marquerait la remise entre leurs mains d'une arme fort dangereuse qui pourrait mener l'organisation à sa perte au lieu de la renforcer (30).»

Le professeur Tunkin dénonce l'opération en des termes encore plus nets :

> «... dans les conditions présentes, les plans de création d'un État mondial, les appels à l'abolition de la souveraineté étatique reflètent objectivement les tendances des puissances impérialistes s'efforçant d'utiliser les organisations internationales dans leurs propres visées réactionnaires. Tout amoindrissement de l'importance de la souveraineté étatique dans la période présente ne fait que faciliter l'intervention des grandes puissances impérialistes dans les affaires intérieures des États plus faibles aux fins de

(30) *L'État souverain et l'organisation internationale, New York*, 1959, p. 32.

répressions des mouvements de libération, d'asservissement économique et politique des peuples (31).»

Dans le même sens le professeur Charles Chaumont relève que

«... les juristes qui appellent de leurs vœux le régime d'une autorité internationale douée de pouvoir exécutif, ou bien oublient les disparités qui rendent impossible un gouvernement mondial avant une date indéterminée et à coup sûr fort lointaine, ou bien sont prêts à accepter la dictature d'une grande puissance et d'un État étranger (32).»

39. La notion de «société» ou de «communauté» internationale suscite les mêmes réserves. Quel est cet être mythique sécrétant un droit universel et valable pour tous alors que la réalité de tous les jours révèle autant de diversités des courants et les profondes contradictions et oppositions de la soi-disant «société internationale» ?

C'est encore le professeur Chaumont qui écrit :

«Où trouver, dans les faits, la volonté d'une «communauté internationale» dont on ne saisit ni la nature ni les contours ? N'y a-t-il pas confusion entre intérêt et volonté ? Pour R. Aron (*Paix et Guerre entre les nations*, pp. 705 et ss.), la volonté de la communauté internationale n'existe que dans l'imagination de certains théoriciens (33).»

ou qui dénonce l'imposture de l'existence d'une société internationale dont le droit international serait l'expression et la réglementation :

«Des notions aussi générales et désincarnées que celles de solidarité et de coopération qui, sans doute, expriment une partie de la réalité, planent cependant si haut au-dessus d'elle quand elles sont affirmées dans l'abstrait et indépendamment des cas particuliers d'entente, qu'elles ne camouflent que très mal, devant l'analyse historique, la somme de violences, d'injustices et d'exploitations qui caractérise l'évolution de la «société internationale» (34).»

En nous invitant à réfléchir sur le droit international classique le professeur Chaumont montre que c'est toute l'œuvre de la doctrine qui s'avère être une accumulation de fictions. Le droit international classique est «la mise en forme de situations de prédominance des forts sur les faibles». Le formalisme juridique est

(31) *Droit international public, Problèmes théoriques*, Paris, Pedone, 1965, p. 152.
(32) Charles CHAUMONT, *Cours général de droit international public, op. cit.*, p. 366.
(33) *Ibidem*, p. 361.
(34) *Ibidem*, p. 34.

«l'état de droit international marqué par la primauté des apparences sur les réalités, la détermination des règles sans considération des conditions concrètes de leur apparition et de leur application, ainsi que de la structure des États et relations internationales en cause. Il est un mélange de cynisme et d'illusionnisme (...)

Le formalisme juridique peut aboutir à faire du droit une fin en soi, le droit pour le droit, en oubliant que le droit ne peut être détaché des réalités qu'il recouvre, sans pour autant se limiter à fournir la caution de ces réalités. C'est pour cela que le droit classique, injuste par ce qu'il recèle et justifie, est irréel par ce qu'il stabilise et par ce qu'il ignore (35).»

40. Lorsque l'on adopte — comme nous le faisons — la vision du professeur Chaumont, ce sont d'énormes pans du droit classique qui s'effondrent, colosse aux pieds d'argile. Bâti sur des fictions il ne résite pas à l'analyse des réalités.

Il en va ainsi en particulier de toutes les notions de droit international classique fondées sur les notions de liberté ou d'égalité.

Par exemple la liberté de contracter. Quelle est la liberté de contracter d'un État faible dominé économiquement ou militairement par un État puissant ? Bien mince si l'on en juge l'âpreté que les puissances occidentales et leurs alliés ont mise à la conférence de Vienne sur le droit des traités à faire triompher le principe que seul le cas de violence armée — à la différence de la violence économique — peut être une cause de nullité des traités.

Par exemple encore la liberté des mers. A qui profite la liberté des mers si ce n'est à ceux qui ont les moyens indispensables pour l'utiliser et l'exploiter, c'est-à-dire les puissants ou les forces capitalistes ? Le nouveau principe selon lequel le «fond des mers est le patrimoine commun de l'humanité» aboutira-t-il à autre chose qu'à son exploitation par les superpuissances et les sociétés multinationales ?

Le principe de l'égalité des États recouvre encore une série de fictions qu'avouent les traditionnelles expressions qu'«il y a une différence entre l'égalité de fait et l'égalité de droit» ou la boutade selon laquelle «tous les États sont juridiquement égaux mais certains sont plus égaux que les autres».

Toutes les règles juridiques plaçant sur un pied d'égalité juridique les pays développés et les pays en voie de développement, donnent en fait

(35) *Ibidem*, pp. 34 et 345.

l'avantage aux premiers sur les seconds. C'est ce qu'on a pu appeler une «réciprocité inégalitaire» car elle tourne toujours au profit des puissances industrielles.

Que dire encore sur l'imposture de «l'aide aux pays en voie de développement» ? Il est aujourd'hui amplement prouvé que l'aide cache en réalité des structures de domination, que quantitativement elle est moins importante que les revenus tirés du tiers monde par les pays développés, qu'elle est dirigée de façon à favoriser les pays développés et à maintenir sinon développer le sous-développement.

A la limite, c'est la «souveraineté» d'un grand nombre d'États ou leur «indépendance» qui devraient être mises en cause dans un système de relations internationales qui reste dominé par la domination et l'exploitation des faibles par les forts.

La responsabilité du juriste, praticien ou homme de science, dans l'utilisation du droit comme moyen de perpétuer la domination et l'exploitation, apparaît ainsi comme énorme. Entièrement inconsistante se révèle aussi la prétention traditionnelle du juriste à l'objectivité et à l'apolitisme.

Université Libre de Bruxelles.

PRÉSOMPTIONS ET FICTIONS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (*)

par M. WESER

Introduction

Bien que le but de cette conférence soit de dégager le sens et la portée de la présomption et de la fiction en droit international privé, je crois cependant utile de partir d'une hypothèse de travail en donnant une définition provisoire de chacune de ces notions et en examinant ensuite si elles subissent des modifications en droit international privé.

La présomption est définie par le Code Napoléon (art. 1349) comme étant «des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu». Monsieur Foriers nous a précisé que les présomptions sont des règles de droit qui déclarent prouver un fait qui n'est que probable (1).

Quant à la fiction, elle serait, d'après Henri Capitant, «un procédé de technique juridique consistant à supposer un fait ou une situation différente de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques» (2).

Monsieur Houin, dans son rapport à l'Association Henri Capitant (3), définit la fiction «comme un procédé de logique juridique destiné à rendre compte de certains effets de droit et fondé sur une méconnaissance volontaire de la réalité. Elle constitue le domaine où tout doit se passer comme si, mais à la différence de l'hypothèse scientifique qui repose sur une réalité probable, la fiction s'appuie sur une violation certaine de cette réalité».

En rapprochant la présomption et la fiction, M. Houin, précise que la présomption, qui consiste à tenir pour vrai ce qui n'est que probable «repose sur une généralisation de certains faits réels». «Toutefois», ajoute-t-il, «plus la généralisation est arbitraire, plus elle se rapproche de la fiction».

(*) Communication faite au C.N.R.L. le 6 novembre 1971.

(1) Cf. Pasquier, *Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*, 3e éd., nº 181, p. 166.

(2) H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, *s.vº* Fiction.

(3) 1948, p. 242.

«Mais ce qui distinguerait la fiction, c'est que volontairement et en connaissance de cause, elle se fonde sur une donnée fausse. Quelle est donc cette réalité méconnue ? S'agit-il d'une réalité extérieure au droit ou s'agit-il d'une réalité juridique ?

Pour des auteurs comme Gény, il n'y a de véritable fiction que dans la mesure où c'est le donné objectif, l'ordre naturel des choses qui est violé. Ainsi l'immobilisation de certains meubles viole la vérité scientifique ; la rétroactivité de la condition ou du partage viole le déroulement exact des faits, la vérité historique ; la personnalité morale viole le principe philosophique d'identité ; la théorie nominaliste de la monnaie viole la théorie économique.

Pour d'autres auteurs, comme Demogue, c'est au contraire la réalité juridique qui est méconnue. La fiction constitue un élargissement artificiel d'une règle technique habituellement reçue. Ainsi la personnalité morale n'est pas une fiction par rapport à la réalité physique de l'individu, mais par rapport à la notion juridique de personnalité des individus».

Cette seconde explication semble préférable pour M. Houin,

«car elle demeure sur le plan de la logique juridique. Toutefois, elle doit être combinée avec la première. En effet, toute extension d'un concept juridique à une situation voisine ne constitue pas une fiction ; il n'en est ainsi que lorsque le concept primitif reposait nécessairement sur des faits qui ne se retrouvent pas dans la situation à laquelle il est étendu ...».

Entre toutes les définitions de la présomption et la fiction que j'ai pu trouver, j'ai retenu celles que je viens de vous exposer parce qu'elles me paraissent bien s'adapter à la matière du droit international privé.

On le sait, le droit international privé contient deux matières principales : les conflits de lois et les conflits de juridictions.

Les conflits de lois sont étudiés depuis des siècles (4), par contre l'importance des conflits de juridictions n'a été reconnue et soulignée qu'assez récemment (5).

(4) BATIFFOL, *Droit international privé*, 5e éd., Paris, nos 15 et sq., 213 et sq. ; DALLOZ, *Encyclopédie de droit international privé*, *s.v°* Conflits de lois (principes généraux), nos 27 et sq., 82 et sq. ; NIBOYET, *Traité de droit international privé*, Sirey, Paris, 1949, T. III, nos 861 et sq.

(5) A. EHRENZWEIG, *La loi du Forum compétent, l'harmonie ultime des régles de conflits de lois et de conflits de juridictions*, dans *Liber Amicorum L. Frédéricq*, Gand, 1965, 395 et sq. ; NIBOYET, *Traité de droit international privé*, T. VI, n° 1715, p. 255.

PLAN

I. J'examinerai en matière de conflits de lois :
   a) les successions,
   b) le droit de prélèvement,
   c) la faillite,
   d) l'autonomie de la volonté,
   e) les qualifications.

II. Je signalerai certaines présomptions et fictions rencontrées en matière de conflits de juridictions.

III. Je terminerai avec la question importante de l'application du droit étranger.

*
* *

I. PRÉSOMPTIONS ET FICTIONS EN MATIÈRE DE CONFLITS DE LOIS

a) *Successions*

Le Code civil étant muet en ce qui concerne les successions en droit international privé, les jurisprudences française et belge ont consacré la règle existant depuis le XIV^e^ siècle *mobilia personam sequuntur, immobilia vero territorium*, soumettant ainsi la succession mobilière à la loi du domicile du défunt et la succession immobilière à la loi de la situation de l'immeuble.

Cette règle de droit international privé aboutit ainsi à un morcellement des successions internationales : les successions mobilières étant régies par une loi unique : celle du domicile du défunt, les successions immobilières par les lois de chacun des États où sont situés les immeubles successoraux.

Je m'arrêterai plus spécialement à la succession mobilière étant donné que cette règle est fondée sur la présence fictive des meubles au domicile du *de cujus* et qu'elle s'applique même à l'encontre de la situation réelle des meubles.

Autrement dit, lorsqu'un *de cujus* laisse des biens situés par exemple en Allemagne et en Italie, mais que son dernier domicile était au Luxembourg, le juge belge, comme le juge français, applique pour la dévolution de sa succession mobilière, qui se trouve, d'une part, en Allemagne, et

d'autre part, en Italie, une loi unique : *la loi luxembourgeoise, loi du dernier domicile du défunt.*

L'idée selon laquelle la compétence de la loi du domicile en matière de succession mobilière s'explique par la fiction de la concentration des meubles du défunt au lieu de son dernier domicile, remonte à Dumoulin.

Cette explication a d'ailleurs été reprise par de nombreux arrêts de la Cour de Cassation de France, notamment par l'arrêt Labedan du 19 juin 1939 (6).

Elle est cependant critiquée par la doctrine.

«L'inconvénient de cette explication», dit Monsieur Batiffol, «est de reposer sur une fiction, c'est-à-dire sur le néant. Si un défunt domicilié en France laisse des valeurs dans une banque suisse, les «réputer» situées en France pour leur appliquer la loi française est nier un fait ; si on veut leur appliquer la loi française, mieux vaut chercher pourquoi que de prétendre que ce qui n'est pas, est» (7).

Monsieur Batiffol préfère considérer que «la transmission du patrimoine héréditaire obéit à une loi unique parce qu'elle est tout entière la conséquence du fait juridique que constitue le décès».

Ce fait juridique étant localisé par le droit interne français (C.C., art. 110), et, par extension, par le droit international privé, au lieu d'ouverture de la succession, c'est-à-dire au domicile du défunt, il y aurait une justification pour appliquer à la succession mobilière la loi du dernier domicile du *de cujus*.

Il en est en effet ainsi lorsque le décès intervient au lieu du domicile du défunt, ou au moins, dans l'État où ce domicile est situé.

Mais qu'en est-il si le *de cujus* domicilié en France décède dans un accident d'avion au Brésil ?

M. Batiffol envisage également l'hypothèse dans laquelle le domicile du *de cujus* est distinct du lieu du décès, mais il considère que «le décès est envisagé moins dans sa réalité matérielle que dans sa signification juridique. Or, cette signification est la disparition de la personne et ce fait négatif se manifeste positivement dans ses conséquences civiles au domicile du défunt, ce domicile étant juridiquement le lieu où la personne doit pouvoir être atteinte» (8).

(6) D.P., 1939, I, 97 ; S., 1940, I, 49.
(7) *Droit International Privé*, 5e éd., T. II, p. 305, nº 637.
(8) *Droit International Privé*, 5e éd., T. II, p. 306, nº 637, note 5.

Cette solution, ne substitue-t-elle pas, dans une certaine mesure, une fiction à une autre ?

Si, avec Dumoulin et la jurisprudence française, on admet la présence fictive des meubles au lieu du domicile du défunt, n'en est-il pas de même lorsqu'on considère fictivement que le fait juridique du décès se produit au lieu du domicile ?

Il est vrai que cette dernière solution a l'avantage de correspondre à la réalité toutes les fois que le décès se produit dans l'État où le *de cujus* est domicilié et qu'elle ne s'en éloigne que lorsque le décès se produit dans un autre État.

Cependant le même raisonnement peut également s'appliquer à la présence des meubles au domicile du défunt, qui n'est pas nécessairement et toujours fictive.

Par conséquent, il me semble que quelle que soit la justification adoptée en matière de succession mobilière pour l'application de la loi du dernier domicile du *de cujus* : — présence des meubles ou le fait juridique du décès — cette justification peut mais ne doit pas nécessairement constituer une fiction (9).

b) *Droit de prélèvement.*

La question de l'exercice du droit de prélèvement est plus subtile et plus délicate.

En effet, la loi française et la loi belge du 14 juillet 1819 prévoient que le cohéritier français ou belge peut prélever, sur les biens situés en France ou en Belgique, ce dont il a été privé à l'étranger.

En d'autres termes, il semble que dans ce cas, la loi française ou belge fait régir une succession, qui normalement devrait être réglée par la loi étrangère, fictivement par la loi française ou belge, en vue d'aboutir au résultat que cette dernière aurait prévu si elle avait été applicable.

En effet, pour pouvoir prétendre à l'exercice du droit de prélèvement, le cohéritier exclu par la loi étrangère doit venir à la succession d'après la loi française ou belge (10).

Comme l'écrit le professeur Lagarde «pour calculer le prélèvement, on réunit fictivement en une seule masse l'ensemble des biens suc-

(9) Nous venons de le préciser, il n'y a pas de fiction si le domicile du défunt et le lieu de son décès coïncident.

(10) DALLOZ, *Répertoire de droit international*, *s.v°* Succession, n° 72.

cessoraux — qu'ils soient situés en France ou à l'étranger. Sur cette masse, on calcule la part de l'héritier (ou des héritiers) français d'après la loi successorale française. Le montant du prélèvement sera égal à la différence entre cette part ainsi calculée et la part effectivement accordée à l'héritier français par la loi étrangère» ([11]).

Bien que le droit de prélèvement, qui réunit ainsi fictivement dans une seule masse l'ensemble des biens successoraux, fut vivement critiqué, notamment par la doctrine française, il a été maintenu par l'article 2309 du récent projet de loi complétant le code civil français en matière de droit international privé ([12]), bien que dans une forme un peu atténuée.

Cette disposition prévoit en effet que «si un cohéritier a été désavantagé dans le partage des biens situés à l'étranger, en raison de sa seule qualité d'étranger, il peut prélever sur les biens situés en France une part équivalente à celle dont il a été ainsi privé».

L'opération de partage, prévue par l'article 2309 du projet de loi français complétant le Code Civil reste donc tout aussi fictive, mais elle est limitée au cas où l'héritier français «a été désavantagé en raison de sa seule qualité d'étranger».

c) *Faillite.*

Le droit luxembourgeois, comme le droit belge prévoit l'universalité de la faillite : la faillite ouverte en Belgique ou au Luxembourg porte sur tous les biens du failli où qu'ils se trouvent.

Étant donné que le Traité franco-belge du 8 juillet 1899 régit dans son article 8 la faillite ([13]) je préfère emprunter un exemple au droit luxembourgeois.

Ainsi supposons une faillite ouverte au Luxembourg, le failli possédant des biens dans ce pays et à l'étranger.

(11) DALLOZ, *Répertoire de Droit International*, *s.v°* Succession, 91.

(12) Cf. *Rev. crit. d.i.p.*, 1970, p. 841 et sq.

(13) A noter que l'entrée en vigueur le 1er février 1973 de la Convention communautaire concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale n'a pas abrogé cette disposition. En effet, en matière de faillite, une nouvelle convention communautaire a été élaborée, qui, au moment de la parution de cet article n'est pas encore entrée en vigueur. Voy. à ce sujet : WESER, *Convention communautaire concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ; complété par l'étude des droits internes et des traités bilatéraux des États contractants*, Bruxelles, C.I.D.C., 1974, n° 368 et sq.

Cette faillite au Luxembourg porte réellement sur des biens qui se trouvent sur le territoire luxembourgeois, mais il n'est pas certain qu'il en sera de même pour les biens sis à l'étranger.

En effet les pays qui, comme la France, pratiquent le système de la territorialité de la faillite déclareront la faillite du même débiteur, et ce, sans tenir compte de la faillite ouverte au Luxembourg.

Il va de soi que la faillite luxembourgeoise qui, étant universelle, englobe en principe les mêmes biens, ne pourrait sortir ses effets en France.

La masse luxembourgeoise ne comprendrait donc que fictivement les biens français parce qu'en réalité ceux-ci feraient partie de la masse française.

d) *Autonomie de la volonté.*

La matière du droit international privé où la présomption joue sans contestation un grand rôle est l'autonomie de la volonté.

Dans son arrêt d'«American Trading», du 5 décembre 1910, la Cour de Cassation de France énonce «que la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée ... ; que non seulement cette manifestation peut être expresse, mais qu'elle peut s'induire des faits et circonstances de la cause, ainsi que des termes du contrat» (14).

L'arrêt de la Cour de Cassation de France du 24 avril 1952 (15) réaffirme ce principe en approuvant la Cour d'Appel d'avoir recherché «l'intention présumée des parties quant à la localisation de leur contrat».

L'on sait que, ultérieurement, la jurisprudence française (16) s'est ralliée à la thèse de Monsieur Batiffol en décidant qu'il appartient «au juge de fond de rechercher d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants».

Mais cette localisation du contrat ne se fait-elle pas selon le procédé de la présomption ? En effet, le procédé de la présomption consiste à décider non sur la base d'une réalité établie, mais en se fondant sur une probabilité ou même sur une possibilité plus ou moins grande (17).

(14) *Rev. crit. d.i.p.*, 1911, 395, Clunet, 1912, 1156.
(15) *Rev. crit. d.i.p.*, 1952, 502, note Motulski.
(16) Cass. F 6 juillet 1959, Arrêt Renel. *Rev. crit. d.i.p.*, 1959, 708, note Batiffol.
(17) Marty et Raynaud, *Droit civil*, Sirey, 1956, t. I, p. 97.

N'en est-il pas de même lorsqu'en partant d'indices, donc de présomptions, le juge considère que le contrat présente par son économie le lien le plus étroit avec un pays donné ?

Le droit allemand va encore plus loin que le droit français, puisque, à défaut de volonté exprimée par les parties, il recherche le droit convenu par les parties, même sous la forme fictive, ce que l'on appelle la «volonté hypothétique» des parties (18).

e) *Qualification.*

La qualification *lege fori* est-elle une fiction ?

Qualifier *lege fori* signifie «classer la loi étrangère dans les catégories de la loi du for» (19).

Prenons comme exemple le mariage grec. La célébration religieuse est une condition de fond en Grèce et son absence rend le mariage nul.

La Cour de Cassation de France, dans son arrêt du 22 juin 1955 (20) déclare que «la question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond, devrait être tranchée par les juges français suivant les conceptions du droit français selon lesquelles le caractère religieux ou laïc du mariage est une question de forme» (21).

Lorsque le juge français considère que cette célébration religieuse n'est, selon la loi française, qu'une question de forme, ne range-t-il pas «fictivement» cette institution grecque dans une catégorie française qui n'est pas la sienne ?

Monsieur Rigaux a également souligné le caractère illusoire de la qualification *lege fori*. Peut-on aller plus loin et la considérer comme étant fictive ? (22).

(18) L'avant-projet de Convention communautaire relatif aux obligations contractuelles et non-contractuelles prévoit une hiérarchie de critères en matière d'autonomie de la volonté. Voir les articles 2, 3 et 4 de l'avant-projet (Cf. VANDER ELST, *L'unification des conflits de lois dans la C.E.E.*, dans *J.T.*, 1973, 250, 251 ; GIULIANO M., LAGARDE P., VAN SASSE VAN YSSELT T., *Rapport concernant l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles*, Document C.E.E. ronéotypé nº XIV/408/72 — F, 18 et sq.).

(19) BATIFFOL, *Droit International Privé*, 5e éd., nº 294.

(20) *Rev. crit. d.i.p.*, 1955, 723.

(21) BATIFFOL, *op. cit.*, nº 292.

(22) RIGAUX, *Droit International Privé*, Larcier, Bruxelles, 1968, nº 114.

La fiction est, d'après Dekkers ([23]) un procédé technique qui consiste à «placer par la pensée un fait, une chose ou une personne dans une catégorie «sciemment impropre» pour la faire bénéficier, par voie de conséquence, d'une solution propre à cette catégorie».

Dans le cas de la qualification *lege fori*, ce n'est pas un fait, une chose ou une personne qui est placée dans une catégorie impropre mais une institution juridique, ce toutefois toujours pour la faire bénéficier d'une solution propre à cette catégorie.

La différence modifie-t-elle les données du problème ?

En effet, ainsi qu'il a été dit, certains auteurs considèrent qu'il y a fiction lorsque «la réalité juridique» est méconnue. N'en est-il pas ainsi lorsque la qualification *lege fori* fait entièrement abstraction du véritable caractère d'une institution étrangère ?

II. Présomptions et fictions en matière de conflits de juridictions

1° *Articles 638 et 636 du Code judiciaire* ([24]).

Y a-t-il des présomptions et des fictions en matière de conflits de juridictions ?

L'article 54 de la loi belge du 25 mars 1876, devenu article 636 du Code judiciaire, en fournit un premier exemple. D'après cette disposition, en effet, le défendeur défaillant est censé décliner la compétence des *juridictions belges lorsque celle-ci est uniquement fondée sur le domicile* du demandeur en Belgique, c'est-à-dire sur l'article 53 de la loi belge du 25 mars 1876, devenu l'article 638 du Code Judiciaire.

Cette dernière disposition constituait à l'origine une mesure de rétorsion vis-à-vis de l'article 14 du Code civil français.

C'est sans doute pour cette raison que l'article 54 de la loi belge du 25 mars 1876, actuellement article 636 du Code judiciaire, permettait de décliner cette compétence exceptionnelle en cas de réciprocité, c'est-à-dire lorsque dans le pays étranger le défendeur belge pouvait en faire autant.

C'est dans le but de protéger le défendeur défaillant qu'a été conçu l'article 54 de la loi belge du 25 mars 1876, actuellement article 636 du Code judiciaire.

(23) Dekkers, *La fiction juridique*, Sirey, 1935, n° 137.

(24) Rappelons que les articles 638 et 636 du Code Judiciaire sont inversés ; Vander Elst, *Le Code judiciaire et les Conflits de Juridictions*, dans *J.T.*, 1970, p. 305.

Sans doute le législateur de 1876 ne voulait pas que les étrangers, même défaillants, soient soumis à la disposition exceptionnelle de l'article 53 de la loi belge du 25 mars 1876, lorsque dans leur pays le défendeur belge ne pouvait pas être attrait devant les tribunaux étrangers en vertu de dispositions similaires.

Si le défendeur défaillant est censé décliner la compétence des tribunaux belges, son déclinatoire n'est pas pour autant fondé, il est seulement recevable.

Quelle est, dans ces conditions, la nature de la règle édictée par l'article 54 de la loi belge du 25 mars 1876, actuellement article 636 du Code judiciaire ?

On peut considérer que conformément à l'article 1349 du Code Civil, c'est-à-dire l'article 636 du Code judiciaire, la loi tire d'un fait connu, qui est le défaut du défendeur, des conséquences juridiques d'un fait inconnu, qui est l'éventuel déclinatoire du défendeur ; on se trouverait donc en présence d'une présomption iuris et de iure.

En effet, d'après le texte, la preuve contraire, c'est-à-dire la preuve du fait que le défendeur défaillant ne décline pas la compétence des tribunaux belges, ne paraît pas admise.

En outre, cette preuve est-elle possible ?

Si le défendeur est défaillant, c'est qu'il fait défaut, par conséquent, il ne peut rien prouver. Si, par contre, il comparaît, même pour contester la compétence des tribunaux belges, il n'est plus défaillant.

On peut toutefois se demander si la présomption consacrée par l'article 636 du Code judiciaire, n'est pas à la limite de la fiction ?

Ne se fonde-t-elle pas volontairement et en connaissance de cause sur une donnée fausse, c'est-à-dire sur le déclinatoire non-existant du défendeur défaillant ?

Dans le domaine de la compétence, il échet encore de signaler l'article 3, alinéa 2 du Traité franco-belge, en vertu duquel :

«Tout industriel ou commerçant, toute société civile ou commerciale de l'un des deux pays, qui établit une succursale dans l'autre, est réputé faire élection de domicile, pour le jugement de toutes les contestations concernant les opérations de la succursale, au lieu où celle-ci a son siège».

Comme l'a écrit Niboyet, il ne s'agit pas ici d'une élection de domicile mais d'une compétence légale que le traité présume au lieu du lieu de la succursale.

Cette présomption est-elle *iuris tantum* ou *iuris et de iure* ?

Je ne crois pas que les tribunaux français ou belges aient jamais eu à se prononcer sur ce point.

2° *Article 18 de la Convention communautaire concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions* ([25]).

La Convention C.E.E. du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale prévoit dans son article 18 que :

> «Outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions de la présente Convention, le juge d'un État contractant devant lequel le défendeur comparait est compétent. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence ou s'il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l'article 16».

Il s'agit ici, me semble-t-il d'une présomption, tirée de la comparution volontaire du défendeur, présomption qui, cependant, n'existe pas lorsque le défendeur n'a comparu que pour contester la compétence du tribunal saisi ou, si d'après la Convention, il existe un tribunal exclusivement compétent.

Le caractère de présomption de la comparution volontaire apparaît d'une manière plus expresse dans le texte de l'article 3 de la Convention de La Haye sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels, conclue le 15 avril 1958 ([26]).

Celle-ci prévoit que si un défendeur comparaît devant un tribunal d'un des États contractants qui est incompétent, mais auquel sa propre loi permet de se reconnaître compétent, il sera censé avoir accepté la compétence de ce tribunal, à moins qu'il n'ait comparu soit pour contester cette compétence, soit pour sauvegarder des objets saisis, ou en danger d'être saisis, soit pour faire lever une saisie.

Cette présomption de prorogation volontaire tirée de la comparution du défendeur n'est d'ailleurs pas une règle spécifique du droit international privé. Elle existe dans la plupart des droits internes.

(25) WESER, *La Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions réalise-t-elle la libre circulation des jugements dans le Marché Commun*, dans *J.T.*, 1973, p. 230 et sq. ; WESER, *Convention communautaire concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions complété par l'étude des droits internes et des traités bilatéraux des États contractants*, Bruxelles, C.I.D.C. 1974.

(26) Selon l'état des signatures et ratifications des Conventions de La Haye du 15 février 1974, cette Convention a été signée par l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique et la Grèce.

3° *Autorité de la chose jugée des décisions étrangères.*

En droit interne entre les présomptions établies par le Code civil figure l'autorité que la loi attribue à la chose jugée (article 1350, 3°).

Cette présomption existe-t-elle dans les rapports internationaux ?

La réponse doit être nuancée, l'autorité de la chose jugée est reconnue aux décisions étrangères d'une part, même en dehors de tout traité, lorsqu'il s'agit de jugements intervenus en matière d'état et capacité, d'autre part lorsqu'il existe un traité qui la prévoit.

Ainsi en vertu de l'article 26 de la Convention communautaire concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions «les décisions rendues dans un État contractant sont reconnues dans les autres États contractants, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure ...».

Il en résulte que l'autorité de chose jugée d'une décision rendue dans un des États du Marché Commun peut être invoquée de plein droit, soit à titre principal, soit à titre incident ([27]) dans tous les États du Marché Commun ([28]).

Cette présomption d'autorité de chose jugée des décisions rendues dans les autres États de la C.E.E. n'est que *juris tantum*. Elle peut être renversée dans les cas prévus par l'article 27 de la Convention et qui ont trait principalement à l'ordre public de l'État requis et aux droits de la défense ([29]).

4° *Principe d'assimilation.*

Plus délicate est la question de savoir si le principe d'assimilation prévu par les articles 1 du Traité franco-belge du 8 juillet 1899 et du Traité néerlando-belge du 28 mars 1925 et l'article 2, 2° de la Convention C.E.E. constitue une fiction.

On pourrait le croire, puisque en vertu de ces dispositions, on assimile un étranger à un national, c'est-à-dire que l'on traite cet étranger «comme si» il était national.

Mais est-ce bien une fiction, puisqu'on lui applique en réalité les règles de compétence appliquables aux ressortissants de l'État co-contractant ?

(27) L'art. 26, al. 3 porte : «Si la reconnaissance est invoquée de façon incidente devant une juridiction d'un État contractant, celle-ci est compétente pour en connaître».

(28) Rappelons que cette Convention est entrée en vigueur dans les 6 pays du Marché Commun le 1er février 1973 ; cf. note 25, *supra*.

(29) Voy. WESER dans *J.T.*, 1973, p. 233.

L'expression du principe «d'assimilation» n'a d'ailleurs été employée que par la doctrine. Le texte de ces conventions ne prévoit que des règles de droit.

5° *Ordre public international.*

Une fiction édictée par un droit étranger est-elle contraire à l'ordre public international belge ? La réponse est différente selon le cas.

Ainsi, dans son arrêt du 28 janvier 1967, la Cour de Cassation de Belgique a décidé que «l'article 468 du livre III du Code civil congolais, qui consacre la fiction de la stabilité de valeur de la monnaie nationale, n'est pas contraire à l'ordre public belge. La Cour relève à juste titre que le droit belge consacre également dans l'article 1895 du Code civil, le principe du nominalisme monétaire» ([30]).

III. Le problème de l'application de la loi étrangère

C'est sans doute l'application de la loi étrangère dans divers pays qui permet le mieux de déterminer les palliers successifs entre présomption et fiction.

1° *La loi étrangère peut-elle être assimilée à un fait ?*

Il a souvent été allégué que le droit étranger est une question de fait, un élément de fait du procès. Cette théorie a des racines profondes, notamment dans le droit anglais, où le droit étranger est traité dans le procès comme un fait, c'est-à-dire qu'il doit être allégué et prouvé (pleaded and proved).

Le même point de vue a été adopté aux États-Unis par le Chief Justice Marshall et la Cour Suprême, déjà en 1804.

Mais même dans les pays continentaux comme la France et la Belgique, il a été longtemps considéré que le droit étranger constitue un fait.

Cette théorie serait erronée puisque le juge peut, s'il le veut, faire état de ses connaissances propres du droit étranger, ce qu'il ne peut pas faire lorsqu'il s'agit d'un fait ([31]).

En ce qui concerne l'allégation que le droit étranger est une question de fait, Mr. Zajtay écrit dans son article «L'application du droit étranger : science et fictions» ([32]) :

(30) *Rev. crit. Jur. B.*, 1970. II, p. 273.
(31) Vander Elst, *Répertoire pratique de droit belge, s.v.* conflits de lois, n° 223.
(32) *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1971, n° 1, p. 53.

«La fiction inhérente à cette formule est évidente. Lorsque le juge, conformément à la règle de conflit du for, applique un droit étranger, il l'appliquera à la place de la *lex fori*. De même, lorsqu'il écarte la loi étrangère normalement compétente, par exemple au titre de l'ordre public international, il applique à sa place la *lex fori*.

Par conséquent, si le droit étranger était véritablement un élément de fait du procès, il ne pourrait pas être appliqué à la place de la *lex fori*, ni être remplacé par celle-ci».

Le caractère «de fait» de la loi étrangère a fait naître une jurisprudence très particulière en Suisse. Jusqu'en 1966, le Tribunal Fédéral suisse refusait de contrôler l'interprétation du droit suisse «lorsque celui-ci était appliqué par les juges du fond à titre subsidiaire, c'est-à-dire à la place du droit étranger compétent dont le contenu n'avait pu être établi. Ce n'est que depuis son arrêt du 11 mai 1966, BGE 92, II, 111, 126 que le Tribunal fédéral a abandonné cette assimilation fictive de la loi suisse au droit étranger à la place duquel elle est appliquée» (33).

2º *Théorie italienne du «rinvio ricetizzio».*

Une fiction différente a été élaborée par le doctrine italienne. Il s'agit de la théorie du «*rinvio ricetizzio*» (34).

D'après cette théorie, le droit étranger qui ne possède pas une valeur juridique, ne l'acquiert que grâce au renvoi fait par la règle de conflit à la *lex fori*. Ce renvoi est *ricetizzio* parce qu'il «nationalise» le droit étranger.

Le juge italien n'applique donc jamais le droit étranger en tant que tel. Ce qu'il applique, ce sont des règles incorporées au système juridique du for.

Cette théorie, bien que fortement critiquée par la doctrine, a été réaffirmée par un récent arrêt de la Cour de Cassation italienne. D'après cet arrêt du 16 février 1966 (35), la règle italienne de conflit possède une force génératrice de droit : elle incorpore à l'ordre juridique interne des normes qui tiennent leur caractère de droit de l'ordre juridique du for.

Comme l'écrit Monsieur Zajtay : «Il est évident que la théorie du *rinvio ricetizzio* est fondée sur des fictions. Aucun ordre juridique ne peut incorporer les normes étrangères qui sont devenues applicables en vertu des règles de conflit du for : cela équivaudrait à l'absorption par chaque droit national de l'ensemble des systèmes juridiques du monde».

(33) ZAJTAY, *op. cit.*, p. 56.
(34) *Op. cit.*, p. 51.
(35) *Riv. dir. int.*, 1966, p. 408.

3° *Vocation de la loi française à régir tous les rapports de droit privé.*

En ce qui concerne la France, la doctrine récente rejette la théorie de «fait» de la loi étrangère. Elle considère la loi étrangère comme une règle de droit mais qui ne peut pas être traitée à tous égards de la même manière que la loi française.

En effet, selon l'arrêt Bisbal de la Cour de Cassation de France du 12 mai 1959 (Revue Critique d.i.p. 1960, p. 62, note Batiffol) on ne peut reprocher au juge du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère et de faire en ce cas appel à la loi interne française laquelle «a vocation à régir tous les rapports de droit privé».

Ainsi, l'arrêt Bisbal, a prononcé le divorce de deux Espagnols, alors qu'il est notoire que la loi espagnole applicable en vertu des règles françaises de conflit de lois ne connaît pas cette institution.

Cette vocation de la loi française a régir tous les rapports de droit privé est-elle une présomption ou une fiction ?

Pour répondre à cette question, il faut également tenir compte de l'arrêt Chemouny du 2 mars 1960 ([36]), qui admet que le juge français, sans en avoir l'obligation, a du moins la faculté d'appliquer d'office la loi étrangère compétente. S'il usait souvent de cette faculté, le juge français pourrait donc restreindre la vocation générale du droit français à régir tous les rapports de droit privé.

4° *Système allemand, identité présumée de deux droits étrangers.*

Le juge qui ignore le contenu de la loi étrangère qu'il sait cependant être applicable au litige qui lui est soumis, fait appel dans ce cas à une loi étrangère qu'il présume être identique ou similaire à celle qu'il devrait appliquer.

Ce système préconisé surtout par la doctrine allemande ([37]), fut consacré par quelques décisions allemandes.

(36) *Revue critique d.i.p.*, 1960, p. 97.

(37) KEGEL, *Internationales Privatrecht*, p. 166 ; RAAPE, *Internationales Privatrecht*, p. 123 ; DÖLLE, *Betrachtungen zum ausländischen internationalen und interzonalen Privatrecht im besetzten Deutschland*, dans *Festschrift Raape*, Hamburg, 1948, pp. 149, 153.

Ainsi dans son arrêt du 11 avril 1940, le Reichsgericht (RG 163 367) a appliqué, à la place de la loi belge, que le juge ignorait, la loi française, présumant que ces deux lois étaient identiques.

5° *Système américain présumant* :

5,1. — *La loi étrangère semblable à la «lex fori».*

Aux États-Unis, on considère que dans certains cas, le droit étranger inconnu peut être présumé semblable à la *lex fori*. Toutefois cette présomption n'est admise par les tribunaux américains que pour les pays étrangers qui ont le même système juridique de base que le for.

La présomption américaine joue donc essentiellement pour les États de l'Union, pour l'Angleterre et pour quelques autres pays ayant un système de droit voisin.

En outre, cette présomption n'est que juris tantum puisqu'elle peut être combattue par la preuve contraire.

Toutefois, certains États de l'Union ont été plus loin. Ils présument, et — cela paraît être le cas de New-York, — que le droit étranger est semblable au Common law du for et non à ses textes législatifs.

5,2. — *La théorie du «right and wrong».*

Une autre théorie, également basée sur la présomption et qui a été dans certains cas appliquée, aux États-Unis, est la suivante : les tribunaux américains ont déclaré pouvoir appliquer la *lex fori* sur la base de la présomption, en vertu de laquelle certains principes fondamentaux, notamment ceux du right and wrong, sont observés dans tous les pays.

6° *Présomption anglaise de la conformité du droit étranger au droit anglais.*

En Angleterre, lorsque le droit étranger compétent est inconnu, le juge anglais *présume toujours* qu'il est semblable au droit anglais. Cette présomption est beaucoup plus large que celle consacrée par les tribunaux américains, puisqu'elle n'est pas limitée à des systèmes similaires à celui du for, mais s'applique à tout droit étranger.

En outre, cette présomption paraît être iuris et de iure, parce qu'il ne semble pas que l'on puisse la combattre par la preuve contraire.

En d'autres termes le juge anglais présume, à titre général, la ressemblance de la règle étrangère inconnue et de celle du droit anglais, sans se préoccuper des fondements rationnels ou de la probabilité de cette ressemblance.

Cette présomption généralisée, qui, n'a d'ailleurs pas manqué de susciter certaines critiques même en Angleterre, est-elle encore une présomption ou déjà une fiction ?

7° *Système de droit comparé.*

Pour le cas où le juge ignore le contenu de la loi étrangère, d'autres systèmes ont encore été proposés, tel que l'application, à la place de la *lex fori*, d'une solution dite de droit comparé.

D'après celle-ci, lorsque le contenu de la loi étrangère applicable ne peut pas être établi, le juge doit procéder à des recherches historiques, culturelles, sociales et économiques de ce pays et des tiers pays appartenant à la même famille juridique.

Ces informations doivent lui permettre de se faire une opinion approximative de la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for.

Ce système fut rejeté par l'arrêt du Bundesgerichtshof du 24 novembre 1960 (NJW 1961, p. 410) qui a décidé qu'un droit qui n'existe que probablement, qui n'a pas été adopté par un autre ordre juridique et qui n'existe peut-être que dans les idées de l'une des parties, ne peut être appliqué, l'existence et le contenu d'un tel «droit» sont trop incertains pour pouvoir constituer la base d'une décision juridique.

*
* *

Conclusions

a) *En ce qui concerne le problème de l'application de la loi étrangère.*

Après les nombreuses présomptions et fictions rencontrées à propos de l'application de la loi étrangère, je voudrais en ajouter une dernière. Celle-ci étant le fruit de ma propre imagination, je vous l'expose avec un doute certain.

Je me demande si la plupart des problèmes soulevés par l'application de la loi étrangère ne sont pas dus à une présomption qui serait le contraire de l'adage admis en droit interne «nul n'est censé ignorer la loi».

En effet, en ce qui concerne le droit étranger, nul n'est censé le connaître, même pas le juge.

Peut-on dire en d'autres termes que le juge est censé ignorer le droit étranger et la jurisprudence étrangère ?

En effet «ne pas connaître» et «ignorer» paraissent synonymes.

S'il en est ainsi, si l'on peut considérer que le juge est censé ignorer la loi étrangère, et la jurisprudence étrangère, ne s'agit-il pas d'une présomption ?

Cette présomption serait *juris tantum* puisqu'elle peut être renversée par le juge qui fait appel à ses propres connaissances en ces matières.

Toute la théorie de l'application de la loi étrangère ne repose-t-elle pas sur cette présomption «juris tantum» ?

La preuve en est que plus les contrats internationaux entre juristes se multiplient, plus les juges ont la possibilité d'avoir une connaissance de la loi étrangère, plus cette présomption s'amenuise et plus on a tendance à considérer que l'application d'office de la loi étrangère est possible.

b) *En ce qui concerne les autres matières de droit international privé.*

Il a été possible de constater que les présomptions et les fictions existent également en droit international privé et ce, bien qu'il s'agisse ni d'un droit écrit ni d'un droit matériel.

Nous l'avons vu en matière de succession, de faillite, d'autonomie de la volonté, de conflits de juridictions et d'application de la loi étrangère, cette liste n'étant pas exhaustive, mais exemplative.

Ainsi j'aurais encore pu parler notamment de «l'incorporation» des sociétés qui, selon certains auteurs, constituent une fiction, des présomptions qui existent en matière de capacité en droit international allemand et italien.

Quant à la spécificité des présomptions et fictions en droit international privé, elle découle, je crois, des exemples que j'ai donnés.

Ceux-ci apporteront, j'espère, à la suite des observations que vous ferez, une modeste contribution à cette intéressante recherche à laquelle vous avez bien voulu m'associer.

Université Libre de Bruxelles.

FICTIONS ET PRÉSOMPTIONS EN DROIT FISCAL (*)

par J. E. KRINGS

I. Introduction

1. Il importe de faire, en guise d'introduction, deux observations d'ordre général.

Ainsi qu'il a déjà été dit au cours d'exposés antérieurs (1), le droit fiscal est un droit en état de dépendance vis à vis de la plupart des autres branches du droit. Il vient se greffer sur d'autres institutions préétablies ou préexistantes et doit en principe accepter celles-ci telles qu'elles sont. Ses institutions à lui n'ont de raison d'être qu'en relation avec d'autres institutions, et dans la mesure où celles-ci existent et subsistent. Il doit, au demeurant, veiller à ne pas les étouffer, les tuer ou les affaiblir par l'emprise qu'il exerce sur elles. Leur disparition ou leur affaiblissement implique nécessairement le sien.

Si les transactions commerciales et les activités industrielles diminuent ou s'arrêtent, la T.V.A. disparaît en même temps. Si le marché immobilier faiblit, les droits de mutations immobilières diminuent mathématiquement dans la même proportion. Une baisse des revenus implique simultanément une amputation des recettes fiscales directes. Ces lieux communs n'ont d'autre but que de mettre plus clairement en valeur le caractère de dépendance de l'impôt vis à vis de la matière imposable. Pourrait-il, dès lors, en être autrement sur le plan du droit ? N'est-ce pas une erreur de traiter un

(*) Communication faite au C.N.R.L. le 9 mai 1971.

(1) Voir notre rapport publié dans les *Cahiers de droit fiscal international*, 1965, t. I, pp. 59 à 74.

problème de droit fiscal en faisant abstraction des institutions de droit civil ou de droit commercial auquel il se superpose et dans lesquelles il s'intègre le plus souvent. C'est en cela que la théorie dite de l'autonomie du droit fiscal est critiquable. Cette théorie est inexacte dans la mesure où elle néglige d'étudier l'interaction qui existe nécessairement entre les règles qui régissent la matière imposable et celles qui déterminent l'impôt.

Faut-il souligner que c'est en cela que réside la difficulté du droit fiscal. Non seulement il exige une connaissance approfondie de ses règles propres, mais aussi de celles qui régissent les institutions auxquelles il s'applique.

Le droit fiscal comprend, néanmoins, des règles qui non seulement déterminent son application, qui sont, si l'on veut, des règles à caractère technique, mais aussi des règles qui exercent une influence directe sur les institutions auxquelles il s'applique. Prise en ce sens, mais en ce sens seulement, la théorie de l'autonomie du droit fiscal peut avoir quelque fondement. En d'autres termes le droit fiscal n'accepte pas toujours les institutions de droit civil ou de droit commercial, telles qu'elles sont réglées par la loi civile ou la loi commerciale. Il y déroge parfois, en ce sens qu'il supprime, sur le plan fiscal exclusivement, certains de leurs effets, ou, éventuellement, les modifie. Il convient de souligner que cette intervention du législateur fiscal n'est pas toujours dans le sens d'une aggravation de la charge fiscale. Il arrive qu'elle ait pour but d'en atténuer les effets.

C'est ici que s'insère la première partie de cet exposé. C'est en effet, le plus souvent par la voie de présomptions ou de fictions que se réalisent la plupart des dérogations fiscales aux règles civiles, commerciales, sociales voire même administratives. Nous verrons l'intérêt particulier que révèle ce procédé dans le domaine fiscal.

2. La deuxième observation a trait aux rapports de droit qui lient l'État créancier au contribuable, débiteur de l'impôt. En principe il appartient au créancier de prouver l'existence et le montant de la créance. Or, en matière fiscale, le créancier n'a que peu de moyens d'action adéquats pour fournir cette preuve. Aussi la loi impose-t-elle le plus souvent au débiteur de fournir au créancier les éléments dont celui-ci a besoin pour déterminer exactement la base et le montant imposable.

Mais le créancier a de bonnes raisons de se méfier de son débiteur. La sincérité de ce dernier n'est pas à toute épreuve et sa collaboration ne l'est pas non plus.

Aussi la loi vient-elle au secours de ce créancier «malheureux». Ses secours sont de deux ordres : des moyens de preuves spéciaux sont mis à sa disposition sous forme notamment de présomptions légales, généralement «iuris tantum», et de règles fiscales spéciales qui étendent l'application de la loi de manière à combler les lacunes dont le débiteur pourrait se servir pour échapper à cette application. C'est le deuxième aspect du problème qui sera examiné.

Telles sont les deux remarques préliminaires qui devaient être faites au départ de cet exposé. Elles montrent que les présomptions et les fictions sont intrinsèquement liées à la nature du droit fiscal et à sa mise en œuvre.

*
* *

II. Les présomptions «iuris et de iure», les fictions et les dérogations aux règles de droit commun

3. *Les droits d'enregistrement* offrent plusieurs exemples de dérogations au droit civil. En voici deux :

En matière de ventes d'immeubles, l'article 188 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe dispose que doit être considéré comme ayant acheté pour son propre compte et ne peut exciper de la qualité de mandataire ou de commissionnaire du vendeur, toute personne qui négocie la vente d'un immeuble, lorsqu'il est établi que, dès avant la réalisation de cette vente, elle a payé ou s'est engagée à payer au propriétaire le prix ou toute somme à provenir de la vente. L'intermédiaire est réputé avoir acquis l'immeuble à la date du paiement ou de l'engagement de payer.

Cette disposition a pour but d'éviter une fraude de la part des intermédiaires qui se portent acquéreur d'un bien, à un prix relativement bas, et le revendent ensuite à un prix beaucoup plus élevé. Le bénéfice serait d'autant plus important si sur le premier achat il n'avait pas été perçu de droits d'enregistrement.

L'intermédiaire ne peut en aucun cas prouver qu'il n'a agi qu'en cette qualité. L'administration ne doit donc ni prouver la fraude ni réfuter la défense du contribuable.

L'intermédiaire est présumé avoir été acquéreur, même si, en fait, tel n'a pas été la cas. La loi tient le fait pour vrai, pour autant que les conditions

qu'elle considère comme étant de nature à le rendre *vraisemblable*, soient remplies, à savoir que :

1. dès avant la réalisation de la vente, c.a.d. avant que l'acheteur pour lequel le commissionnaire agit, n'ait conclu l'achat,
2. le commissionnaire ait payé ou se soit engagé à payer au propriétaire le prix ou toute somme à provenir de la vente.

La loi érige ainsi en règle le fait qu'elle qualifie : dans certaines conditions le commissionnaire est considéré comme acquéreur et les droits d'enregistrement sont dus deux fois, la première dans son chef et la seconde dans le chef de son propre acheteur, sous réserve toutefois de l'application des dispositions de l'article 212, aux termes duquel le droit perçu sur la première vente est restitué au revendeur à concurrence des trois cinquièmes si la revente est constatée par un acte authentique passé dans les six mois de la date de la convention d'acquisition.

Il n'y a pas de dérogation à la règle générale qui assujettit la vente aux droits de mutation à titre onéreux. La loi assimile à une vente, une opération qui pourrait ne pas en être une sur le plan du droit civil. Elle supprime toute possibilité de contestation au sujet de la réalité du fait.

Pourquoi a-t-on recours à ce procédé de l'assimilation ? La loi aurait apparemment aussi pu décider que lorsque l'intermédiaire paye le prix ou s'engage à payer le prix au propriétaire, avant que la vente ne soit conclue avec l'acheteur, il devra payer sur l'opération qu'il a ainsi conclue avec le vendeur un droit analogue et égal à celui du droit de mutation à titre onéreux, sans faire appel à une qualification juridique déterminée.

Ce procédé «direct» présenterait l'inconvénient de créer une catégorie juridique distincte. Il faudrait, en ce cas, prévoir pour cette catégorie toute une série de règles appropriées, soit sous forme de renvoi, soit sous forme de détermination propre.

Le procédé de l'assimilation s'avère plus souple et plus simple. En assimilant l'opération de l'intermédiaire à celle de la vente, on rend applicable à cette opération toutes les règles prévues pour la vente. Le législateur ne s'expose pas au risque d'en oublier. Tout ce qui a trait à la vente est d'emblée applicable à l'opération conclue par l'intermédiaire.

L'assimilation peut être analysée soit comme une présomption iuris et de iure, soit comme une fiction. Il y a présomption dans la mesure où la loi considère comme vraisemblable que «l'intermédiaire» est en réalité un acheteur, et où la présomption tend à rétablir la vérité, la réalité. Mais le caractère irréfragable de la présomption a aussi pour effet d'assimiler un

véritable commissionnaire ou intermédiaire à un acheteur. Même s'il devait être établi que l'intermédiaire n'a pas acheté, encore devrait-il être considéré, en dépit de la réalité, comme acheteur. La fiction admet pour vrai ce qui en fait est inexact.

Présomption et fiction vont donc de pair. Chacune a son rôle propre. L'une n'exclut pas l'autre.

4. Aux termes de l'article 231 du Code des droits d'enregistrement, est considéré comme adjugé tout objet mobilier dont la mise en vente publique est suivie d'une offre faite publiquement ou rendue publique, quels que soient l'auteur de cette offre ou les modalités de la vente et qu'il y ait ou non adjudication.

Toutefois le droit n'est pas dû si l'officier public ou le fonctionnaire instrumentant proclame et acte au procès verbal, aussitôt après la réception ou la publication des offres, que l'objet mis en vente est «retiré».

L'opération de vente publique s'analyse en plusieurs opérations qui se succèdent dans le temps. Il y a, d'abord, la mise en vente de l'objet, l'offre de vente, sans détermination de prix. Vient, ensuite, l'offre d'achat, qui contient une proposition de prix. Ces deux opérations ne suffisent pas à elle seules, à réaliser la vente, puisqu'elles ne réalisent pas l'accord sur le prix, le vendeur n'ayant pas accepté l'offre du candidat acheteur. La vente ne sera donc parfaite que par l'acceptation de cette offre par le vendeur. Cette acceptation se réalise par l'adjudication.

Ce n'est qu'au moment de l'adjudication proprement dite que le vendeur peut déterminer quelle est l'offre la plus élevée. Jusqu'à ce moment le vendeur peut refuser l'offre et retirer l'objet de la vente.

En décidant que le droit est dû dès que la mise en vente publique est suivie d'une offre faite publiquement ou rendue publique, la loi déroge à ce mécanisme : elle considère comme parfaite une opération à laquelle fait défaut un élément essentiel, à savoir l'accord de volonté. En réalité elle présume que cet accord s'est réalisé et, à cet égard, elle laisse aux parties, la possibilité de faire la preuve de ce défaut d'accord : le vendeur doit expressément dire qu'il retire l'objet de la vente et qu'il n'adjuge pas au dernier prix. A défaut d'avoir rempli cette condition, le vendeur est présumé avoir accepté l'offre, encore qu'il ne l'ait pas dit expressément.

Un arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 1946 (²) décide, à ce sujet, qu'en considérant comme *adjugé*, ce qui ne peut vouloir dire que

(2) *Bull. et Pas.*, 1946, I, 472.

«comme vendu», tout objet mobilier dont la mise en vente publique a été suivie d'une offre faite publiquement, et ce, même en l'absence de toute adjudication, il apparaît que le législateur a entendu rompre, dans ce cas particulier, avec le principe, consacré par les lois de l'an VII et du 15 mai 1905, en vertu duquel l'exigibilité du droit proportionnel de vente est, nécessairement et toujours, subordonnée à la réalisation effective d'une mutation à titre onéreux.

On peut se demander si le législateur a entendu rompre avec le principe qu'il doit y avoir nécessairement et toujours une mutation à titre onéreux. Au sujet de la question précise qui nous occupe, le législateur n'écarte pas le principe que la cause de la débition du droit réside dans la vente, mais, dans un cas particulier, il considère que l'existence de cette vente est établie à l'aide d'une présomption qui, dans la mesure où les conditions prévues par la loi sont remplies, est irréfragable. La loi n'assimile donc pas une opération juridique impuissante par elle même à créer un effet juridique déterminé, à une autre opération juridique. Elle n'a d'autre portée que de prouver l'existence d'une opération juridique, au départ de faits qui sont susceptibles d'engendrer une telle situation.

L'article précité 231 contient encore une autre disposition. Il décide, en effet, que le bien est considéré comme adjugé ... quel que soit l'auteur de l'offre.

L'arrêt de la Cour de cassation, qui vient d'être rapporté, avait principalement trait à cet aspect de la question. La Cour a en effet décidé que le droit est dû, même si l'auteur de l'offre est un copropriétaire (licitant) ou le propriétaire. Ainsi que l'arrêt le souligne, la loi déroge expressément, *en ce cas*, au principe que le droit est dû sur la mutation à titre onéreux. Que l'offre soit faite par un copropriétaire ou qu'elle soit faite par le propriétaire, ni dans l'un ni dans l'autre cas, il ne peut y avoir mutation à titre onéreux. Indépendamment de l'existence ou de l'absence de l'acte d'adjudication, c'est donc, en ce cas, le principe même de la cause de la débition du droit qui est en jeu.

On a voulu expliquer cette règle en disant que le droit était dû non sur la vente, mais sur le fait matériel de l'adjudication (3).

Cette explication ne paraît pas pouvoir justifier l'ensemble de la disposition. Elle pourrait, certes, être admise, si effectivement l'offre faite par un copropriétaire ou par le propriétaire n'était imposable qu'après ad-

(3) WERDEFROY, *Algemene praktische rechtsverzameling : Registratierechten*, n° 1280.

judication. Mais la loi dispose expressément que cette offre justifie a elle seule l'application du droit. L'adjudication n'est donc pas nécessaire.

C'est, dès lors, par une véritable fiction qui, en ce qui concerne le propriétaire, va même à l'encontre du simple bon sens, que l'offre d'achat faite en dernier lieu est assimilée à une mutation à titre onéreux effective. Il en est de même lorsque l'offre est faite par un copropriétaire, encore que dans ce cas la dérogation porte principalement sur la règle que la licitation a un effet déclaratif et ne comporte pas de transfert de propriété.

La règle inscrite à l'article 231 comporte donc elle aussi, comme l'article 188 une présomption et une fiction.

5. Dans le domaine des *droits de succession* plusieurs cas méritent de retenir l'attention.

L'article 3 du Code des droits de succession dispose que pour l'application des dispositions de ce code le jugement d'envoi en possession provisoire ou définitive des biens d'un absent, ou, à défaut de jugement, le premier acte constatant la prise de possession, est assimilé au décès. Les droits sont donc perçus sur les biens de l'absent comme s'il était décédé. Si, ultérieurement, l'absent réapparaît, les droits déjà perçus seront restitués.

L'application de la règle de droit civil qui repose sur l'incertitude dans laquelle les héritiers se trouvent au sujet de l'existence de l'absent, aboutirait à priver l'État des droits de succession, alors que les héritiers sont entrés en possession des biens. Il convient d'ailleurs de souligner qu'en droit civil l'institution de l'absence a principalement pour objet de régler cette prise de possession des biens, ainsi que les droits et obligations des héritiers. Dès lors si les héritiers ont la jouissance des biens, pourquoi priver l'État de ce qui lui revient ? Mais il est vrai que les droits des héritiers sont limités, alors que l'État est d'emblée rempli de la totalité des siens.

La loi fiscale s'attache non à la situation de l'absent, mais à la prise de possession de ses biens par ceux qui se prétendent héritiers, *et qui agissent comme tels*. Loin de créer une fiction, la loi s'attache ici à la réalité : elle frappe la prise de possession. Il n'y a ni fiction ni présomption. On ne présume rien, on n'imagine rien de factice ou de fictif.

6. L'article 4, 1° du Code des droits de succession dispose que sont considérées comme legs, pour la perception des droits de succession, toutes dettes uniquement reconnues par testament.

Il est évident que cette disposition a pour but d'éviter la fraude commise par le défunt en vue de faire échapper le bénéficiaire à l'application des droits de succession.

Pour atteindre ce but, la loi dénature la disposition testamentaire : elle considère comme avantage ce que le défunt avait qualifié de dette. Cette dénaturation ne répond à aucune réalité. On admet généralement qu'elle n'a aucun effet sur le plan du droit civil : la dette pourra être reconnue comme telle, conformément aux dispositions du droit matériel qui lui est applicable (4). Il s'agit donc d'une fiction au sens propre du terme qui a une portée très précise sur le plan fiscal.

Il ne suffit pas, en effet, de rejeter la dette ainsi reconnue du passif, ce qui contribuerait seulement à augmenter l'actif imposable dans le chef des héritiers et légataires, mais il faut de surcroît imposer le montant considéré comme legs dans le chef du bénéficiaire, c.à.d. dans de nombreux cas sur la base d'un tarif plus élevé.

La fiction est donc, en ce cas, le seul moyen approprié pour atteindre le but recherché. Elle diffère, à cet égard, du procédé mis en œuvre par l'article 188 du Code des droits d'enregistrement qui a été étudié ci-dessus et qui, ainsi qu'il a été dit, pourrait aisément être remplacé par un procédé plus direct mais présentant des inconvénients sur le plan légistique.

7. Aux termes de l'article 5 du Code des droits de succession l'époux survivant auquel une convention de mariage non asujettie aux règles relatives aux donations, attribue, sous condition de survie, plus que la moitié de la communauté, est assimilé pour la perception des droits de succession et de mutation par décès à l'époux survivant qui, en l'absence d'une dérogation au partage égal de la communauté, recueille en tout ou en partie, la portion de l'autre époux, en vertu d'une donation ou d'une disposition testamentaire.

Si la règle de droit civil avait été applicable, il n'eût pas été possible de soumettre la part revenant ainsi à l'époux survivant à l'impôt successoral. En effet, en vertu de l'article 1525 du Code civil cette stipulation doit être considérée comme étant une convention de mariage et entre associés, qui n'est soumise ni quant au fond ni quant à la forme aux règles relatives aux donations.

(4) DONNAY, *Commentaire du Code des droits de succession*, T. I, n° 200, p. 112 — contra LECHARLIER, *Recueil Général de l'enregistrement et des domaines*, n° 17955.

Pour pouvoir assujettir l'époux bénéficiaire de cette convention de mariage à l'impôt successoral, il fallait donc soit modifier la règle de droit civil, soit déroger sur le plan du droit fiscal, aux effets civils de cette convention. Seule cette seconde branche de l'alternative pouvait entrer en ligne de compte.

Cette dérogation a été réalisée selon une méthode comparable à celle qui a été étudiée à l'occasion de l'examen de l'article 188 du Code des droits d'enregistrement : l'époux bénéficiaire est assimilé à l'époux qui, en l'absence d'une clause du contrat de mariage, recueille en tout ou en partie la portion de l'autre époux dans la communauté, en vertu *d'une donation ou d'une disposition testamentaire*.

Il ne s'agit pas d'une présomption. On ne présume pas que l'époux est donataire ou légataire. On assimile, et seulement sur le plan fiscal, la situation de cet époux à celle d'un donataire ou d'un légataire, en vue de déterminer les effets de la convention au regard de l'impôt des successions.

Il n'y a pas non plus de dénaturation de la convention, comme dans le cas prévu à l'article 4 du Code des droits de succession qui vient d'être examiné. On ne fait pas dire à la convention autre chose que ce qu'elle énonce. L'époux survivant obtient un avantage et il n'est pas contesté qu'il le recueille en vertu du contrat de mariage et que ce contrat de mariage ne constitue pas une libéralité, que ce soit entre vifs ou pour cause de mort.

La loi n'a d'autre portée que de disposer que l'avantage ainsi obtenu est soumis aux droits de successions, conformément aux règles qui sont applicables aux avantages entre époux par donation ou par testament.

8. L'article 6 du Code des droits de succesion répond aux mêmes préoccupations. Le mari survivant est réputé légataire de la portion des biens existant à la dissolution de la communauté, dont il profite par la renonciation des héritiers de la femme.

C'est, une fois de plus, le même procédé technique. En droit civil, la renonciation des héritiers de la femme à la communauté n'a pas pour effet de transmettre des droits au mari. La renonciation produisant des effets rétroactivement, le mari est considéré comme ayant toujours été propriétaire des biens communs.

Le droit fiscal s'écarte de cette règle et considère que grâce à la renonciation par les héritiers de la femme, à la part qui leur revient dans la communauté, le mari obtient un avantage patrimonial. Au regard du droit fiscal la renonciation n'a pas d'effet rétroactif. Au jour de la renonciation,

le mari devient propriétaire de la part qui revenait à son épouse. Il n'en était pas propriétaire.

En réalité, le droit civil consacre une fiction, à savoir l'effet rétroactif de la renonciation par les héritiers de la femme. Il n'est pas vrai de dire que le mari a toujours été propriétaire de la part qui revenait à la femme. Ce n'est que par une fiction de la loi civile qu'il est considéré comme ayant toujours eu cette part en pleine propriété.

En revanche, le droit fiscal écarte cette fiction et prend pour base de la perception, la réalité : le mari ne devient propriétaire que par la renonciation des héritiers de la femme.

La règle fiscale présente cependant une particularité : la part de la femme dans la communauté constitue un élément de sa succession. C'est à ce titre que ses héritiers y renoncent. En principe un héritier ne peut renoncer à une partie de la succession. La renonciation doit être pure et simple. Cette règle n'est pas applicable en tant qu'elle concerne la communauté. Lorsque les héritiers y renoncent, la part de la communauté cesse de faire partie de la succession et le droit civil en tire la conséquence, ainsi qu'il vient d'être dit, à savoir que le mari est considéré comme propriétaire de l'ensemble. Le droit fiscal s'écarte ici aussi de la règle civile et considère que la part de la femme continue à faire partie de sa succession et revient, à ce titre au mari. Au regard du droit fiscal il se produit une transmission de biens par décès. C'est cette transmission qui est soumise au droit de succession, au même titre que les autres avantages que le mari pourrait recueillir dans la succession de son épouse. Il y a d'ailleurs lieu d'additionner ces divers avantages et la part de la communauté, pour déterminer le tarif de l'impôt qui est progressif.

En disposant que, en ce cas, le mari est réputé légataire, la loi fiscale n'institue donc pas de fiction mais écarte une fiction de droit civil. Les mots «réputé légataire» constituent une qualification du mode de transmission. Cette qualification n'implique ni présomption ni fiction.

9. L'article 8 du Code des droits de succession dispose que sont considérés comme recueillis à titre de legs les sommes, rentes ou valeurs qu'une personne est appelée à recevoir à titre gratuit au décès du défunt en vertu d'un contrat renfermant à son profit une stipulation faite par le défunt ou par un tiers.

Le mécanisme de cette disposition est complexe.

Nous y retrouvons d'abord un système juridique comparable à celui que nous venons d'analyser dans les deux cas précédents. En droit civil la

stipulation pour autrui ne fait naître aucun lien de droit entre le stipulant et le bénéficiaire. Celui-ci ne reçoit rien qui provienne du patrimoine du stipulant.

C'est le promettant qui paye au bénéficiaire. L'accroissement patrimonial dans le chef du bénéficiaire ne provient donc pas du patrimoine du stipulant. On ne pourrait, dès lors, au décès de ce dernier, soumettre cet accroissement aux droits de succession.

Aussi la loi fiscale intervient-elle non pas pour déroger, sur le plan du droit fiscal, aux éléments du contrat civil, ceux-ci restant inchangés, mais pour assimiler l'avantage précité à un legs recueilli directement dans la succession du défunt.

Or, au décès du défunt le patrimoine de ce dernier reste intact. Certes, au cours de sa vie, le défunt a vraisemblablement payé des primes ou versé un capital au promettant. Il s'est donc appauvri à ce moment, mais le paiement a été fait au profit du promettant et non du bénéficiaire. La règle fiscale s'écarte donc de la réalité.

De plus, le bénéficiaire de la stipulation est présumé recevoir à titre gratuit, sauf preuve contraire. Il est, en effet, possible que le tiers ne recueille aucun avantage, mais obtienne seulement le paiement de ce qui lui est dû. Ce sera le cas lorsque le débiteur, ici de cujus par hypothèse, a fait assurer le montant d'une dette, de telle sorte qu'à son décès, le promettant paye le capital au créancier. En ce cas le créancier n'est évidemment pas imposé sur le montant qu'il recueille, mais le patrimoine du défunt augmente dans la même mesure, puisqu'une dette qui le grevait disparaît. La loi institue, toutefois, une présomption iuris tantum de libéralité, qui inverse la charge de la preuve, au profit de l'Administration : il appartient au créancier d'établir qu'il ne s'agit pas, dans son chef, d'une libéralité.

La portée des règles, qui viennent d'être examinées, a été étendue par l'A.R. du 18 avril 1967, pris en exécution des lois de pouvoirs spéciaux du 30 mars 1967. Non seulement la loi assimile à un accroissement patrimonial provenant du patrimoine du défunt, les sommes, rentes ou valeurs payées à l'occasion du décès, en vertu d'une stipulation faite par le défunt, mais aussi en vertu d'une stipulation faite par un tiers.

Lorsque la femme conclut avec une société d'assurances une assurance sur la vie dont le montant lui sera payé au décès de son mari, cet avantage est assimilé à un legs recueilli dans la succession du mari. De même lorsqu'une société conclut une assurance sur la vie, sur la tête d'un membre de

son personnel, le montant sera imposable dans le chef de la société au moment du décès de cette personne.

On a voulu combler ainsi une faille qui était apparue dans le système légal, étant donné que dans de nombreux cas la charge des primes était effectivement payée et supportée par le défunt, alors que celui-ci n'était pas partie au contrat. Il y avait, au sens propre du terme, fraude à la loi, car si le contrat avait été effectivement signé et conclu par le tiers, celui-ci n'était qu'un prête-nom pour le défunt. La preuve d'une telle combinaison était pratiquement impossible à fournir.

Cet examen de l'article 8 du Code des droits de succession montre que le droit fiscal avait à faire un choix : le tiers bénéficiaire recueille un avantage *à l'occasion* du décès. Or l'impôt frappe les transmissions de biens *par décès*, et dans le cas sous examen il n'y a pas, au sens propre du terme, transmission de biens par décès. Ce n'est ni le patrimoine du défunt, ni une partie de ce patrimoine qui est transmis au bénéficiaire. De plus, du point de vue économique, il n'y a appauvrissement du patrimoine du défunt, que dans la mesure où celui-ci a payé des primes. Il peut même arriver que l'ensemble des primes payées soit de loin inférieur au capital assuré.

Considéré du point de vue du débiteur du capital assuré, le paiement du capital ne constitue ni une libéralité ni une transmission pour cause de mort. Il ne peut donc y avoir matière à imposition, au titre des droits de succession.

Ce n'est donc qu'au prix d'une règle exorbitante du droit commun que le montant recueilli par le bénéficiaire peut être soumis à l'impôt successoral. C'est l'enrichissement réalisé *à l'occasion* du décès qui est soumis à l'impôt et non la transmission de biens par décès.

Cette règle peut s'expliquer soit par voie d'assimilation, c.à.d. que le paiement du capital par le débiteur est considéré comme une transmission de biens pour cause de mort, soit par voie d'extension du droit de succession à un cas qui ne devrait pas normalement y être soumis. Cette seconde explication paraît la plus simple et la plus convaincante.

La réalité est prise telle quelle. Elle n'est point déformée, dénaturée. La loi soumet le fait tel qu'il est à l'impôt des successions. Il n'y a donc ni présomption ni fiction.

10. Les articles 9, 10 et 11 du Code des droits de succession contiennent aussi des règles dérogatoires au droit commun. Leur portée diffère cependant de celle de l'article 8 qui vient d'être examiné.

Lorsqu'un bien a été acquis à titre onéreux pour l'usufruit par le défunt et pour la nue propriété par un tiers, ce bien est considéré au décès de l'usufruitier comme se trouvant en pleine propriété dans son patrimoine, et le tiers, qui par le décès obtient le bien en pleine propriété, par la réunion de l'usufruit et de la nue propriété, payera l'impôt successoral sur la valeur du bien en pleine propriété.

L'article 10 contient une disposition semblable, pour les biens qui ont fait l'objet d'un partage entre le défunt et ses coïndivisaires, à l'occasion duquel le défunt n'a obtenu que l'usufruit de ces biens alors que les coïndivisaires, qui obtiennent des biens en propriété au delà de leur part dans l'indivision, en deviennent nu-propriétaires. Au décès du défunt les biens sont censés se trouver en pleine propriété dans le patrimoine du défunt et les nu-propriétaires seront donc imposés sur la valeur totale.

Le cas prévu à l'article 11 est semblable aux précédents : le défunt a cédé un bien à titre onéreux soit en se réservant l'usufruit soit en obtenant l'usufruit d'un autre bien ou tout autre droit viager. Ces biens sont aussi censés se trouver à son décès en pleine propriété dans son patrimoine.

Dans ces trois cas, un bien dont le défunt n'avait plus ou n'a jamais eu que l'usufruit est considéré comme se trouvant en pleine propriété dans son patrimoine, et le nu-propriétaire est imposé sur la valeur du bien en pleine propriété.

A l'opposé de ce qui a été dit au sujet de la stipulation au profit d'un tiers, qui fait l'objet de l'article 8, il y a dans les cas prévus aux articles 9, 10 et 11, dénaturation de la situation de fait. Les biens sont considérés comme se trouvant en pleine propriété dans le patrimoine du défunt, alors qu'il n'y ont jamais été. La loi fait table rase de la situation de fait et lui substitue une autre situation qui ne répond en aucune manière à la réalité.

Cette dénaturation a pour but de parer à une possibilité de fraude. Il est possible qu'en fait, l'achat, voire le partage ou la vente, ait été réalisé au moyen des deniers du de cujus, mais que l'opération ait été conclue au nom du tiers, avec réserve d'usufruit au profit du de cujus, dans le but d'éviter la perception des droits de succession au décès de ce dernier.

La loi présume la fraude et pour y parer elle a recours à une fiction : le de cujus est considéré comme propriétaire des biens achetés, partagés ou cédés.

Cette mesure ne ferme cependant pas la porte au rétablissement de la situation réelle. Il appartient aux «bénéficiaires présumés» d'établir que l'opération telle qu'elle a été réalisée, correspondait à la réalité. Si cette preuve est faite, les droits de succession ne seront pas perçus.

Il y a donc une différence essentielle entre le cas qui fait l'objet de l'article 8 et les trois cas qui sont réglés par les articles 9, 10 et 11. L'article 8 tend à soumettre à l'impôt des successions une situation juridique qui ne devrait pas y être soumise. Il s'agit d'une extension de l'application des règles qui déterminent la débition de l'impôt. Il n'y a, à cet égard, ni fiction, ni présomption, mais seulement règle dérogatoire aux principes généraux qui gouvernent les droits de succession.

Dans les cas prévus aux articles 9, 10 et 11, il n'y a pas d'extension des règles générales ; l'impôt est rendu applicable parce que la situation réelle est dénaturée. La loi substitue à la réalité une autre situation qui elle rentre dans les prévisions d'application de la loi d'impôt.

Certes, on pourrait aussi soutenir que la loi présume que la situation, telle qu'elle résulte des actes d'achat, de partage ou de vente n'est pas conforme à la réalité et qu'elle a pour but de rétablir cette réalité. Cette présomption ne repose cependant sur aucun élément de fait. Elle a un caractère tout à fait général et impose aux parties au contrat, de prouver que l'acte apparent répond à la réalité, c.à.d. qu'il n'y a pas eu libéralité. Ceci revient à dire que l'acte ne constitue pas, à cet égard, une preuve en soi et qu'il appartient aux parties à l'acte de prouver qu'il correspond à la réalité. La présomption légale énerve donc la valeur probante de l'acte écrit, fût-il même authentique.

Cet exemple montre combien fiction et présomption sont proches l'une de l'autre. Le résultat obtenu dans l'un et l'autre cas est pratiquement le même : la situation telle qu'elle résulte de l'acte est écartée. Seul le procédé technique pour y parvenir est différent.

11. Examinons à présent les dispositions relatives à *la taxe sur la valeur ajoutée.*

L'article 8 de la loi du 3 juillet 1969 confère la qualité d'assujetti à celui qui habituellement construit ou fait construire des bâtiments en vue de les céder à titre onéreux, en tout ou en partie, soit avant leur érection, soit en cours d'exécution, soit une fois érigés. Tout bâtiment que cette personne a construit ou fait construire est censé avoir été érigé en vue d'être cédé à titre onéreux.

En ce cas, le constructeur peut déduire le montant d'impôt qu'il a payé à ses fournisseurs, du montant de l'impôt qui est payé par l'acheteur du bâtiment.

Cette déduction n'est cependant permise que pendant un délai limité. Pour qu'elle puisse avoir lieu la revente doit être réalisée au plus tard le 31

décembre de l'année qui suit celle pour laquelle a eu lieu le premier enrôlement au précompte immobilier.

A l'expiration de ce délai, le constructeur est censé prélever le bâtiment sur son avoir professionnel pour l'affecter à son patrimoine privé et il est débiteur de la T.V.A. sur la valeur vénale du bien. Il doit donc éventuellement payer un supplément d'impôt.

La loi établit ainsi une présomption *iuris et de iure* de transfert du bien de l'entreprise au patrimoine privé. Cette présomption est appliquée, même si elle ne répond pas à la réalité économique, notamment si le constructeur n'a pas été à même de revendre le bien, en raison de l'état du marché immobilier, et si, en fait, il n'y a pas eu de transfert au patrimoine privé.

Notons aussi qu'au regard du droit fiscal, l'unité de patrimoine est rompue, puisque la personne possède un patrimoine privé et un patrimoine professionnel, les biens pouvant passer de l'un à l'autre. En principe ce passage s'effectue lorsque le propriétaire affecte un bien à son entreprise ou l'en retire. C'est donc la volonté du propriétaire qui est, en principe, déterminante.

En l'espèce, c'est la loi qui décide, sans avoir égard à cette volonté ou à la réalité économique, qu'à l'expiration du délai qu'elle fixe, le bien est censé retiré à l'entreprise et transféré au patrimoine privé. Il y a donc dénaturation de la situation de fait, en vue d'étendre l'application de la loi fiscale.

12. L'article 13 de la loi précitée dispose, d'une part, que le commissionnaire à l'achat est réputé acheteur, et, qu'à l'égard de son commettant, il est réputé vendeur du bien qui a été acheté à son intervention et, d'autre part, que le commissionnaire à la vente est réputé vendeur, et, qu'à l'égard de son commettant il est réputé acheteur du bien qui a été vendu à son intervention.

La loi institue ainsi une présomption *iuris et de iure* qui s'écarte non seulement de la réalité juridique mais aussi de la réalité économique. Il est certain que le commissionnaire, acheteur ou vendeur, n'est ni acheteur ni vendeur.

Cette règle s'explique par le conflit qui oppose la loi commerciale à la loi fiscale. Au regard de la loi commerciale, le commissionnaire ne peut dévoiler le nom de son commettant, à celui avec qui il conclut le marché. Il doit donc établir la facture à son nom, soit comme vendeur, soit comme acheteur.

Or, au regard de la loi fiscale, chaque facturation doit donner lieu à la perception de la T.V.A.

Il faut donc nécessairement, pour ne pas rompre la chaîne, que le commissionnaire se comporte comme acheteur ou comme vendeur ferme. Au demeurant, en principe, cette intervention ne peut pas comporter d'aggravation de la charge fiscale, puisque celle-ci doit rester constante pour le même bien quel que soit le nombre de transactions dont il fait l'objet en cours de fabrication et de distribution.

La présomption n'a donc ici qu'un caractère strictement technique. Elle ne tend ni à une augmentation du montant de l'impôt, ni à combattre une fraude.

Peut-on à cet égard souligner la différence qui existe entre ce cas et celui qui a été examiné en matière de droits d'enregistrement : l'intermédiaire est considéré comme acheteur s'il est établi qu'il a payé le prix de vente ou pris l'engagement de le payer, avant que l'acheteur véritable n'ait lui-même conclu l'achat. En ce cas, en effet, deux droits d'enregistrement sont dus, ce qui porte l'impôt de 12,50% à 25%. Il y a donc une aggravation considérable de la charge fiscale. Le but de la disposition est toutefois de serrer la réalité juridique et économique de plus près et donc de combattre la fraude.

En matière de T.V.A. la règle appliquée au commissionnaire a seulement pour but de rendre le système cohérent, sans aucune présomption de fraude.

13. Nous en venons ainsi aux *impôts sur les revenus*.

On ne pourrait envisager de traiter ici tous les cas qui pourraient être considérés comme des présomptions irréfragables ou comme des fictions.

On examinera celles qui paraissent les plus caractéristiques.

Commençons par un cas très particulier : celui des fonds communs de placement : on sait que ces fonds ont fait l'objet d'une règlementation spéciale par la loi du 27 mars 1957.

Le système consiste, d'une part, à attirer la petite épargne vers les placements mobiliers, et, d'autre part, à faire bénéficier cette épargne des avantages que présente une gestion raisonnée, aux mains d'un organisme financier compétent.

Mais on aperçoit aussitôt les risques de l'opération si le revenu est perçu par cet organisme et taxé dans son chef d'abord et, une deuxième fois, au moment où il est attribué aux porteurs de certificats.

Juridiquement la solution serait admissible. Economiquement elle serait indéfendable.

Aussi la loi a-t-elle organisé un régime spécial qui évite cet écueil.

Pour le justifier on a un recours au procédé de «la transparence». L'organisme de gestion disparaît aux yeux de la loi fiscale, en manière telle que les revenus attribués aux porteurs de certificats ne subissent l'impôt qu'une seule fois.

Le porteur de certificats du fonds commun de placement est réputé être directement porteur des parts qui sont la propriété du fonds. Et pour réaliser pleinement les conséquences de cette fiction la loi permet au porteur soit de déduire à titre de précompte mobilier les précomptes qui ont été payés par le fonds, pour autant que soit mentionné le montant, *par catégorie*, des revenus attribués ou mis en paiement, soit de déduire un précompte fictif de 20 %.

Ce qu'il faut souligner tout particulièrement ici, c'est le caractère de cette fiction. Elle ne tend pas à étendre l'application de la loi fiscale, ni à aggraver la charge fiscale, mais à en restreindre la portée, pour la mettre en accord avec les nécessités et les réalités économiques.

14. Dans le même ordre d'idées, il faut ranger les règles adoptées en matière de fusion et de scission de sociétés et prévues à l'article 124 du Code des impôts sur les revenus.

La société absorbante est censée continuer la personne de la société absorbée. Le législateur a, partiellement au moins, consacré cette théorie à l'article 11 de la loi du 3 juillet 1969, instituant la T.V.A.

La société absorbante pourra ainsi bénéficier, en exemption temporaire d'impôt, des amortissements pratiqués sur les biens de la société apporteuse et il ne sera pas perçu d'impôts sur les plus values que l'opération de fusion aurait fait apparaître.

La théorie qui sert de base à cette règle et qui fait de la société absorbante l'héritière de la société absorbée a été à juste titre critiquée par le professeur Renauld (5).

Elle paraît superflue dans la mesure où l'on admet que la loi crée une fiction, telle qu'elle est formulée à l'article 11 de la loi du 3 juillet 1969 : n'est pas considérée comme une livraison la cession, sous forme d'apport en société ou autrement, d'une universalité de biens ou d'une branche

(5) RENAULD, *Revue Pratique des Sociétés*, 1967, p. 148.

d'activité, lorsque le cessionnaire à la qualité d'assujetti. En ce cas, le cessionnaire est *censé* continuer la personne du cédant.

Cette disposition consacre ainsi d'une manière expresse, ce qui avait déjà été admis par la loi du 20 novembre 1962 en matière d'impôts sur les revenus.

Or cette fiction fiscale correspond mieux aux nécessités de l'institution. Elle laisse les principes du droit civil et du droit commercial intacts et ne soulève pas de difficultés, notamment à l'égard des créanciers de la société absorbée.

Elle respecte la réalité économique et évite ainsi une charge fiscale importante, de nature à empêcher le processus de fusion.

15. Tel est aussi le cas de l'option accordée aux sociétés de personnes, entre le régime de l'impôt sur les sociétés et le régime de l'impôt des personnes physiques.

Lorsque ce second régime est adopté, les revenus de la société sont considérés comme des bénéfices ou profits dans le chef des associés ou membres de la société.

Que ces revenus soient distribués ou non, ils sont donc directement taxés dans le chef des associés.

Assez curieusement la société commerciale, dont on a dit à tort ou à raison qu'elle constitue une fiction juridique, s'efface, dans le but d'éviter la double imposition économique de ses revenus.

Et pour atteindre ce but, la loi fiscale crée une autre fiction, à savoir celle de l'attribution totale des bénéfices à tous les associés. Il est, en effet, possible qu'une part de ces bénéfices ne soit jamais distribuée et qu'elle soit même ultérieurement absorbée par les pertes que la société subirait dans les années suivantes. La loi l'admet, d'ailleurs, en disposant que ces bénéfices sont «considérés» comme des bénéfices réalisés dans le chef des associés, ce qui signifie bien qu'en fait ils ne le sont pas nécessairement.

Peut-on souligner, au passage, que la loi a eu recours à un autre système pour remédier à la double imposition économique, lorsque la société n'a pas ou n'a pas pu choisir pour l'imposition de ses bénéfices à l'impôt des personnes physiques. Elle prévoit, en ce cas, l'imputation d'un crédit d'impôt, sur l'impôt global dû par l'actionnaire.

Il s'agit moins d'une fiction, que d'une règle de technique fiscale.

16. Aux termes de l'article 122 C.I.R., lorsque la société dont l'avoir social est partagé par suite de dissolution ou de toute autre cause, a in-

corporé à son capital social des bénéfices autres que les bénéfices distribués ayant subi leur régime fiscal propre, cette incorporation n'est pas considérée comme constituant une libération effective du capital.

La loi fiscale s'écarte ici de la réalité économique. Alors que les bénéfices ont été incorporés au capital social par une décision régulière de l'assemblée générale, et qu'ils ont ainsi contribué à libérer le capital originairement souscrit, la loi fiscale impose ces sommes comme bénéfices, en raison du fait qu'elles n'ont pas encore subi l'impôt.

Pour pouvoir atteindre ce but la loi considère que le capital social n'a pas été libéré à concurrence du montant des bénéfices incorporés et que ceux-ci se retrouvent donc encore comme tels dans l'actif de la société. Ils peuvent, dès lors, y être imposés.

Ici aussi la situation juridique est dénaturée. L'opération revient à assimiler un montant en capital à un bénéfice et à appliquer, dès lors, toutes les règles propres à l'imposition des bénéfices.

Il s'agit donc d'une fiction. La loi ne présume pas que le bénéfice n'a pas été incorporé au capital. Cela n'aurait, d'ailleurs, pas de sens. Elle admet que l'incorporation a été réalisée, mais refuse de lui reconnaître tout effet, sur le plan fiscal.

17. On ne citera ici que pour mémoire l'institution de précomptes fictifs, tant en matière immobilière que mobilière. La loi permet à ce titre, l'imputation de montants qui le plus souvent doivent compenser des exonérations d'impôts consenties par des lois particulières. Certes la dénomination même de l'institution désigne la fiction, mais on ne peut, cependant, y voir autre chose qu'un simple procédé technique, sans intérêt sur le plan juridique.

*

* *

III. Les présomptions «juris tantum»

Les présomptions iuris tantum se meuvent presqu'exclusivement sur le terrain des preuves. L'administration des finances se trouve toujours en état d'infériorité vis à vis du contribuable sur le plan de la preuve.

Aussi la présomption légale lui vient-elle en aide pour lui permettre d'établir la base imposable au moyen de présomptions, dont le législateur estime qu'elles présentent un degré suffisant de vérité. Telle est, en effet, la portée de la présomption iuris tantum.

18. Le mécanisme juridique en est, dès lors, beaucoup plus aisé à décrire.

En matière de droits d'enregistrement l'article 187 dispose que le changement dans la propriété ou l'usufruit d'un immeuble situé en Belgique, par suite d'une convention translative ou déclarative de propriété est suffisamment établi, pour la réclamation du droit d'enregistrement au nouveau propriétaire, par des actes de disposition ou d'administration ou autres actes constatant ou impliquant, dans son chef, la propriété ou l'usufruit.

Il appartiendra à celui qui est considéré de la sorte comme propriétaire, d'établir qu'il n'en est pas ainsi et qu'il a agi pour compte du *verus dominus*, c.-à.-d. de celui au nom de qui a eu lieu la dernière transmission de propriété.

Il ne s'agit donc que d'un moyen de preuve, tendant à déjouer plus aisément la fraude.

19. Dans le domaine des droits de succession les présomptions *iuris tantum* sont nombreuses. C'est, d'ailleurs, ici aussi que les fraudes sont les plus difficiles à déceler. Mises à part les présomptions *iuris tantum* qui s'attachent aux assimilations qui ont été traitées au cours de la première partie de cet exposé, il faut citer le sort réservé aux dettes qui sont uniquement reconnues par testament.

Ces dettes sont, à ce titre, rejetées du passif successoral, parce que la loi fiscale présume qu'elles cachent une libéralité du défunt en faveur du créancier ; il appartient éventuellement à ce dernier d'établir qu'elles répondent à la réalité.

L'article 109 présume que le défunt était propriétaire, le jour de son décès, des immeubles qui sont inscrits à son nom au rôle du précompte immobilier (autrefois contribution foncière), ainsi que des rentes et créances hypothécaires, créances sur l'État, les provinces, les communes et les établissements publics ou d'utilité publique, qui sont inscrits à son nom sur les registres de la conservation des hypothèques ou du grand livre de la dette publique ou sur les autres registres et comptes. Cette présomption peut être renversée par la preuve contraire, administrée par toutes voies de droit.

Il en est encore ainsi des biens meubles qui se trouvent dans un coffre-fort pris en location par le défunt, soit seul soit conjointement avec d'autres. Le défunt est présumé être propriétaire de ces biens, sauf aux

héritiers à apporter la preuve, par toutes voies de droit, que ces biens appartiennent à des tiers.

Dans chacun de ces cas la présomption s'aligne sur la situation apparente et aboutit seulement à un renversement du fardeau de la preuve au profit du fisc.

20. En matière de *taxe sur la valeur ajoutée* les articles 14 et 15 du Code instituent plusieurs présomptions. Celles-ci trouvent leur origine dans les dispositions du Code des taxes assimilées au timbre.

Toute personne qui achète ou produit pour vendre ou qui fournit des services est présumée avoir livré les biens ou fourni les services dans les conditions qui rendent la taxe exigible. De même tout bâtiment nouvellement construit est présumé avoir été livré par un assujetti. Les biens envoyés à vue ou déposés en consignation sont présumés avoir été achetés par le destinataire ou le dépositaire, si celui-ci ne peut justifier de la détention de ces biens ou de leur renvoi à l'expéditeur ou au déposant.

Dans ces cas, comme dans ceux qui avaient trait aux droits d'enregistrement et aux droits de succession, la présomption s'appuie sur des éléments de fait et facilite la charge de la preuve dans le chef de l'Administration fiscale. Il n'y a pas d'extension de la loi fiscale et celle-ci ne recourt à aucune fiction, aucune dénaturation des faits.

En matière d'impôts directs, il convient tout spécialement de citer la méthode d'établissement de la base imposable par comparaison avec des contribuables similaires et celle de la taxation sur la base de signes et indices.

Lorsque ni le contribuable ni l'Administration n'établissent le chiffre exact des bénéfices ou profits produits par une exploitation industrielle, commerciale ou agricole ou par une profession libérale, une charge ou un office ou une occupation lucrative, le montant des bénéfices ou profits peut être établi par comparaison avec les revenus normaux d'au moins trois contribuables similaires et en tenant compte, notamment, suivant le cas, du capital investi, du chiffre d'affaires, du nombre d'ouvriers, et autres indices de l'activité de l'entreprise.

La loi présume que le contribuable a réalisé des profits d'un montant approximativement égal à ceux qui sont réalisés par d'autres contribuables similaires.

L'Administration garde la charge de la preuve. Elle ne peut fixer le montant des profits ou bénéfices arbitrairement. La charge de la preuve qui lui incombe se trouve toutefois considérablement allégée. Quant au con-

tribuable, il ne pourra contester le chiffre proposé et établi par l'Administration, ainsi qu'il vient d'être dit, qu'en fournissant la preuve du chiffre exact de ses revenus. La présomption est ici aussi dans la ligne des faits. Elle ne s'y oppose pas.

Il en est encore ainsi de l'évaluation de la base imposable par signes et indices, lorsque ceux-ci révèlent une aisance supérieure à celle qu'attestent les revenus déclarés. La présomption repose sur les faits et réserve au contribuable la preuve contraire.

21. Dans tous les cas qui viennent d'être examinés, et qui ne constituent qu'une partie des présomptions *iuris tantum* édictées par les lois fiscales, la présomption remplit pleinement son rôle de moyen de preuve au sens propre du terme.

Elle a pour objet d'alléger le fardeau de la preuve qui repose sur l'Administration. Dans certains cas elle inverse la charge de la preuve (voir les droits de succession), dans d'autres elle allège le fardeau qui repose sur l'Administration, sans toutefois renverser cette charge. Lorsque l'Administration taxe d'office sur la base de signes et indices ou par comparaison avec des redevables similaires, elle n'est pas pour autant déchargée du fardeau de la preuve. Elle doit établir le montant de la base imposable et ne peut se contenter d'une approximation. La taxation ne peut être établie sur un montant établi de manière arbitraire. La charge de la preuve se trouve malgré tout allégée, parce que sans cette aide l'Administration serait pratiquement dans l'impossibilité de déterminer la base imposable.

La présomption *iuris tantum* est donc un moyen efficace de combattre la fraude. Elle présente aussi ce très grand avantage de permettre plus d'unité dans l'application de la loi grâce au contrôle de légalité par la Cour de cassation. Alors qu'en matière de présomptions de l'homme, la Cour ne peut intervenir, puisque ces présomptions relèvent de l'appréciation souveraine du juge du fond, en revanche la présomption légale relève nécessairement du contrôle de la Cour, dans la mesure où le juge du fond interprète mal la règle ou n'en tient pas compte, sans se justifier tant en droit qu'en fait. Dans une matière d'ordre public comme celle des impôts, cette distinction est primordiale.

* * *

IV. Conclusions

Ce bref exposé qui ne prétend nullement, on ne peut assez le souligner, être complet, permet de constater que le système des présomptions et des fictions est intimement lié à la nature même du droit fiscal et à sa mise en œuvre. Plus que tout autre droit, le droit fiscal doit rester confiné dans les limites étroites des autres disciplines juridiques, dont il est inévitablement tributaire. Des distorsions entre la réalité économique et les règles de droit sont toutefois inéluctables. Or le propre du droit fiscal est de serrer cette réalité économique d'aussi près que possible. Il lui faut donc trouver une technique appropriée pour y parvenir, non seulement dans le domaine de la preuve, mais aussi à l'égard des institutions juridiques auxquelles il se superpose. Et, à cet égard, la fiction, voire la présomption irréfragable, constitue un moyen technique de choix, parce qu'il permet de réaliser une construction fiscale appropriée, sans nécessairement porter atteinte à l'institution elle même et aux conséquences qui en découlent sur le plan civil.

A cet égard dans la plupart des cas qui ont été étudiés, les résultats obtenus soit par voie de fiction, soit par voie de présomption irréfragable sont les mêmes.

La fiction se présente sous la forme d'une dénaturation des faits. La loi substitue telle situation de fait à telle autre, sans avoir égard à la réalité, et elle rend ainsi les règles propres à la situation fictive, applicables à la situation réelle.

Selon le procédé de la présomption, la loi considère que la situation telle qu'elle résulte des actes apparents n'est pas conforme à la réalité et elle détermine, par voie de présomption, ce qu'est cette réalité. Les règles prévues pour celle-ci sont, dès lors, applicables à la situation considérée. La présomption étant irréfragable, la preuve contraire n'est pas admise.

Il serait, cependant, excessif de dire que la fiction tend seulement à rapprocher la règle fiscale de la réalité économique. Il arrive aussi qu'elle ait pour objectif de s'en écarter, notamment lorsqu'il s'agit d'étendre l'application de la loi fiscale à un cas auquel elle ne devrait normalement pas être appliquée. Le procédé de la fiction permet ainsi de se référer aux conditions préétablies d'application de la loi, sans avoir à en régler tous les détails. Le procédé est fécond tant du point de vue de la sécurité juridique que de l'efficacité.

La présomption irréfragable permet d'atteindre les mêmes résultats. Elle a toutefois pour base du raisonnement une hypothèse différente de celle qui sert de base à la fiction. Alors que la fiction accepte comme tel le fait

apparent mais le déforme, la présomption part de l'hypothèse que le fait apparent n'est pas conforme à la réalité et elle tend à rétablir cette réalité. Le procédé de la présomption ne peut donc être utilisé que pour autant que l'hypothèse de départ soit raisonnablement admissible.

On a pu constater aussi que dans un certain nombre de cas le procédé dit de la fiction n'est autre chose qu'une dérogation aux règles du droit commun, l'impôt étant ainsi appliqué à des faits auxquels, aux termes des règles générales, il ne devrait pas l'être. Les faits ne sont pas dénaturés. La loi ne présume pas non plus qu'ils ne sont pas conformes à la réalité. Elle se borne à une extension de l'application de la loi fiscale, par voie de simple assimilation. Ce procédé se justifie pleinement sur le plan légistique. C'est toutefois à tort, qu'il est assimilé au système des fictions ou des présomptions. L'assimilation n'est ni une fiction ni une présomption.

Vrije Universiteit Brussel.

LA PRÉSOMPTION DE CONNAISSANCE DE LA LOI DANS LE RAISONNEMENT JURIDIQUE (*)

par Charles HUBERLANT

Nul n'est censé ignorer la loi.

L'adage que je viens de citer énonce de manière claire un principe général de droit, dont nul ne peut se dissimuler les graves conséquences. Il s'exprime par une formule lapidaire qui se grave aisément dans les mémoires. Pour ces motifs, il est bien connu, non seulement des juristes, mais même de l'ensemble des citoyens. Il est piquant d'observer, comme le fait M. G. Dereux en tête d'un article consacré à cet adage, que «nombre de gens qui, pour le reste, sont assez ignorants du droit, savent du moins qu'ils sont censés tout savoir» (1).

Si l'adage est bien connu et si, en soi, il est fort clair, il soulève des problèmes beaucoup plus ardus que je ne le soupçonnais lorsque j'ai accepté de vous faire la présente communication ... Permettez-moi d'invoquer la difficulté de ma tâche pour solliciter votre indulgence.

Je ne crois pas qu'on puisse déterminer avec précision l'origine de l'adage ; en tout cas, pour ma part, je ne suis pas parvenu à la découvrir. Par ailleurs, au cours de mes recherches, il m'est apparu qu'il est beaucoup moins aisé qu'on ne le pense de prime abord, de définir de manière exacte la portée de l'adage. A la suite de plusieurs auteurs, j'arrive à la conclusion que si la règle de la présomption de connaissance de la loi constitue un principe général de nombreux systèmes de droit et que si elle joue un grand rôle dans le raisonnement juridique, elle n'a pas exactement la portée que semble lui donner le texte de la maxime.

(*) La présente contribution reprend une communication faite le 4 novembre 1972 au C.N.R.L.

(1) *Étude critique de l'adage : Nul n'est censé ignorer la loi*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1907, pp. 513-554.

Après vous avoir donné quelques indications sur l'origine de l'adage, je tenterai de dégager ce qui me paraît être sa véritable signification.

PREMIÈRE PARTIE

ORIGINE ET SIGNIFICATION DE L'ADAGE

Section I. — Quelques indications sur l'origine de l'adage [2]

Si sommaires que soient les indications qu'il m'est possible de présenter à ce sujet, elles sont, je crois, de nature à nous aider à mieux situer les problèmes à examiner.

Chacun sait que l'adage s'exprime par une formule latine. Plus exactement — et ce fait révèle déjà des incertitudes — on emploie plusieurs formules latines, légèrement différentes l'une de l'autre : «Nemo censetur legem ignorare», «Nemo jus ignorare censetur», voire encore une ou l'autre formule proche. De l'avis des spécialistes, ces formules ne font pas partie des textes de *droit romain* parvenus jusqu'à nous. Mais parmi ces textes, il y en a plusieurs qui consacrent de manière indirecte la règle que l'adage tend, comme nous le verrons, à exprimer. Il s'agit notamment des textes qui établissent le principe que «l'ignorance de droit nuit» ; ces textes admettent, d'ailleurs, des exceptions, notamment en faveur des mineurs et, en certains cas, des femmes ainsi qu'en faveur des militaires ou des personnes incultes («rustici») [3] [4]. Plus tard les Empereurs ont édicté des textes interdisant expressément d'ignorer leurs constitutions ou de négliger de les appliquer [5].

En raison de sa nature même, le *droit canonique* fait une place beaucoup plus grande que les droits laïcs à l'élément moral subjectif. Depuis le XII^e^ siècle, il comprend un ensemble de règles, déjà très élaborées, qui ad-

(2) Je remercie mes collègues de la Faculté de droit de Louvain, les Professeurs Fransen, Godding et Nuyens des précieux éléments de documentation qu'ils ont bien voulu me communiquer concernant la question étudiée ici, pour le droit canonique, pour l'ancien droit et pour le droit romain. Je ne pourrais malheureusement utiliser ici toutes ces indications pleines d'intérêt sans sortir des limites de l'objet du présent exposé.

(3) *Dig.*, livre XXII, titre VI et *C. Just.*, I, 18.

(4) G. Dereux, art. cité, p. 517 et p. 527 ; Robert Legros, *L'élément moral dans les infractions*, n° 52, Paris, Sirey, Liège, Desoer, 1952 ; Fr. Terré, *Le rôle actuel de la maxime Nul n'est censé ignorer la loi,* dans *Études de droit contemporain* (nouvelle série), pp. 93-94. Paris. Cujas, 1966.

(5) Voir notamment *C. Just.*, I, 18, 12 : «Constitutiones principum nec ignorare quem quam nec dissimulare permittimus».

mettent, dans une mesure assez large, l'invocation de l'ignorance du droit (6). Ces règles sont actuellement reprises par le Code de droit canonique de 1917, qui les précise (7). On doit d'emblée remarquer la règle selon laquelle l'ignorance invincible excuse de toute faute et écarte toute peine (8). Un certain nombre de prescriptions subordonnent l'existence du délit au caractère conscient de la violation de la loi canonique (9). Ces solutions s'expliquent notamment parce qu'il y a, en droit canonique, un moindre danger que le sujet simule une ignorance de la loi puisqu'il ne pourrait ainsi éluder sa responsabilité morale au for interne. Toutefois, à cause de la nécessité de sauvegarder les biens qu'il a pour but de protéger, le droit canonique lui-même fixe des limites à la faculté d'invoquer l'ignorance de la règle de droit. C'est ainsi que, par exemple, sauf disposition contraire, l'ignorance des lois qui frappent un acte de nullité ou une personne d'incapacité n'est pas prise en considération (10).

Dans *l'ancien droit*, le problème est abordé de la même manière qu'en droit romain et qu'en droit canonique. Les auteurs ne traitent pas de la présomption de connaissance de la loi. Ils examinent dans quels cas l'erreur de droit peut être invoquée (11). La manière dont, selon les auteurs, le problème se pose fait bien apparaître que, sauf exceptions, la loi — et, plus généralement la règle de droit — s'impose à tous, même à ceux qui l'ignorent. Tel est le principe, auquel des tempéraments paraissent toutefois être apportés, même en matière pénale. Dans ses «Institutes au droit criminel ...» (12), Pierre-François Muyart de Vouglans considère qu'à condition d'être invincible, l'erreur de droit excuse le crime ; telle serait, par exemple, dit-il, l'erreur d'un «voyageur qui fait une chose contraire à la coutume des lieux où il passe, laquelle néanmoins se

(6) G. Le Bras, Ch. Lefebvre et J. Rambaud, *L'Age classique* (Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident, Tome VII). *Sources et théorie du droit*, pp. 445-446, Paris, 1965.

(7) Canons 16, 2199, 2202, 2218 et 2229. — P. Giovanni Caron, *L'ignorantia en droit canonique*, dans *Ephemerides juris canonici*, vol. 2 (1946), pp. 5-56 et 201-223 ; vol. 3 (1947), pp. 3-19.

(8) Canon 2202, § 1er.

(9) Canon 2229, § 2.

(10) Canon 16.

(11) P. Christinaei, *Decisiones*, vol. II, 1734, decis. LXVII (pp. 63-65) ; de Sohet, *Instituts de droit, Bouillon, 1772, Traité préliminaire*, Titre IX, De l'ignorance du droit ou du fait (pp. 37-38).

(12) *Institutes au droit criminel ou principes généraux sur ces matières suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du Royaume*, Paris, Lebreton, 1768.

pratique partout ailleurs» ([13]). S'inspirant du droit romain, il admet que certaines catégories de personnes puissent invoquer leur ignorance du droit positif pour «faire diminuer leurs peines» ([14]). Plus tard, dans son ouvrage sur «Les lois criminelles de la France dans leur ordre naturel» ([15]), il présente cette ignorance comme une cause d'excuse : l'ignorance du droit positif «peut servir d'excuse à de certaines personnes que leur état ne met point absolument à portée de connaître les lois, quoique d'ailleurs légalement publiées. De ce nombre sont les personnes Rustiques, les Soldats, les Mineurs, les Femmes et les Voyageurs qui pèchent par ignorance de la coutume des lieux où ils passent, pourvu néanmoins qu'il n'y ait pas eu de la part de ceux-ci une négligence affectée de s'en instruire ; et c'est ce qui fait distinguer par les auteurs cette ignorance du droit en vincible et invincible, en probable et affectée» ([16]).

Les quelques éléments que je viens de vous présenter au sujet de l'état de la question en droit romain, en droit canonique et dans l'ancien droit suffisent, je crois, à faire apparaître clairement que ces droits comprennent, à titre de postulat, la règle que, sauf exception, la loi a force obligatoire à l'égard de tous, et même à l'égard de ceux qui l'ignorent. Mais ils ne nous révèlent pas d'une manière précise l'origine de l'adage «Nul n'est censé ignorer la loi». Cette maxime paraît, au premier examen, énoncer la règle d'une présomption générale de connaissance de la loi et exprimer, par conséquent, une règle un peu différente de la règle qui a été indiquée ci-dessus et ayant une portée plus large que celle-ci. Mais en est-il bien ainsi ?

Section II. — Valeur juridique, signification et rôle de l'adage

A la différence de beaucoup d'autres, la maxime «Nul n'est censé ignorer la loi» énonce une règle de droit positif. Sur ce point, il n'y a aucune contestation ; les auteurs sont unanimes. Mais quelle est exactement la règle exprimée par l'adage ? La réponse à cette question est beaucoup moins simple qu'il paraît de prime abord. Et on ne trouve pas une réponse identique chez tous les auteurs, ni dans toutes les décisions de justice. Compte tenu de l'ensemble de la jurisprudence actuelle, on peut affirmer, en accord

(13) *Op. cit.*, p. 9.
(14) *Op. cit.*, p. 9.
(15) Paris, 1780.
(16) *Op. cit.*, p. 34.

avec de nombreux auteurs (17) que l'adage a, en réalité, une portée moins large que celle qu'indique son texte. L'adage ne signifie pas que chacun serait présumé en toutes circonstances, connaître la loi ; que, dans la mise en œuvre de la loi, chacun serait censé à tous points de vue connaître celle-ci. Non. Comme le fait apparaître une étude attentive et comme on le montrera plus loin, *l'adage signifie seulement que la loi a force obligatoire à l'égard de tous, même à l'égard de ceux qui l'ignorent* ; que, sauf exception, on ne peut se soustraire à l'application de la loi en invoquant l'ignorance de celle-ci ou une erreur commise au sujet de sa portée. *L'adage a donc pour premier rôle d'énoncer — sous une forme qui est fort expressive mais qui n'est pas parfaitement exacte — la règle de droit positif qui vient d'être définie.*

L'adage a pour second rôle d'expliquer la règle : selon ce qu'il dit, si la loi est obligatoire pour tous, c'est pour le motif que tous sont censés la connaître. Comme on va le préciser, l'adage fournit une justification de la règle sur le plan de la logique formelle. L'autorité qui porte les lois est guidée par deux préoccupations opposées. D'une part, elle a le souci d'éviter que les destinataires de la loi soient obligés de se conformer à des prescriptions qu'ils ne connaissent pas : exiger l'obéissance en ce cas paraît à la fois absurde et injuste, vain et attentatoire à la dignité des personnes. C'est pourquoi l'autorité veille à faire connaître la loi et recourt à cette fin à divers modes de publication. Ceux-ci ne peuvent cependant avoir une complète efficacité. Il est impossible d'assurer en fait une connaissance personnelle de la loi par chacun de ceux qui doivent y conformer leur conduite. Mais l'autorité se voit obligée de passer outre. Elle a, en effet, un second souci tout différent du premier, celui de sauvegarder l'intérêt général par l'application effective de la loi établie en vue de cet intérêt général. A cette fin, il faut que la loi soit respectée par tous, y compris par ceux qui l'ignorent. La présomption de connaissance de la loi vient opérer une conciliation entre les deux idées opposées, qui, l'une et l'autre, inspirent l'action de l'autorité publique et le système de droit : la première, fondée sur l'intérêt des personnes, à savoir qu'on ne peut exiger l'obéissance des citoyens à une loi qu'ils ne connaissent pas ; la seconde,

(17) Voir par exemple, R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, Tome Ier, nº 6 ; A. BAYART, *Peut-on éliminer les fictions en droit ?*, présent volume, pp. 32-34. — M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, revu et complété par G. RIPERT. Tome Ier, 4e éd., nº 185, Paris, L.G.D.G. 1948 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, pp. 89-90, Themis, Paris P.U.F., 1955 ; R. DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, Paris, L.G.D.J. 1950, p. 49 ; F. TERRE, *op. cit.*, p. 105.

fondée sur l'intérêt de la collectivité, à savoir que la loi destinée à servir cet intérêt doit être obéie par tous, y compris par ceux qui, en dépit des mesures de publication, n'ont pas acquis une connaissance de la loi (18) (19). Comme l'écrit Jean Dabin, en se plaçant à un point de vue légèrement différent, «la présomption de connaissance de la loi vient restaurer l'harmonie momentanément détruite entre la logique et la vie» (20). Bien entendu, la conciliation entre les deux idées n'est opérée que sur le plan de la logique formelle et qu'au moyen d'un procédé, qui, s'il constitue bien à mon sens une présomption et non une fiction (21), s'écarte, dans une mesure particulièrement large de la réalité. L'adage n'a que la valeur d'une «construction juridique» (22). La théorie générale du droit nous explique que ces «constructions juridiques» ont le mérite d'introduire un élément de cohérence logique dans la complexité des règles et, par là, de simplifier non seulement l'exposé mais aussi le maniement de ces règles. Les «constructions juridiques» ne peuvent cependant être utilisées qu'avec discernement et retenue (23). Lorsqu'il s'agit de la présomption de connaissance de la loi, on aperçoit d'emblée les dangers extrêmement graves d'une application sans limites de la présomption.

«Nul n'est censé ignorer la loi». Ce n'est là qu'un adage. Par lui-même, un adage n'a pas l'autorité d'une règle de droit. La Cour de cassation de Belgique l'a rappelé à maintes reprises en refusant de connaître de pourvois fondés seulement sur la violation d'une maxime (24). Mais si on ad-

(18) Le Doyen CARBONNIER souligne que la maxime «repose sur une nécessité pratique» et que «l'empire de la loi qui, par définition, est une disposition générale, ne saurait sous peine d'anarchie, dépendre de circonstances propres à chaque individu» (*op. cit.*, pp. 85-86).

(19) Pour ma part, je ne puis me rallier à la thèse de M. Pierre LEGROS selon laquelle la règle «nemo censetur ...», qui se justifiait à Rome où tous les citoyens pouvaient en référer gratuitement à un jurisconsulte aurait été conservée par notre société alors qu'elle n'y aurait plus de fondement (*Droit et sociologie*, p. 39, dans *Sociologie du droit et de la justice. Actes du colloque international de Bruxelles 9-12 avril 1969*, Bruxelles, Editions de l'U.L.B.).

(20) *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1935, p. 271.

(21) Sur ce point, qui a donné lieu à beaucoup de controverses, qu'il me soit permis de renvoyer à la communication de mon collègue et ami M. BOLAND (p. 229).

(22) J. DABIN, *op. cit.*, p. 271 et note 3.

(23) Sur les «constructions juridiques», voir notamment J. DABIN, *op. cit.*, pp. 186-205.

(24) W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, Discours prononcé le 1er septembre 1970 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation. Bruxelles, Bruylant, 1970, p. 52 et références citées ; voir notamment Cass. 9 novembre 1965, *Rev. crit. jur. belge*, 1967, p. 109 avec observations P. FORIERS, *L'ouverture à cassation en cas de violation d'une maxime de droit.*

met — sous réserve d'une vérification ultérieure — que l'adage exprime simplement la règle que la loi a force obligatoire à l'égard de tous, on trouvera sans peine des textes légaux — ou des coutumes — qui consacrent l'adage. La règle dont il s'agit est si fondamentale, d'une nécessité si élémentaire qu'on conçoit difficilement qu'un ordre juridique ne la comprenne pas. On constate, d'ailleurs, que les constitutions écrites ou coutumières et les législations des divers États déterminent entièrement les conditions auxquelles est subordonnée la force obligatoire de la loi : elles disposent ainsi de manière implicite mais certaine que la loi est applicable à tous, même à ceux qui l'ignorent. Dès lors, il y a lieu d'examiner les rapports qu'il y a entre l'acquisition par la loi de sa force obligatoire et la présomption de connaissance de la loi. Ce sera l'objet de la seconde partie de la présente communication. On verra qu'il y a des rapports divers et étroits entre l'acquisition par la loi de sa force obligatoire — c'est-à-dire son entrée en vigueur — et la présomption de connaissance de la loi.

Dans une troisième partie, je tenterai de préciser la portée de la règle exprimée par l'adage. L'analyse d'une série de solutions admises sur le plan du droit positif montre, me semble-t-il, que l'adage a bien pour objet d'énoncer la règle que j'ai indiquée il y a quelques instants. Par ailleurs, on constate que cette règle souffre, comme vous le savez, des dérogations importantes, de nature diverse.

Deuxième partie

ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA LOI ET PRÉSOMPTION DE CONNAISSANCE DE CELLE-CI

En dehors des cas où la loi se borne à reprendre la règle d'une morale communément admise, les citoyens ne sont évidemment pas en mesure de conformer leurs actes à la loi si celle-ci n'est pas portée à leur connaissance. Plus la prescription de la loi a un caractère conventionnel, plus l'observation est vraie. A défaut de recevoir une publicité, la loi restera donc sans effets. En outre, sur le plan moral, ce serait profondément injuste de reprocher aux citoyens de ne pas avoir obéi à des règles dont ils n'auraient pas pu acquérir la connaissance.

Aussi dès qu'une société politique est quelque peu organisée et que l'autorité publique a quelque peu le double souci d'agir avec efficacité et de respecter les droits des personnes, elle veille à faire connaître la loi. Elle emploie à cet effet des modes de publication très divers comme nous l'en-

seigne l'histoire du droit. Dans nos pays, au Moyen Age, il y avait la proclamation des ordonnances à son de trompette ou de tambour. A cette proclamation, on ajouta, après l'invention de l'imprimerie, des affichages. L'envoi des ordonnances aux Parlements ou à d'autres Cours de justice constituait également un mode de publication. A partir de la Révolution française, on recourut à l'insertion des lois dans des bulletins paraissant périodiquement.

Actuellement, de manière universelle ou quasi universelle, l'autorité publique met en œuvre des moyens — qui restent très différents —, en vue de faire acquérir par les citoyens une connaissance de la loi. Toutefois, pour ce qui est de l'entrée en vigueur de la loi, les systèmes institués dans les divers États s'opposent radicalement en ce qui concerne la condition d'une publication préalable. Selon un premier système, qui existe en Angleterre et, pour les lois fédérales, aux États-Unis, l'entrée en vigueur de la loi n'est en rien subordonnée à sa publication. De prime abord, on penserait que dans ce système il n'y a aucune place pour la présomption de la connaissance de la loi. Mais, comme on le verra, cette conclusion n'est pas exacte. Il y a plusieurs autres systèmes qui ont en commun d'exiger une publication de la loi pour que celle-ci entre en vigueur. Parmi ces systèmes, rares sont ceux dans lesquels un texte établit de matière explicite une présomption de connaissance de la loi : pour ma part, je n'ai découvert semblable texte que dans le Code civil. Toutefois, même dans les systèmes de droit où aucun texte n'invoque une présomption de connaissance à l'appui de la force obligatoire de la loi, les auteurs, et même parfois, les décisions de justice expliquent la seconde par la première. La présomption de la connaissance de la loi joue un grand rôle dans le raisonnement juridique. Il en est ainsi notamment en Belgique où le juge a traditionnellement tenu à associer la présomption de connaissance de la loi à la force obligatoire de celle-ci. Le juge belge a continué à exprimer sa fidélité à cette doctrine, même lorsqu'il en est venu à admettre une publication qui, à la suite de circonstances exceptionnelles, ne pouvait avoir pour effet de porter effectivement la loi à la connaissance des habitants du Royaume.

Section I. — Le système institué en Angleterre et, pour les lois fédérales, aux États-Unis

J'exposerai très brièvement les règles applicables en Angleterre et aux États-Unis, en me basant sur les indications données respectivement par le

Professeur L. Neville Brown et le Professeur A. Tunc dans l'ouvrage sur «La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé», publié par l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris ([25]).

En Angleterre, comme le signale M. L. Neville Brown, «les lois entrent en vigueur dès qu'elles ont reçu l'approbation royale à moins qu'elles n'en disposent elles-mêmes autrement de manière expresse» ([26]). Un projet de loi doit être adopté par la Chambre des communes, ainsi que par la Chambre des Lords, sauf s'il y a lieu à application de la règle établie par les lois de procédure parlementaire qui dispense du consentement de la Chambre des Lords. Une fois que le projet a fait l'objet de l'approbation parlementaire requise, il est soumis à l'approbation royale. L'usage s'est établi que cette approbation royale soit communiquée par le Lord Chancellor aux deux Chambres réunies au cours d'une cérémonie qui se tient au siège de la Chambre des Lords. La loi est ensuite imprimée par l'Imprimerie royale et publiée par le Bureau des publications royales. Chacun peut se procurer des brochures contenant le texte de la loi. Mais ces mesures de publicité n'ont qu'un but pratique. Elles sont sans influence sur la force obligatoire de la loi, qui, on doit y insister, entre en vigueur dès l'«approbation royale».

On aurait pu supposer que, dans le système qui vient d'être décrit, personne n'aurait tenté de justifier sur le plan de la logique, la force obligatoire de la loi en recourant à la présomption de la connaissance de celle-ci ... Mais cette supposition se révèle complètement fausse. En fait, la jurisprudence et la doctrine invoquent la présomption. M. L. Neville Brown cite un jugement extrêmement ancien puisqu'il date de 1365 ... Ce jugement déclare : «Chacun est tenu de savoir ce qui se fait au Parlement, même à défaut d'une proclamation dans le Comté ; dès qu'une décision a été prise au Parlement, chacun est juridiquement présumé en avoir connaissance car le Parlement représente le corps du royaume» ([27]). Beaucoup plus tard, l'écrivain et homme politique John Selden observera : «L'ignorance de la loi n'excuse personne, non que tous les hommes connaissent la loi, mais parce que c'est là une excuse que chacun invoquerait et que personne ne pourrait la réfuter» ([28]).

(25) *Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, Tome XX, Paris, Éditions de l'Épargne, 1961.

(26) *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en Grande-Bretagne, op. cit.*, p. 99.

(27) *Op. cit.*, p. 99.

(28) K. PETIT, *Dictionnaire des citations, s.v.*, Loi, p. 240.

Aux États-Unis, les dispositions qui fixent la date d'entrée en vigueur des lois sont très variées. Cette date est parfois postérieure à la publication, mais c'est loin d'être toujours le cas.

A défaut de disposition constitutionnelle ou législative expresse, «une loi prend effet dès qu'est accompli le dernier acte qu'elle requiert» (29) ; il en est notamment ainsi pour les lois fédérales. «Si par conséquent, précise le Professeur Tunc, (la loi) doit recevoir la signature du chef de l'exécutif, cette signature seule la fait entrer en vigueur. Si, au contraire, elle est votée après veto, le vote de la deuxième chambre suffit à lui faire prendre effet. Dans les Constitutions où le silence de l'exécutif vaut approbation, la loi peut entrer en vigueur à l'expiration du délai durant lequel l'exécutif devait se prononcer» (30).

Il n'y a pas aux États-Unis de bulletin officiel quotidien. Tout texte législatif est imprimé sous forme de brochure ; il est reproduit ensuite dans les *Statutes at large* et finalement dans le *United States Code*. Mais l'entrée en vigueur de la loi ne dépend aucunement d'un de ces modes de publication.

Il n'empêche qu'aux États-Unis également, on invoque la théorie de la présomption de la connaissance de la loi (31).

Section II. — Le système institué en France

§ *1er Le Code civil*

La rédaction de l'article 1er du Code civil est quelque peu paradoxale. En effet, si cet article subordonne certainement la force obligatoire de la loi à sa publication préalable, il ne le fait pas de manière explicite. En revanche, il énonce une présomption, qui est formulée comme une présomption de la connaissance de la promulgation de la loi. Permettez-moi de reproduire ici, par souci de clarté, le texte de cet article 1er : «Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français en vertu de la promulgation qui en est faite par le Premier Consul — Elles seront exécutées dans chaque partie de la République au moment où la promulgation en pourra être connue — *La promulgation faite par le*

(29) A. Tunc, *Promulgation et publicaction des textes législatifs aux États-Unis*, dans *La promulgation ..., op. cit.*, p. 65.

(30) *Op. cit.*, p. 65.

(31) A. Tunc, *op. cit.*, p. 67.

Premier Consul sera réputée connue dans le département où siégera le Gouvernement, un jour après celui de la promulgation ; et dans chacun des autres départements après l'expiration du même délai augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres (environ vingt lieues anciennes) entre la ville où la promulgation en aura été faite, et le chef-lieu de chaque département».

Au cours des travaux préparatoires du Code civil, les discussions relatives à l'article 1er ont été particulièrement longues et fort vives. Elles nous éclairent sur la portée de la présomption établie par l'article. Au texte du projet, on a objecté qu'il n'exigeait pas une publication pour l'entrée en vigueur de la loi. Il est vrai que ce texte — qui ne sera pas modifié — ne fait pas expressément dépendre l'entrée en vigueur de la loi de sa publication préalable. Mais le système établi par l'article suppose l'insertion de la loi dans un bulletin officiel et l'envoi de ce bulletin au chef-lieu de chaque département. Tel est, en effet, le motif pour lequel l'article retarde la présomption de connaissance de la promulgation et, dès lors, l'entrée en vigueur de la loi, d'après la distance qu'il y a entre la ville ou siégera le Gouvernement et le chef-lieu de chaque département. Le système organisé par l'article 1er implique donc que l'entrée en vigueur de la loi est subordonnée à sa publication. Dans la pensée des auteurs du Code civil, il devait s'agir d'une publication effective. Si des circonstances spéciales, telles qu'une inondation ou une invasion, empêchaient le courrier porteur du bulletin contenant la loi d'arriver au chef-lieu du département, l'entrée en vigueur de la loi y serait retardée, par simple application d'un principe général de droit, par un cas de force majeure dont il appartiendrait aux tribunaux de reconnaître l'existence. Ce tempérament à la règle de la présomption de la connaissance de la loi a été admis expressément par le Premier Consul lui-même, par Portalis et par Berlier (32).

L'ordonnance prise le 27 novembre 1816 par le Roi Louis XVIII innove en prescrivant expressément la publication des lois et ordonnances, et ce sous la forme de leur insertion au Bulletin officiel (article 1er). Pour le surplus, elle maintient un système semblable à celui de l'article 1er du Code civil, auquel d'ailleurs elle renvoie : elle établit également de manière expresse une présomption de connaissance de la loi et un régime où la loi

(32) LOCRÉ, *Législation civile*, tome I, pp. 234 et 260. — La doctrine française admet l'exception dont il s'agit à la force obligatoire de la loi : *Répertoire pratique Dalloz*, Tome VII, *s.v.* Lois et décrets, nº 137 et nombreuses références citées ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 6e éd., Tome Ier, § 26, page 89.

entre en vigueur à des dates différentes, selon la distance entre la ville où la promulgation a été faite et le chef-lieu de chaque département (articles 2 et 3).

§ 2. Le décret du 5 novembre 1870

Le Gouvernement de la Défense nationale a, par un décret du 5 novembre 1870 établi des dispositions nouvelles pour la promulgation des lois et décrets (33). Ces dispositions n'énoncent plus de présomption de connaissance de la loi. Elles imposent une publication : l'article 1er porte en effet que «la promulgation des lois et des décrets résultera de leur insertion au Journal officiel de la République française». En outre, ces dispositions déterminent comme suit la date de l'entrée en vigueur des lois et des décrets : aux termes de l'article 2, «Les lois et les décrets seront obligatoires à Paris un jour franc après la promulgation et, partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement un jour franc après que le Journal officiel qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement». Une présomption de connaissance des lois et décrets reste sous-jacente à cet article : comme l'a dit le Doyen Julliot de la Morandière, «les habitants d'un arrondissement sont censés aller à la sous-préfecture consulter le Journal officiel» (34) (35).

L'article 4 du décret présente au point de vue doctrinal un intérêt particulier. Il permet, en effet, l'invocation de l'ignorance de la loi, mais dans des limites très étroites : «Les tribunaux et les autorités administratives et militaires pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir de la promulgation». On s'est souvent fondé sur ce texte pour soutenir, par un raisonnement *a contrario*, qu'en principe, l'auteur d'une infraction ne peut, pour se justifier, faire valoir son ignorance de la règle de droit.

(33) Si ce décret n'a pas abrogé expressément l'article 1er du Code civil, il a remplacé cet article par un ensemble complet de dispositions nouvelles.

(34) *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, t. IV, 1948-1949, p. 155, déclaration reproduite par F. Terré, *op. cit.*, p. 112.

(35) Pour la détermination de la date à laquelle «une loi promulguée et publiée en France doit être réputée connue par les citoyens français résidant à l'étranger», voir Cass. civ. 22 juin 1891, Sirey, 1891, I, 289.

Section III. — Le système institué en Belgique

En Belgique, une disposition expresse, qui a l'autorité d'une prescription constitutionnelle, subordonne l'entrée en vigueur des lois et règlements à leur publication préalable. Il s'agit de l'article 129 de la Constitution, qui porte : «Aucune loi, aucun arrêté ou règlement d'administration générale, provinciale ou locale n'est obligatoire qu'après avoir été publié dans la forme déterminée par la loi» (36). L'article n'a fait l'objet que d'un très bref examen par le Congrès national. Fort laconique sur ce point, le rapport de M. Raikem se borne à faire valoir la considération que «Les citoyens doivent être mis à même de connaître les règles qu'on veut leur prescrire» (37).

Lors de la récente révision de la Constitution, des autorités nouvelles ont été créées, notamment les conseils culturels et les agglomérations et fédérations de communes. Le Constituant a pris soin de soumettre à la règle de la publication préalable les décrets des conseils culturels et les arrêtés et règlements pris par les collèges exécutifs et les conseils des agglomérations et fédérations de communes. En effet, les articles 59bis et 108bis de la Constitution révisée renvoient expressément à l'article 129 (38).

Comme on vient de l'indiquer, la Constitution en son article 129 in fine réserve au législateur le pouvoir de déterminer la forme de la publication des lois, arrêtés et règlements.

Pour éviter de développer outre mesure la présente communication, je ferai seulement mention des règles qui ont été établies pour les lois et les arrêtés et règlements d'administration générale (39). La matière a fait l'objet successivement de lois organiques de 1831, 1845, 1898 et 1961.

La loi du 19 septembre 1831 «concernant la sanction et la publication des lois» (40) a institué un premier système, qui consistait à fixer à la *promulgation* le point de départ du délai après lequel la loi entrait en vigueur. L'article 2 de la loi citée se bornait à disposer que «Les lois sont

(36) La règle existait déjà pour les édits du prince dans les Pays-Bas catholiques (Defacqz, *Ancien droit belgique*, p. 125).

(37) Huyttens, *Discussions du Congrès national*, T. II, p. 460.

(38) P. Wigny, *L'article 107 quater ou la décentralisation économique*, dans *J.T.*, 1973, p. 285.

(39) Pour les règles applicables aux arrêtés et règlements provinciaux et locaux, qu'il me soit permis de renvoyer à la communication de M. Boland (pp. 246-247).

(40) *Pasinomie*, 1831, p. 150.

insérées au Bulletin officiel aussitôt après leur promulgation» ; il ne déterminait donc pas de manière précise un délai pour cette publication. Quant à l'article 3, il portait que «Les lois seront obligatoires dans tout le royaume, le onzième jour après celui de leur promulgation à moins que la loi n'en ait autrement disposé». Le premier système établi en 1831 permettait donc qu'en certains cas, la loi devînt obligatoire avant sa publication contrairement à la prescription de l'article 129 de la Constitution : cela pouvait se produire surtout dans les cas où, par une disposition spéciale, le législateur aurait fixé, pour l'entrée en vigueur de la loi, un délai très court après sa promulgation. C'est pour instaurer un nouveau système auquel on ne pourrait plus reprocher de ne pas être entièrement conforme à la Constitution, que le législateur a réglé à nouveau la matière dès 1845 (41).

La loi du 28 février 1845 «prescrivant un nouveau mode de sanction et de promulgation des lois et de publication des lois et arrêtés» établit la règle que les lois «*seront obligatoires dans tout le royaume le dixième jour après celui de leur publication à moins que la loi n'ait fixé un autre délai*» (article 2) (42). La loi indiquée établit la même règle pour les arrêtés royaux qui intéressent la généralité des citoyens (articles 3 et 4) (43). En ce qui concerne l'entrée en vigueur des lois et des arrêtés royaux, la loi du 18 avril 1898 (44) et la loi du 31 mai 1961 (45) n'ont fait que reprendre la règle établie en 1845, laquelle est toujours d'application aujourd'hui.

A la différence du Code civil, la législation belge relative à l'entrée en vigueur de la loi n'énonce aucune présomption de connaissance de celle-ci. Au surplus, le système établi par cette législation est complet par lui-même. En effet, selon le texte de la disposition applicable, pour justifier qu'une loi déterminée est obligatoire, il suffit de constater deux circonstances de fait : la première, que la loi a été publiée au Moniteur belge (46) ; la seconde, que le délai ordinaire ou le délai spécial est écoulé,

(41) Pour plus de précisions, voir la communication de M. BOLAND (pp. 241-243).

(42) *Pasinomie*, 1845, p. 25.

(43) Pour plus de précisions, voir la communication de M. BOLAND (pp. 233-234 et 243-245).

(44) Loi «relative à l'emploi de la langue flamande dans les publications officielles» (article 4), *Pasinomie*, 1898, p. 81.

(45) Loi «relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires», *Pasinomie*, 1961, p. 456.

(46) Comme on le verra plus loin, des circonstances exceptionnelles ont fait surgir des difficultés sur le point de savoir ce qu'il faut exactement entendre par publication au Moniteur belge.

ou que la loi a prescrit son entrée en vigueur dès le jour de sa publication au Moniteur belge. Toutefois, à la lecture des arrêts et jugements, on constate que les Cours et tribunaux belges ne se sont jamais bornés à ces constatations et que, dans les motifs de leurs décisions, ils font souvent état de la présomption de connaissance de la loi. Manifestement les Cours et tribunaux considèrent que le système institué par le législateur belge reste lié à cette présomption (47).

Dans un arrêt du 4 avril 1881, la Cour de cassation énonce en termes formels que «la publication, dans le sens légal du terme, ne résulte pas seulement de l'insertion de la loi au Moniteur, mais encore de l'expiration du délai après lequel elle est réputée connue de tous les citoyens et acquiert force obligatoire» (48).

Beaucoup plus tard, le 13 novembre 1916, la Cour de cassation déclarera que c'est en tenant comme acquises les circonstances de la publication au Moniteur en Belgique et de la possibilité de diffuser ce journal officiel dans le pays, que le législateur a adopté les dispositions contenues dans les lois de 1845 et 1898 et «a établi cette présomption juris et de jure de la connaissance de la loi le dixième jour après sa publication au Moniteur» (49). La manière dont s'exprime l'arrêt est significative. Au lieu de reprendre le texte de la disposition organique sur l'entrée en vigueur des lois et de dire que la loi devient obligatoire le dixième jour après celui de sa publication, l'arrêt affirme que le législateur a établi une présomption de connaissance de la loi à cette date.

L'arrêt du 13 novembre 1916 a été rendu à propos des circonstances exceptionnelles créées par la guerre de 1914 et l'occupation par l'ennemi de la quasi-totalité du territoire national. Vous connaissez les données du problème soumis aux Cours et tribunaux. Le Roi continuait à prendre des arrêtés royaux de nature réglementaire ; et même, les Chambres étant dans l'impossibilité de se réunir, le Roi exerçait seul le pouvoir législatif par la voie d'arrêtés-lois. Ces arrêtés-lois et ces arrêtés royaux étaient publiés au Moniteur belge, lequel était alors imprimé au Havre. Si quelques exemplaires du Moniteur y étaient parfois introduits clandestinement, il n'y avait évidemment pas en Belgique occupée une large diffusion de ce journal officiel de nature à permettre à de nombreux citoyens de prendre con-

(47) P. De Visscher, *La promulgation, la signature et la publication des lois en droit belge,* dans *La promulgation* ..., pp. 41-61, spécialement pp. 53-55.
(48) *Pas.*, 1881, I, 191.
(49) *Pas.*, 1917, I, 54.

naissance des textes législatifs et réglementaires édictés. Ces textes devenaient-ils obligatoires en Belgique occupée ? La publication qui était faite en dehors de celle-ci et qui avait donc nécessairement un caractère presque purement formel, suffisait-elle ou, au contraire, l'entrée en vigueur des arrêtés-lois et des arrêtés était-elle subordonnée à une publication ayant un caractère effectif ? Le problèmes était d'une importance capitale et extrêmement délicat. Les Cours et tribunaux hésitèrent beaucoup au sujet de la solution à lui donner. Il se produisit, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, une profonde évolution : on doit y distinguer trois phases.

Tout d'abord, la Cour de cassation a exigé une publication ayant un caractère effectif. Le 30 octobre 1916, elle a refusé de faire application d'un arrêté royal du 29 septembre 1914 pour le motif que, selon la constatation souveraine de la Cour d'appel, cet arrêté «n'avait pas été porté à la connaissance des intéressés et n'avait pas été publié dans la commune» (50). Peu de jours plus tard, le 13 novembre 1916, la Cour de cassation a rendu l'arrêt qui a déjà été cité plus haut et qui est motivé avec un soin particulier. Interprétant les dispositions aux termes desquelles les arrêtés royaux deviennent obligatoires le dixième jour après celui de leur publication, la Cour affirme «que ces prescriptions présupposent, dans la pensée du législateur, le temps de paix, la publication au Moniteur en Belgique, un territoire non occupé par des armées ennemies, des communications entre toutes les autorités, notamment de la part du pouvoir exécutif, s'exerçant librement et sans entraves, et surtout la circulation et la distribution du Moniteur autorisée et permise dans le pays». La Cour relève que la situation est évidemment tout autre «en temps de guerre et d'occupation du territoire». Et elle conclut «qu'alors les circonstances voulues par la loi n'existant plus à raison de la force majeure, il appartient au juge du fond de rechercher si la publication d'un arrêté, qu'on invoque devant elle a été régulière et si elle a été de nature à être connue des citoyens» (51).

Ensuite, la Cour a considéré qu'une présomption juris et de jure de connaissance de la loi résultait de sa publication au Moniteur belge, mais que cette présomption pouvait toutefois être écartée par la preuve d'un empêchement de force majeure. Dans un arrêt du 5 juillet 1917, la Cour

(50) *Pas.*, 1917, I, 291.
(51) *Pas.*, 1917, I, 54.

déclare que «d'après le système de publication des lois et arrêtés que (la loi de 1898) a consacré, la force obligatoire de ces actes résulte d'une présomption juris et de jure attachée à leur insertion au Moniteur et à l'expiration d'un laps de temps déterminé, sauf à admettre qu'un empêchement de force majeure a rendu impossible la connaissance de la loi ou de l'arrêté et a exercé ainsi une influence destructrice de la présomption légale» ([52]).

Finalement, la Cour de cassation a admis que la loi acquiert force obligatoire par le seul effet de son insertion au Moniteur belge et de l'expiration du laps de temps déterminé. Cette solution a été adoptée pour la première fois par la Cour de cassation dans son arrêt du 11 février 1919 ([53]). Cet arrêt contient une formule malheureuse. Il va, en effet, jusqu'à déclarer que «l'insertion d'une loi au Moniteur n'est pas destinée à la porter à la connaissance du public, mais uniquement à lui imprimer le caractère d'authenticité qui suffit pour que dès ce moment elle soit présumée connue de tous». Dans son arrêt du 4 juin 1919, la Cour de cassation a maintenu la même solution, mais en la justifiant par des considérations qui restent sans doute sujettes à controverse mais qui sont certainement beaucoup plus adéquates. Elle fait valoir «que l'insertion de la loi au Moniteur belge ... et l'expiration du délai après lequel elle est réputée connue des citoyens, réalisent par elles-mêmes le mode de publicité constitutif de la publication légale qui rend la loi obligatoire dans tout le royaume» ([54]). C'est désormais, sous réserve de minimes différences de rédaction, cette même formule que l'on va retrouver dans tous les arrêts, fort nombreux, par lesquels la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence, d'abord au cours des années 1919-1921 ([55]) et ensuite au lendemain de la seconde guerre mondiale, durant laquelle les ministres réunis en conseil ont été amenés à exercer le pouvoir législatif par des arrêtés-lois publiés également en dehors du territoire national ([56]).

(52) *Pas.*, 1917, I, 275, avec les conclusions contraires de M. le Premier avocat général JANSSENS.

(53) *Pas.*, 1919, I, 9, avec les conclusions du Procureur général TERLINDEN.

(54) *Pas.*, 1919, I, 97 également avec les conclusions du Procureur général TERLINDEN.

(55) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, T. I^er^, 3^e^ éd. 1962, n^os^ 196-203 et références citées : Cass. 11 décembre 1919, *Pas.*, 1920, I, 5 ; 18 février 1920, *Pas.*, 1920, I, 62 ; 22 avril 1920, *Pas.*, 1920, I, 124 ; 9 décembre 1920, *Pas.*, 1921, I, 177 ; 25 janvier 1921, *Pas.*, 1921, I, 223.

(56) Cass. 6 novembre 1944, *Pas.*, 1945, I, 23 ; 13 novembre 1944, *Pas.*, 1945, I, 54 ; 11 décembre 1944, *Pas.*, 1945, I, 65 ; 5 février 1945, *Pas.*, 1945, I, 109 ; 3 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, 229 ; 21 avril 1947, *Pas.*, 1947, I, 167 ; 21 août 1947, *Pas.*, 1947, I, 350 ; 19 août 1948, *Pas.*, 1948, I, 474.

La formule répétée dans de si nombreux arrêts par la Cour de cassation indique clairement comment celle-ci interprète la disposition sur l'entrée en vigueur de la loi ; pour la Cour, cette entrée en vigueur est subordonnée exclusivement à deux conditions : l'insertion de la loi au Moniteur belge et l'expiration du délai fixé. L'insertion de la loi au Moniteur belge suffit, en effet, à constituer la publication exigée, même si des circonstances extraordinaires empêchent une diffusion effective du Moniteur qui permettrait aux citoyens de prendre connaissance de la loi. Cette diffusion effective du Moniteur ne constitue pas une troisième condition de l'entrée en vigueur de la loi.

Le problème que la Cour de cassation a finalement tranché dans le sens qui vient d'être indiqué avait, comme on l'a vu, provoqué des divergences de jurisprudence, jusque dans les décisions successives de la Cour elle-même (57). Il a également suscité des controverses doctrinales pendant la guerre 1914-1918 et au lendemain de celle-ci (58). La solution que la Cour a adoptée en 1919 et maintenue depuis lors d'une manière constante est contestée par d'assez nombreux auteurs. M. De Page la combat avec véhémence (59). M. Vranckx fait de même (60). M. De Visscher reproche à cette solution une «rigueur excessive» (61).

Pour ma part, je ne tenterai pas d'entreprendre maintenant un examen critique approfondi de la jurisprudence de la Cour de cassation. M. Boland le fera dans sa communication. Mais sous peine d'avoir l'air de me dérober, je dois, me semble-t-il, prendre position en quelques mots. Sous la forme générale que la Cour de cassation lui a donnée, la solution adoptée ne me paraît pas exacte. Elle est sans doute conforme à la lettre de

(57) Par ailleurs, selon les arrêts de la Cour d'appel de Liège du 15 juillet 1916 (*Pas.*, 1917, II, 42) et du 26 février 1917 (*Pas.*, 1918, II, 182), la publication d'un texte par la voie du *Moniteur belge* implique qu'il soit «répandu dans le public».

(58) M. A. Schicks a soutenu que la publication prévue par la loi de 1898 implique une diffusion effective du Moniteur belge mais il considérait que les circonstances extraordinaires de la guerre n'entrent pas dans les prévisions de ladite loi (*Rev. prat. notariat belge*, 1919, pp. 17-26). Telle était aussi la position de la *Revue communale* (1919, pp. 55-58).

Des notes d'observations parues dans la *Belgique judiciaire* (1919, col. 303-311 et 314-317) approuvent plus complètement la solution adoptée par la Cour de cassation en 1919.

(59) *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. I^er^, 3^e^ éd. 1962, n° 205.

(60) *Iedereen wordt geacht de wet te kennen*, dans *Rechts. Weekbl.*, 1955-1956, col. 1217-1226.

(61) *Op. cit.*, p. 57.

la disposition sur l'entrée en vigueur de la loi. Mais, à mon sens, elle n'est pas en harmonie avec la *ratio legis* de cette disposition et de la disposition énoncée à l'article 129 de la Constitution : si ces dispositions subordonnent l'entrée en vigueur de la loi à sa publication préalable, c'est incontestablement pour que les citoyens soient mis en mesure de connaître les obligations que le législateur leur impose. Dès lors, la notion même de publication implique l'emploi d'un procédé qui permette effectivement aux citoyens d'acquérir cette connaissance. L'insertion de la loi dans le Moniteur belge ne suffit donc pas s'il ne s'y ajoute pas une diffusion de ce bulletin. D'une manière générale, lorsque des circonstances extraordinaires font obstacle à cette diffusion, il serait préférable, à mon sens, de considérer qu'il n'y a pas publication, qu'un cas de force majeure a empêché les citoyens de prendre connaissance de la loi et d'obéir à ses prescriptions (62). Toutefois, la solution adoptée par la Cour de cassation de Belgique me paraît justifiée dans la mesure où elle vise des circonstances extraordinaires de la nature de celles qui se sont présentées en Belgique durant les deux guerres mondiales (63). On ne peut, je pense, refuser à l'autorité publique d'invoquer elle aussi la force majeure (64). Cette considération me paraît, dans le raisonnement de la Cour de cassation, une considération complémentaire sous-jacente à celles par lesquelles la Cour, se fondant sur le principe, inclus dans la Constitution, de la permanence de l'État belge et de ses pouvoirs, a admis que, les Chambres étant empêchées de se réunir, le Roi ou le Conseil des ministres avait pu exercer le pouvoir législatif par la voie d'arrêtés-lois. Mais compte tenu de la règle inscrite à l'article 129 de la Constitution, ces arrêtés-lois auraient été dépourvus de toute force obligatoire sur le territoire national pendant toute la durée de l'occupation ennemie si la Cour n'avait pas admis également qu'une publication faite dans un Moniteur belge paraissant au Havre ou à Londres satisfaisait aux prescriptions de l'article 129 de la Constitution et de la loi de 1898. La Cour ne pouvait donc donner un caractère cohérent au système qu'elle avait adopté au sujet de la continuité de l'exercice des pouvoirs, sans le compléter — du moins pour les circonstances extraordinaires qui se sont produites pendant les deux guerres mon-

(62) Telle est la conception qui a été exprimée au cours des travaux préparatoires du Code civil (voir ci-dessus, p. 196).

(63) En ce sens, *Revue communale*, 1919, pp. 55-58.

(64) Voir les motifs de l'arrêt du Conseil d'État de France du 12 avril 1972, *Rec. Dal.-Sir.*, 1973, Jur., p. 681 avec observations J.-M. AUBY.

diales — (65) par la solution qu'elle a admise au sujet du mode de publication. En ce qui concerne le respect des droits des personnes, on ne peut, à mon avis, reprocher à la solution de la Cour de cassation d'entraîner des conséquences injustes, dans toute la mesure où les autorités belges en exil se sont bornées à consacrer par des dispositions de nature juridique des obligations que la morale civique suffisait à faire connaître et à imposer (66) (67).

TROISIÈME PARTIE

PORTÉE DE LA PRÉSOMPTION DE CONNAISSANCE DE LA LOI

Section I. — Mesures complémentaires tendant à faire connaître la loi

En Belgique, comme on vient de le rappeler, la loi acquiert force obligatoire par l'effet de sa publication au Moniteur belge et de l'expiration du délai prévu pour son entrée en vigueur, le législateur pouvant même fixer celle-ci au jour de la publication. Selon la doctrine des Cours et tribunaux, ce système repose sur l'idée d'une présomption de connaissance de la loi régulièrement publiée. Mais ceci n'a aucunement empêché le législateur belge de prescrire, en certains cas, des mesures complémentaires tendant à faire connaître réellement la loi d'une manière plus large que ne le permet la seule publication au Moniteur belge (68) (69). Le législateur est

(65) Comme je l'ai indiqué au texte, si je crois devoir émettre des réserves au sujet des considérations invoquées dans les arrêts de la Cour de cassation, c'est précisément pour le motif que ces arrêts s'expriment en termes trop généraux et que, définissant la notion même de publication légale, ils le font d'une manière qui me semble trop étroite.

(66) Comme exemple de disposition reposant sur une justification analogue, on peut citer l'article 7, alinéa 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

(67) Comparer avec les objections faites dans les développements de la proposition de loi de M. Coppieters supprimant toutes les conséquences des infractions aux articles 113 à 123 nonies du Code pénal et des arrêtés-lois des 25 mai 1945 et 19 septembre 1945 (*Doc. parl. Sénat*, sess. 1972-1973, n° 66).

(68) P. Errera, *Traité de droit public belge*, Paris, Giard et Brière, 1907, § 134, p. 204.

(69) En revanche, sans aller évidemment jusqu'à interdire la diffusion de son texte, la loi française du 21 décembre 1963 sur l'objection de conscience interdit « toute propagande sous quelque forme que ce soit tendant à inciter autrui à bénéficier des dispositions de la présente loi dans le but exclusif de se soustraire à ses obligations militaires» (article 11). La même disposition est reprise par la loi du 10 juin 1971 portant le Code du service national (article 29). La distinction entre des mesures tendant à donner une information, qui sont permises, et certains modes de propagande déclarés ainsi illicites soulève naturellement des difficultés.

donc — du moins dans une certaine mesure — conscient du fait que la plupart des citoyens connaissent fort mal la loi et que leur ignorance leur cause — parfois d'une façon fort injuste — de graves préjudices. Les procédés employés par le législateur pour remédier à cette situation sont divers : publications spéciales, lecture de la loi ou communication de son texte, notification des dispositions applicables, etc. ... Mais naturellement, l'efficacité de tous ces procédés, qui est plus ou moins grande selon leur nature et selon le domaine où ils sont mis en œuvre, ne peut être absolue.

A. Mesures complémentaires de publication.

Une disposition de caractère général, qui constitue actuellement l'article 56, alinéa 6, des lois sur l'emploi des langues en matière administrative coordonnées le 18 juillet 1966 porte que non seulement «les lois» — ce qui va de soi — mais même les «règlements» peuvent prescrire outre la publication au Moniteur belge, «un autre mode de publication des arrêtés royaux et ministériels».

Comme mesure complémentaire de publication de la loi, on peut citer l'affichage de son texte. Aux termes de l'article 19 de la loi du 16 août 1887 concernant l'ivresse publique, le texte de cette loi devait être affiché «à la porte de toutes les maisons communales» ainsi que «dans la salle principale de tous les cabarets, cafés et autres débits de boissons». L'arrêté-loi du 14 novembre 1939, qui a remplacé la loi de 1887 reprend, en son article 18 exactement la même disposition. On trouve presque toujours dans les débits de boissons le texte de l'arrêté-loi sur la répression de l'ivresse publique. Je l'ai vu une fois ou l'autre présenté de manière fort pittoresque ... Mais on ne pourrait affirmer que les clients portent habituellement beaucoup d'attention à ce document ...

B. Mesures complémentaires de communication de la loi.

En une série de domaines, la loi doit être communiquée aux intéressés, selon des formes qui varient d'ailleurs selon le cas.

Chacun connaît l'article 75 du Code civil, que le législateur belge a maintenu en vigueur, tout en le modifiant légèrement par la loi du 7 janvier 1908. Cet article prescrit à l'officier de l'état civil de faire, lors de la célébration du mariage, «*lecture*, aux parties, ... du chapitre VI du titre *Du mariage* sur les *Droits et les devoirs respectifs des époux* ...». Mais cette lecture d'un extrait du Code civil sert plus à donner à la célébration du mariage civil le caractère d'une cérémonie laïque qu'à instruire les époux de leurs obligations.

Veuillez m'excuser de passer sans transition à une tout autre matière, où nous retrouvons également l'obligation de faire une *lecture* de la loi. Aux termes de l'article 11 du Code de procédure pénale militaire, les miliciens et les volontaires ne sont soumis aux lois militaires qu'à partir «du moment où un agent commis à cet effet, leur ayant préalablement donné lecture des lois militaires, leur fait la déclaration qu'ils sont soumis à ces lois». Selon les arrêtés royaux d'exécution, il suffit de la lecture d'un résumé dont elles déterminent le texte (70).

La communication du texte de la loi doit parfois se faire par l'insertion de ce texte dans un *document remis aux intéressés*. Aux termes de l'article 3 du même Code de procédure pénale militaire, «les personnes employées dans un établissement ou dans un service de l'armée peuvent être soumises, en vertu d'un arrêté royal réglementaire, à certaines dispositions des lois pénales militaires». Mais ces dispositions doivent être «précisées dans leur contrat d'engagement» (71) (72). En vertu de l'article 10 de l'arrêté du Régent du 1er juillet 1949, modifié par l'arrêté du 19 septembre 1962, lors de la signature du contrat par lequel il engage un employé, le conservateur des hypothèques doit remettre à celui-ci une copie de l'arrêté (73).

La loi prescrit parfois *une mise de son texte à la disposition* des personnes qu'elle concerne. Ainsi la loi du 1er avril 1936 sur les contrats d'engagement pour le service des bâtiments de navigation intérieure porte que «Les textes français et flamand de la présente loi seront tenus à bord de tout bateau à la disposition des membres de l'équipage et déposés dans un endroit où à tout moment il sera possible d'en prendre connaissance sans devoir solliciter la permission ou l'intervention d'autrui» (art. 4).

C. Mesures complémentaires de publication ou de notification au sujet de l'ouverture de recours.

On sait combien l'institution de recours présente d'utilité pour la protection des droits et des intérêts des individus. Mais cette protection ne

(70) Voir l'arrêté royal du 7 mars 1967 (*Moniteur belge* du 17 mars).

(71) Précisément, pour que les «gens nommés» soient «informés à l'avance des conséquences de leur acceptation» (*Rapport de la Commission du Code de procédure pénale militaire,* doc. parl. Ch., sess. 1894-1895, n° 15, pp. 36-37).

(72) Nonobstant cette mesure, l'«arrêté royal réglementaire» n'acquiert de force obligatoire qu'à la condition d'avoir été publié au Moniteur belge (Cass. 18 février 1950, *Pas.*, 1950, I, 412).

(73) Arrêté du Régent du 1er juillet 1949 fixant le statut des employés des conservateurs des hypothèques, tel qu'il a été modifié par l'arrêté royal du 19 septembre 1962 (*Moniteur belge* du 22 septembre ; *Pasinomie*, 1962, p. 1121).

sera pas assurée en fait si les titulaires de ces droits et intérêts ne sont pas informés des recours qui leur sont ouverts par la loi. Ce sont évidemment les citoyens et les administrés de nationalité étrangère ayant le moins d'instruction qui sont le plus exposés au danger de ne pas bénéficier en réalité de la protection que leur accorde la loi. Pour éliminer ce danger dans la mesure du possible, le législateur oblige d'informer les intéressés des recours dont ils disposent en des matières qui touchent à leurs intérêts essentiels.

A plusieurs époques où sévissait une crise de logement aiguë, le législateur a institué des prorogations de bail, en obligeant les bailleurs à avertir les preneurs de la faculté que leur donnait la loi. Par exemple, l'article 4 de l'arrêté-loi du 12 mars 1945 portant des dispositions exceptionnelles en matière de baux à loyer énonce que le congé doit «à peine de nullité ... contenir l'avis que le preneur dispose de quinze jours pour demander la prorogation de bail au juge compétent» ([74]).

Si l'autorité administrative se distingue des particuliers par des prérogatives, elle s'en distingue aussi par des obligations plus étendues et plus rigoureuses. Chargée de veiller aux intérêts de tous, elle est tenue d'avoir égard même aux intérêts des particuliers avec lesquels elle se trouve virtuellement en litige. C'est pourquoi en de nombreux domaines du contentieux administratif, les lois et règlements imposent à l'autorité d'informer les particuliers du recours qu'ils peuvent exercer contre sa décision.

Dans le domaine de la sécurité sociale au sens large, les règlements organiques établissent d'une manière fort générale l'obligation indiquée. On peut, par exemple, citer l'arrêté royal du 29 avril 1969 portant règlement général en matière de revenu garanti aux personnes âgées (article 50) et l'arrêté royal du 17 novembre 1969 portant règlement général relatif à l'octroi d'allocations aux handicapés (article 46) ([75]) ([76]).

Le «Code électoral» relatif aux élections législatives dispose que le dépôt des listes provisoires d'électeurs est porté à la connaissance des

(74) M. TERRÉ croit pouvoir relever qu'une telle obligation de fournir des renseignements au sujet de la portée de la règle de droit tend, même dans les rapports entre personnes privées, à devenir plus générale. *Op. cit.*, p. 114.

(75) Ce dernier article porte que la notification de la décision prise par le fonctionnaire compétent «fait mention de la possibilité de recours contre la décision, du délai dans lequel ce recours doit être introduit et du siège de la juridiction à laquelle ce recours doit être adressé».

(76) Voir également les arrêtés réglant la procédure devant les juridictions administratives spécialisées qui avaient été instituées pour les diverses branches de la sécurité sociale et auxquelles le Code judiciaire a substitué les Cours et tribunaux du travail.

citoyens par un avis, publié par la voie d'affichage, «qui les invite à adresser au collège des bourgmestre et échevins le 20 novembre au plus tard ... toutes réclamations auxquelles les listes pourraient donner lieu». L'avis «mentionne qu'aucune réclamation tendant à l'inscription d'un électeur ne sera recevable devant la cour d'appel si elle n'a été préalablement soumise au collège avec toutes les pièces justificatives» (art. 28).

En matière d'impôts sur les revenus, l'administration informe le redevable, par un avis reproduit au verso de l'avertissement-extrait de rôle, qu'il peut se pourvoir en réclamation contre le montant de l'imposition auprès du directeur des contributions de la province ou de la région.

Section II. — Précisions sur le rôle de la présomption de connaissance de la loi dans plusieurs branches du droit

§ *1er En droit civil*

Autrefois des thèses radicalement opposées se sont affrontées au sujet de la valeur qu'il y a lieu de reconnaître en droit civil à l'adage «Nul n'est censé ignorer la loi». Certains auteurs considéraient que cet adage n'est d'application qu'en droit pénal et qu'il reste étranger au droit civil (77). D'autres auteurs allaient, au contraire, jusqu'à soutenir que l'adage énonce une règle de droit absolument générale et que celle-ci interdit complètement, sauf exceptions établies de manière expresse, d'invoquer en droit civil l'ignorance de la loi ou l'erreur relative à la portée de la loi. Cette seconde opinion était encore si répandue au début de ce siècle que M. G. Dereux a jugé nécessaire de la combattre vigoureusement (78).

Progressivement la doctrine et la jurisprudence ont élaboré des solutions dont il ressort que si l'adage exprime une règle valant en droit civil, celle-ci n'a pas la portée qu'on a parfois prétendu lui donner. Aujourd'hui un examen quelque peu attentif suffit pour faire apparaître qu'en droit civil, la règle a bien le sens indiqué dans la première partie de la présente communication : à strictement parler, elle ne consiste pas en une présomption

(77) Telle est encore l'opinion birèvement exprimée par De Page, qui, dans son *Traité* ne s'explique pas au sujet de la portée de sa thèse (T. Ier, 3e éd., n° 42).

(78) Art. cit., *Rev. trim. dr. civil*, 1907, pp. 513-554.

de connaissance de la loi ; elle signifie que la loi a force obligatoire à l'égard de tous, même à l'égard de ceux qui l'ignorent. Elle n'interdit pas d'invoquer jamais l'ignorance de la loi ; elle interdit d'invoquer l'ignorance de la loi pour se soustraire à l'application de celle-ci.

Comprise comme on vient de la définir, la règle vaut évidemment pour les dispositions impératives de la loi : celles-ci s'appliquent à tous, même à ceux qui les ignorent. Je ne peux mieux faire que de vous rappeler l'exemple donné par M. le Bâtonnier Bayart : «Si, nous a-t-il dit, quelqu'un, dans l'ignorance totale de la loi sur les baux commerciaux, donne un immeuble commercial en bail pour une durée de trois ans, il apprendra à sa grande surprise que son bail sera considéré comme conclu pour une durée de neuf ans, avec de plus, pour son locataire, un droit au renouvellement ([79]) ([80]).

La règle vaut notamment pour les dispositions impératives qui fixent un délai de déchéance ou de prescription. Souvent ceux à qui on oppose la déchéance ou la prescription invoquent qu'ils ignoraient la loi. Mais c'est évidemment en vain. Du moins, en principe, car la doctrine et la jurisprudence admettent, également sur ce point, une exception pour le cas de l'«erreur invincible». Vous savez que celle-ci a pour effet de faire fléchir la règle : une telle erreur permet à celui qui l'invoque d'écarter l'application de la loi. Évidemment, seule une erreur satisfaisant à des conditions très strictes peut produire cette conséquence, qui constitue une dérogation caractérisée au principe fondamental, d'une nécessité impérieuse, de la force obligatoire de la loi. Selon la formule employée par la Cour de cassation de Belgique ([82]), l'«erreur invincible» est celle qui «dans les mêmes circonstances» aurait été commise pour «tout homme raisonnable et prudent». Cette erreur peut concerner le fait ; elle peut également concerner la règle de droit. Il faut tout particulièrement mentionner l'erreur que l'autorité administrative elle-même a provoquée par des renseignements inexacts ou par son comportement. Encore qu'elles semblent fort rares, on peut trouver des décisions où le juge a accepté de ne pas appliquer à celui qui pouvait invoquer une erreur invincible, une

(79) *Peut-on éliminer les fictions en droit* ?, présent volume, pp. 33-34.

(80) Voir la loi du 30 avril 1951 relative aux baux commerciaux, article 3 et article 13, modifié par la loi du 27 mars 1970.

(81) AUBRY et RAU, T. I[er], 5[e] éd., p. 94 ; F. LAURENT, T. I[er], pp. 23-24 ; G. DEREUX, art. cit., p. 518.

(82) Notamment dans les arrêts rendus en matière pénale le 10 juillet 1946 (*Pas.*, 1946, I, 293) et le 6 octobre 1952 (*Pas.*, 1953, I, 37). Voir ci-dessous le § 2.

disposition qui fixe un délai de déchéance ou de prescription. Je crois intéressant de vous citer un jugement rendu le 19 juin 1968 par le tribunal civil de Mons, bien que l'erreur invincible admise concerne non la portée de la disposition légale mais la qualification juridique de la situation de la requérante : par ce jugement, le tribunal de Mons a décidé que, compte tenu de l'erreur constante des autorités administratives au sujet de la nationalité que la requérante avait au moment de son mariage, celle-ci a pu humainement se méprendre sur ce point et qu'elle justifie ainsi d'avoir été empêchée de manifester, dans le délai légal, son intention de conserver la nationalité belge ([83]).

On pourrait penser que, telle qu'elle a été définie, la règle ne vaut pas pour les dispositions supplétives puisque précisément la volonté des parties peut en écarter l'application. Mais, comme l'a observé judicieusement Maître Bayart, l'ignorance d'une disposition supplétive par une partie aura parfois pour conséquence que celle-ci s'abstiendra de convenir avec son cocontractant d'une dérogation qu'elle aurait estimée nécessaire si elle avait connu la disposition. Il va de soi que le juge ne peut suppléer au défaut de clause dérogatoire dans le contrat. La disposition supplétive s'appliquera donc même à la partie qui l'ignorait. Maître Bayart a donné un exemple, fort significatif, également emprunté à la loi sur les baux commerciaux. Aux termes de l'article 9 de cette loi, «*sauf convention contraire*, lorsque des transformations ont été effectuées aux frais du preneur, avec l'accord exprès ou tacite du bailleur ou en vertu d'une décision de justice, le bailleur ne peut pas exiger leur suppression au départ du preneur, mais peut s'y opposer». L'article ajoute que «Si les transformations ne sont pas supprimées, le bailleur a le choix ou de rembourser la valeur des matériaux et le coût de la main-d'œuvre ou de payer une somme égale à celle dont l'immeuble a augmenté de valeur». Le bailleur qui, dans l'ignorance de cet article n'aura pas pensé à y déroger, aura, à la fin du bail, la désagréable surprise de s'en voir appliquer les dispositions ([84]).

En ce qui concerne les dispositions supplétives, le problème peut cependant se poser parfois d'une manière toute différente, notamment en cas d'ignorance commune des deux parties. M. Dereux donne l'exemple suivant. L'article 1593 du Code civil énonce que «Les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur». La disposition

(83) *Revue communale*, 1968, p. 236.
(84) Présent volume, p. 34.

n'a qu'un caractère supplétif. Si les parties ont mis les frais de l'acte à charge du vendeur en croyant que telle est la règle légale, le juge devra, en cas de contestation surgissant ultérieurement, laisser les frais à charge du vendeur, nonobstant la prescription de l'article 1593. «Car, écrit M. Dereux, cet article et toutes les règles de droit analogues ont pour but suprême le respect absolu de la volonté secrète des parties. Et ce serait, en réalité, violer la loi que de mutiler cette volonté au nom de la loi» ([85]).

Plusieurs articles du Code civil prévoient le cas de l'erreur, soit de manière directe, soit en prenant en considération la bonne foi pour l'octroi de certains avantages. Pour bénéficier de l'application de ces articles, peut-on invoquer non seulement l'erreur de fait, mais aussi l'erreur de droit, l'ignorance de la loi ou une mauvaise interprétation de celle-ci ? Aujourd'hui, la jurisprudence et la doctrine admettent que, d'une manière générale, on peut invoquer l'erreur de droit. Mais autrefois il y a eu, surtout en certains domaines, des hésitations à accepter cette solution libérale, contre laquelle on objectait précisément que nul n'est censé ignorer la loi. Finalement, comme on l'a indiqué, a prévalu la conception qu'en dépit de son texte, cet adage n'institue pas une présomption générale de connaissance de la loi : il interdit seulement d'invoquer son ignorance de la loi pour faire échec au caractère obligatoire de celle-ci.

S'il y a bonne foi des époux ou de l'un d'eux, les effets de la nullité d'un mariage contracté en violation de la loi seront tempérés par la reconnaissance d'un *mariage putatif*. Tel est, comme on le sait, le système établi par les articles 201 et 202 du Code civil.

En Belgique, la Cour de cassation a déjà décidé par un arrêt du 11 novembre 1841 «que l'erreur de droit peut quelquefois servir de base à (la) bonne foi» ([86]). Un jugement rendu le 15 décembre 1886 par le tribunal civil de Bruxelles affirme «qu'il n'y a pas lieu d'établir à cet égard une distinction quelconque entre l'erreur de droit et l'erreur de fait, distinction qui ne se trouve pas mentionnée dans (l'article 201)» ([87]). La Cour de cassation va jusqu'à admettre que la fraude à la loi n'est pas incompatible avec la bonne foi. En effet, celle-ci consiste simplement, selon l'arrêt du 8 mars 1963, en «la croyance des époux ou de l'un d'eux qu'ils contractent un mariage valable». Dès lors, «la circonstance que des Belges contractent,

(85) Article cité, *Revue trim. dr. civil*, 1907, p. 515.
(86) *Pas.*, 1842, I, 70 ; De Page, Tome I^er^, n° 675.
(87) *Pas.*, 1887, III, 177 ; G. Dereux, art. cit., pp. 544-545.

en pays étranger, un mariage en vue d'éluder une disposition de la loi belge, notamment l'article 148 du Code civil, n'exclut pas nécessairement leur bonne foi, les époux pouvant avoir la croyance, élément purement subjectif dont l'existence appartient à l'appréciation souveraine du juge du fond, que le mariage célébré conformément à la législation étrangère est néanmoins valable en Belgique» (88).

En France, sous réserve de quelques décisions rendues en sens contraire (89), les juges du fond, qui furent très tôt appelés à se prononcer, ont également considéré que l'erreur de droit peut être constitutive de bonne foi (90). Dans un arrêt du 11 mars 1858, la Cour d'appel d'Aix a répondu à l'objection tirée de la maxime (91). Saisie à son tour de la question, la Cour de cassation a, par un arrêt du 30 juillet 1900, adopté la même solution que les juges du fond (92). Elle a confirmé sa jurisprudence par des arrêts du 14 mars 1933 (93) et du 14 décembre 1971 (94).

En ce qui concerne *la bonne foi requise du simple possesseur d'un bien*, la Cour de cassation de France a, par son arrêt du 11 janvier 1887, établi une distinction, pour les cas d'erreur de droit, entre le cas où il y a eu infraction à une loi d'ordre public et celui où il n'y a pas eu infraction à une telle loi. Dans cet arrêt, la Cour commence par rappeler «qu'aux termes de l'article 549 (du Code civil), le possesseur de bonne foi fait les fruits siens, et que, suivant la définition donnée par l'article 550, il est de bonne foi quand il possède comme propriétaire en vertu d'un titre de propriété dont il ignore le vice». Et la Cour ajoute «qu'à l'exception des cas où ce vice consiste dans une infraction à une loi d'ordre public, il importe peu que l'ignorance du possesseur provienne d'une erreur de fait ou de droit» (95).

Le problème de l'admission de l'erreur de droit s'est posé sur un plan beaucoup plus vaste : à propos de la question générale de l'«*erreur du consentement*» (Code civil, articles 1109, 1110 et 1131). Il s'agit même, plus

(88) *Pas.*, 1963, I, 754 ; F. RIGAUX, *Les personnes*, Tome I. Les relations familiales, n° 1487, *Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain*, Bruxelles, Larcier, 1971.

(89) Voir, par exemple, Colmar 14 juin 1838, SIREY, 1838, II, 345, indiqué par F. TERRÉ, *op. cit.*, p. 102.

(90) F. TERRÉ, *op. cit.*, p. 102, et nombreuses références indiquées.

(91) Aix, 11 mars 1858, SIREY, 1859, II, 17.

(92) SIREY, 1902, I, 225.

(93) SIREY, 1933, I, 168.

(94) *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles*, 1971, I, n° 320, p. 272 ; R. NERSON, *Rev. trim. dr. civil*, 1972, p. 770.

(95) SIREY, 1887, I, 225.

exactement, de la question de l'«erreur de volonté» puisqu'elle concerne tant les actes juridiques unilatéraux que les contrats.

Pour juger de la validité du consentement donné par une partie à un contrat ou de la validité d'un acte juridique unilatéral, peut-on prendre en considération l'erreur de droit ? Autrefois des décisions de justice ont refusé de le faire, en accord avec le sentiment de certains auteurs. Mais, depuis une période déjà longue, la doctrine me semble devenue unanime pour estimer que l'erreur de droit peut être invoquée à l'appui d'une demande tendant à faire déclarer nul un contrat ou un autre acte juridique : refuser d'avoir égard à une telle erreur pour le motif que «Nul n'est censé ignorer la loi», c'est adopter une interprétation trop littérale de la règle exprimée par cet adage et lui donner une portée excessive (96). En outre, si les articles 1356 et 2052 du Code civil interdisent respectivement de révoquer l'aveu sous prétexte d'une erreur de droit ou d'attaquer une transaction pour cause d'une telle erreur, il y a, pour expliquer ces solutions, des raisons propres aux deux matières de l'aveu et de la transaction. C'est pourquoi, les auteurs considèrent les règles établies au sujet de l'erreur de droit par les articles 1356 et 2052 comme des exceptions : ils estiment dès lors pouvoir se fonder sur les deux articles cités pour justifier, par un raisonnement *a contrario*, sur un plan général, l'admission de l'erreur de droit comme cause de nullité d'un contrat ou d'un acte juridique unilatéral.

On peut donner la renonciation à une succession comme exemple d'un acte juridique unilatéral, au sujet duquel il s'est produit une évolution dans les conceptions. En Belgique, F. Laurent admettait déjà qu'une renonciation à une succession peut être nulle par l'effet d'une erreur de droit : si le cas n'est pas prévu par la loi, la solution «résulte des principes» (97). Au contraire, en France, au siècle dernier, les tribunaux décidaient qu'une renonciation à une succession ne peut être annulée pour cause d'erreur de

(96) Voir, par exemple, F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Tome XV, nos 505 et s. ; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, T. Ier, 3e éd., n° 42. A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, Tome II, 8e éd., n° 32 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, revu et complété par G. RIPERT, T. Ier, 4e éd., n° 284, Paris, L.G.D.J. 1948 ; R. DECOTTIGNIES, *L'erreur de droit*, dans *Rev. trim. dr. civil*, 1951, pp. 309-330.

Pour la question d'une restriction en cas d'«erreur inexcusable», voir J. DABIN, *Erreur inexcusable et nullité des conventions*, dans *Études de droit civil*, Bruxelles, Larcier, 1947, pp. 31-61.

(97) *Principes de droit civil*, Tome IX, n° 469, Bruxelles, Paris, 1873, p. 538.

droit (98). Mais actuellement, cette erreur est accueillie et, comme le relève le Doyen Savatier, elle «paraît tenir une place majeure dans les arrêts qui depuis 1930 ont annulé pour erreur des renonciations successorales» (99) (100).

Les solutions que je viens de vous indiquer peuvent, comme l'observe le Professeur Terré, se concilier avec la maxime dont nous nous occupons aujourd'hui : en effet, dans les cas examinés, «il ne s'agit (pas) de se prévaloir de son ignorance pour éviter l'application de la loi, mais uniquement de faire admettre qu'en fait, le consentement d'un individu a été vicié parce qu'il ne connaissait pas ou a mal interprété la règle» ; l'erreur de droit admise «ne risque pas d'entraîner l'éviction de la règle ignorée, mais seulement l'annulation de l'acte juridique» (101). Toutes ces solutions font bien apparaître que la maxime n'est plus comprise aujourd'hui comme énonçant la règle d'une présomption générale de connaissance de la loi.

Autrefois, comme je vous l'ai déjà dit, on avait parfois, au contraire, donné, à la règle de droit positif exprimée par l'adage, la portée que semble indiquer son texte et considéré qu'elle établit une présomption absolument générale de connaissance des lois et arrêtés soumis à publication officielle et ayant fait l'objet d'une telle publication. C'est cette interpétation, beaucoup trop extensive, de la règle qui avait amené la Cour de cassation de France à adopter, en matière de responsabilité civile des compagnies de chemins de fer, une solution vraiment curieuse et très critiquable. De ce que les tarifs de chemins de fer sont «approuvés par le Gouvernement et légalement publiés», la Cour déduit, dans un arrêt du 20 février 1878, qu'ils «sont réputés connus de toutes les parties intéressées, qui peuvent les consulter» ; la Cour décide «que dès lors un expéditeur ne peut légalement prétendre avoir été induit en erreur sur les conditions de transport par un renseignement émané d'un employé de la Compagnie et qu'on ne saurait faire peser sur celle-ci, par une condamnation à des dommages-intérêts, la responsabilité des conséquences de cette erreur» (102). La Cour a confirmé sa jurisprudence à plusieurs reprises. Elle l'a notam-

(98) P. BOUREL, *L'erreur dans la renonciation à une succession*, dans *Rev. trim. dr. civ.*, 1972, pp. 233-257, spécialement nos 18-26 et références citées.

(99) Note sous Cass. civ. 15 juin 1960, SIREY, 1961, jur. 1.

(100) Voir déjà Cass. civ. 17 novembre 1930, SIREY, 1932, I, 17, avec note A. BRETON.

(101) F. TERRÉ, *op. cit.*, p. 105.

(102) SIREY, 1876-1879, p. 626.

ment fait par un arrêt du 21 janvier 1901, où elle a invoqué que «les délais de transports par chemins de fer sont établis par des arrêtés ministériels rendus publics ... que nul n'est censé ignorer» (103) (104). Ce refus d'admettre une responsabilité civile en cas de communication de renseignements erronés, pour le motif que ceux-ci concernent des dispositions légalement publiées nous paraît aujourd'hui très étrange. Nous trouvons cette solution dépourvue de toute justification valable. Elle montre les dangers auxquels on s'expose en maniant, sans précautions suffisantes, des constructions juridiques et notamment celle de la présomption de la connaissance de la loi.

Il est temps de passer à la matière du droit pénal.

§ 2. En droit pénal

C'est peut-être en droit pénal que les auteurs et les décisions de justice citent le plus fréquemment la maxime «Nul n'est censé ignorer la loi». C'est , en tout cas, dans cette matière qu'elle soulève les problèmes les plus cruciaux. D'une part, les nécessités les plus impérieuses de la sauvegarde de l'intérêt général empêchent de toute évidence qu'un contrevenant puisse échapper à la peine dès qu'il invoque son ignorance de la loi ou une erreur concernant la portée de celle-ci. D'autre part, comme de nombreux auteurs l'ont soutenu depuis longtemps; il est des circonstances spéciales où rien ne heurte davantage la justice que de punir ceux qui invoquent, dans ces circonstances, leur ignorance ou leur mauvaise interprétation de la loi.

En vue de préciser la portée de l'adage en droit pénal, je vous propose d'examiner deux questions qui me paraissent avoir un caractère fondamental. Il s'agit, en premier lieu, du rôle joué par l'adage dans la théorie du «dol général». Il s'agit, en second lieu, du tempérament apporté par la théorie de l'«erreur invincible» à cette règle primordiale que nul ne peut se soustraire à l'application de la loi en faisant valoir son ignorance ou sa mauvaise interprétation de celle-ci. Je vous présenterai, sur ces deux questions, simplement quelques réflexions. Je vous avoue que je ne m'avance pas sans quelques inquiétudes sur le terrain du droit pénal qui ne m'est pas du tout familier.

Vous savez que, selon la doctrine classique, pour l'ensemble des crimes et délits, l'infraction se compose d'un élément matériel et d'un élément

(103) DALLOZ, 1901, I, 379.
(104) Voy. G. DEREUX, art. cit., et F. TERRÉ, *op. cit.*, p. 109.

moral et que celui-ci comprend ce qu'on appelle le «*dol général*». On définit souvent le «dol général» comme l'«intention criminelle» ou l'«intention délictueuse» ([105]). Mais nous devons y être très attentifs, on considère que cette «intention criminelle» existe dès que le prévenu a eu la volonté de commettre un acte déterminé, si cet acte est interdit par la loi pénale. Il ne faut aucunement que l'auteur de l'infraction sache que l'acte est interdit par la loi pénale. Car précisément la règle exprimée par l'adage joue et, *ici, elle a pour objet d'établir une véritable présomption de connaissance de la loi.* Elle est, comme telle, un élément essentiel de la construction juridique que constitue la théorie du «dol général» comme le font clairement apparaître les explications de tous les auteurs ([106]). Dans son arrêt du 14 mars 1949, la Cour de cassation de Belgique a formulé en termes particulièrement nets les principes applicables. Elle y déclare «que la volonté d'enfreindre la loi pénale n'est pas une condition de l'existence des crimes dont le demandeur a été reconnu coupable ; que les articles 113, 115 et 118 du Code pénal (arrêté-loi du 17 décembre 1942) n'exigent aucun dol spécial ; que les faits qu'ils visent sont punissables dès que leur auteur a agi volontairement, librement et sciemment même si, en les accomplissant, il n'a pas voulu contrevenir à la loi ou ne s'est pas rendu compte qu'il commettait une infraction et quel qu'ait pu être d'ailleurs le mobile auquel il a obéi». Elle en déduit que «fût-il établi que le demandeur en perpétrant les faits retenus à sa charge n'a pas eu la volonté d'enfreindre la loi pénale, encore cette circonstance serait-elle impuissante à prouver son innocence» ([107]). Par ailleurs, dans son arrêt du 20 janvier 1943, la Cour avait fait valoir «que nul n'est censé ignorer la loi, et les règlements pris pour son exécution» ([108]). La présomption de connaissance de la loi joue un rôle capital dans la théorie classique du «dol général». Dans son ouvrage sur «Les principes généraux du droit pénal positif belge», le Professeur P.-E. Trousse pose cette question : «La conscience

(105) Voir, par exemple, P.-E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, n° 2403, *Les Novelles*, Droit pénal, Vol. 1 ; Robert LEGROS, *L'élément moral dans les infractions*, n^os^ 109-175 et nombreuses références citées.

(106) Voir, par exemple, P.-E. TROUSSE, *op. cit.*, n° 2403 ; R. LEGROS, *op. cit.*, spécialement n^os^ 140 et 144 et références indiquées ; R. VOUIN et J. LÉAUTÉ, *Droit pénal et criminologie*, n° 2, Thémis, Paris P.U.F. 1950 ; E. GARÇON, *Code pénal annoté*, article 1^er^, n° 77, cité par P. ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle*, dans *Rev. trim. dr. civil*, 1933, p. 631 ; Jean DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, p. 96, note 3, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1935.

(107) *Pas.*, 1949, I, 200.

(108) *Pas.*, 1943, I, 28. Voir aussi Cass. 16 octobre 1939, *Pas.*, 1939, I, 417.

comprend-elle la connaissance du caractère délictueux de l'activité voulue ou de la faute ?». «Oui, répond-il. Mais cette connaissance est présumée parce que le législateur a attaché à la publication des lois et règlements dans les formes imposées une présomption de connaissance (arg., loi 18 avril 1898, articles 4, alinéa 2, et 5)» ([109]). C'est précisément pour le motif que la doctrine classique du «dol général» fait ainsi état des éléments moraux subjectifs de l'«intention» et de la «connaissance», tout en recourant pour déterminer leur portée à l'élément purement objectif de la présomption de connaissance de la loi, que le Professeur Legros a reproché à cette doctrine d'être «artificielle» et «contradictoire» ([110]). On sait que, dans l'étude très pénétrante formant sa thèse sur «L'élément moral dans les infractions», le Professeur Legros a préconisé l'abandon complet de la notion de «dol général», qui n'est plus qu'une fiction inutile : il propose d'admettre franchement que, sauf cause de justification, le fait d'accomplir volontairement l'acte interdit par la loi pénale suffit à constituer l'infraction.

On a naturellement invoqué avec insistance l'adage dont je vous entretiens présentement pour refuser d'inclure parmi les causes d'*excuse, l'ignorance de la loi* ou l'erreur d'interprétation de celle-ci. Admettre une telle cause d'excuse, c'est méconnaître doublement l'adage. C'est, tout d'abord, s'écarter de l'adage compris, à la lettre, dans son sens large selon lequel il établit une présomption de connaissance de la loi. C'est, en outre, s'écarter même de l'adage compris dans son sens strict, selon lequel il exprime la règle fondamentale, inhérente à la force obligatoire de la loi, que la loi s'impose à tous et que nul ne peut se soustraire à son application en invoquant une circonstance personnelle. Considérer l'ignorance de la loi comme une cause d'excuse, c'est bien permettre à l'auteur de l'infraction de se soustraire de la sorte à l'application de la loi. Le problème qui se pose est donc celui de savoir s'il n'y a pas lieu d'admettre une exception à la règle fondamentale exprimée par l'adage, pour le cas spécial de l'«erreur invincible». Il s'agit là de l'erreur que l'auteur de l'infraction s'est trouvé dans l'impossibilité d'éviter, de l'erreur qui n'est en rien causée par sa faute. Depuis longtemps en Belgique, des auteurs ont soutenu que la responsabilité pénale est écartée par l'«erreur invincible» et que celle-ci peut consister en une erreur de droit. Telle était déjà la conception de J.

(109) *Op. cit.*, n° 2400.
(110) *Op. cit.*, spécialement n[os] 140, 171-174, et conclusions générales, n° 405/14-23.

Haus ([111]). Mais jusqu'à une époque récente, cette conception a été rejetée catégoriquement par la jurisprudence. Dans son arrêt du 24 novembre 1862, la Cour de cassation affirme, dans les termes les plus formels, que «l'erreur de droit ne peut jamais être invoquée pour se soustraire à l'application de lois d'ordre public» ([112]). L'arrêt du 31 janvier 1898 confirme la même solution d'une manière plus explicite : «... la distinction entre ces deux catégories d'erreurs (l'erreur de fait et l'erreur de droit) est essentielle puisque la première peut, suivant les circonstances exclure toute imputabilité, alors que l'interprétation erronée de la loi pénale ne saurait produire ce résultat, chacun étant censé connaître les lois de police et savoir qu'il n'est du pouvoir de personne d'en lever les prohibitions» ([113]). Il s'est produit dans la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique une évolution, qu'il ne m'est pas possible de décrire ici. Je me bornerai à signaler, pour la période de transition, un arrêt du 17 septembre 1934, qui distingue «l'ignorance de la loi» et l'«erreur sur le sens de la loi» : «l'ignorance de la loi pénale, lorsqu'elle résulte de circonstances de force majeure, peut être une cause de justification pour un prévenu» ([114]) ; «par contre, l'erreur sur le sens de la loi ne peut être invoquée comme cause de justification en cas d'infraction à des lois pénales, lois d'ordre et de police intérieurs» ([115]). Depuis l'époque de la seconde guerre mondiale, la Cour

(111) *Principes généraux du droit pénal belge*, T. Ier, nº 702, 3e éd., Gand. 1879. Voir également J. NYPELS et J. SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété*, T. Ier, 3e éd., 1938, Commentaire de l'article 71, nº 28.

(112) *Pas.*, 1863, I, 43, avec les conclusions du Procureur général Mathieu LECLERCQ.

(113) *Pas.*, 1898, I, 77.

(114) Dans l'Ancien droit, une situation particulière était reconnue aux étrangers comme on l'a signalé ci-dessus au texte.

Au lendemain des grandes codifications, on a considéré qu'il n'était plus permis de faire aucune distinction entre les étrangers et les citoyens pour l'application des «lois de police et de sûreté, qui, en effet, «obligent tous ceux qui habitent le territoire» (Code civil, article 3, alinéa 1er) (MERLIN, *Répertoire de jurisprudence*, Tome XIV, vº Ignorance, § 1er, nº III, p. 169, Bruxelles, Tarlier, 1826 ; note jointe par le Substitut du Procureur général DE PAEPE à un appel formé contre un jugement d'acquittement, Pas. 1863, I, 44-47).

Néanmoins, beaucoup d'auteurs sont restés fidèles à la conception qu'il y a lieu d'avoir égard à l'impossibilité ou à la grande difficulté où se trouve en certains cas l'étranger d'acquérir la connaissance de la loi de l'État, dans lequel il réside, parfois, depuis très peu de temps, ou dans lequel il ne fait que passer. Certaines décisions de justice se sont ralliées à cette conception (J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, T. Ier, nº 709 ; J. GOEDSEELS, *Commentaire du Code pénal belge*, Tome Ier, 2e éd., nº 711, Bruxelles, Bruylant, 1948 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit ciminel et de législation pénale comparée*, nº 140, 3e éd., Paris, Sirey, 1947 ; Robert LEGROS, *op. cit.*, p. 51, note 4 ; J.-P. COUTURIER, *L'erreur de droit invincible en matière pénale*, dans *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1968, p. 551.

(115) *Pas.*, 1934, I, 380 ; *Belgique judiciaire*, 1935, col. 309.

de cassation admet de manière très nette qu'à condition d'être invincible, l'erreur de droit constitue elle aussi une cause de justification et ce en vertu du principe général inclus dans l'article 71 du Code pénal ([116]). L'arrêt du 10 juillet 1946 déclare «que si, en principe, l'erreur de droit ou l'ignorance de la loi ne constitue pas une cause de justification, il en est autrement lorsqu'en raison des circonstances spéciales à l'espèce, elle apparaît comme invincible» ([117]). L'arrêt du 6 octobre 1952 explique «que suivant un principe général du droit pénal dont l'article 71 du Code pénal fait application, l'ignorance, lorsqu'elle est invincible, ou la force majeure constitue une cause de justification» ([118]).

La Cour de cassation a confirmé sa position à d'assez nombreuses reprises. Aujourd'hui, il est incontestable que la jurisprudence belge accueille l'excuse tirée de l'ignorance invincible de la loi ou de l'erreur invincible de droit ([119]). Mais les Cours et tribunaux de notre pays font preuve de beaucoup de prudence lorsqu'il s'agit de reconnaître un caractère invincible à l'ignorance ou à l'erreur alléguée par le prévenu. Les cas d'acquittement fondés sur cette excuse sont rares.

Permettez-moi de vous citer deux ou trois exemples. On connaît l'«affaire des tailleurs de Binche». Un des principaux prévenus avait consulté le président de la Fédération des industries du vêtement, et, par l'intermédiaire de celui-ci, d'autres personnalités. Il reçut l'avis que s'il était interdit de fournir à l'autorité allemande occupante des armes ou des munitions, on pouvait, en raison de la nécessité de maintenir une vie économique, tolérer la confection d'uniformes pour le personnel de la Reichsbahn. La Cour militaire admit que les prévenus avaient ainsi été amenés à commettre une erreur invincible. Et la Cour de cassation a considéré que l'arrêt de la Cour militaire était légalement justifié ([120]).

Dans une grande partie des cas, où l'erreur a été reconnue comme invincible, il s'agissait d'une erreur provoquée par des renseignements inexacts donnés par une autorité publique ou provoquée par le com-

(116) Voir déjà Cass. 17 septembre 1940, *Pas.*, 1940, I, 218 ; 15 janvier 1946, *Pas.*, 1946, I, 25.

(117) Cass. 10 juillet 1946, *Pas.*, 1946, I, 293, avec les conclusions de l'Avocat général JANSSENS DE BISTHOVEN ; *Rev. dr. pén.*, 1946-1947, p. 83.

(118) *Pas.*, 1953, I, 37 et note R. H. ; *J.T.*, 1952, p. 606 ; Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1953, p. 163 avec observations PHILONENKO.

(119) P. TROUSSE, *op. cit.*, nos 2565-2578, et références indiquées. Voir également Cass. 22 mai 1967, *Pas.*, 1967, I, 1097 ; 16 septembre 1968, *Pas.*, 1969, I, 53.

(120) *Pas.*, 1946, I, 293.

portement de cette autorité. Par un jugement du 8 mai 1954, le tribunal correctionnel de Furnes a acquitté le tenancier d'un établissement, poursuivi du chef d'avoir fait jouer de la musique à une heure où le règlement communal de police l'interdisait ; une déclaration du bourgmestre avait placé le prévenu dans une situation d'erreur invincible au sujet de la juste application du règlement ([121]). Par un jugement du 12 novembre 1958, le tribunal de police de Renaix a acquitté un employeur poursuivi du chef d'avoir seulement payé, pour un jour férié légal, 40 p.c. de son salaire à un travailleur en congé de maladie alors que la loi, selon le ministère public, imposait le paiement du salaire entier. Dans des circulaires successives, le Ministre de la Prévoyance sociale avait d'abord émis l'avis que la loi prescrivait le paiement de 40 p.c. du salaire, et ensuite l'avis que le paiement du salaire entier était exigé, et enfin de nouveau l'avis qu'il suffisait de payer 40 p.c. du salaire. A l'appui de sa décision, le tribunal a fait valoir «qu'on ne peut raisonnablement demander au prévenu qu'il connaisse mieux la juste signification et la portée des lois que le ministre chargé par le législateur de leur application et que les services spécialement compétents pour cette application» ([122]). Selon un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 9 mai 1963, l'erreur invincible, cause de justification élisive de l'infraction, doit être considérée comme établie lorsque les prévenus appartenant à une association de campeurs et poursuivis pour avoir établi des chalets dans une prairie sans l'autorisation du Ministre des Travaux publics qui était requise, ont été convaincus d'avoir respecté les exigences légales en raison des décisions et autorisations qu'ils avaient obtenues de l'autorité communale ([123]).

Pour ne pas abuser — encore plus que je ne le fais — de votre attention, je ne dirai que deux mots de la jurisprudence française. Selon un article de synthèse publié en 1968 par M. J.-P. Couturier, entre 1953 et 1961, les Cours et les tribunaux de France ont admis l'excuse de l'erreur de droit lorsque cette erreur était invincible ; mais depuis 1961, la Cour de cassation est retournée à la théorie rigoureuse de la présomption absolue de connaissance de la loi ([124]).

(121) *Rechts. Weekbl.*, 1953-1954, col. 1210.

(122) *Revue de dr. pén. et crim.*, 1958, p. 531 avec observations.

(123) *J.T.*, 1964, p. 150.

(124) *L'erreur de droit invincible en matière pénale*, dans *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1968, pp. 547-563, et nombreuses références citées.

§ 3. *En droit public et administratif*

Les dispositions de droit public, et notamment celles de droit administratif, ont un caractère impératif. Ni les particuliers ni les autorités ne peuvent y déroger ([125]) en dehors des cas — à vrai dire, exceptionnels — où ces dispositions le permettent.

Il va de soi que pour écarter, à leur profit, l'application d'une loi de droit public, les particuliers ne peuvent invoquer leur ignorance de celle-ci ni l'erreur commise au sujet de sa portée. Tel est le principe. Mais, en droit public également, la doctrine et la jurisprudence admettent le tempérament de l'«*erreur invincible*» *de droit*. Rares sont toutefois les décisions de justice qui ont accueilli une telle erreur. Je peux, du moins, vous citer un arrêt du Conseil d'État qui concerne un cas significatif. Aux termes de l'article 23 de la loi électorale communale, les présentations de candidats doivent être signées, dans les communes de 500 à 2000 habitants, par 10 électeurs communaux au moins. Il découle de l'économie de la loi électorale communale que le chiffre de la population à prendre en considération est celui du recensement général et non celui qui résulte des relevés publiés annuellement. En vue des élections communales qui devaient avoir lieu le 11 octobre 1970 à Miécret, une liste de candidats a été présentée par cinq électeurs. Ceux-ci s'étaient fondés sur ce que la commune de Miécret comptait, selon les relevés annuels, moins de 500 habitants. Or, selon le recensement général, le nombre d'habitants dépassait ce chiffre de 500. Une réclamation est introduite pour ce motif : elle conteste la validité de la présentation de la liste. Or, l'affiche signée par le président de l'unique bureau de vote de la commune portait que «La présentation doit être signée par cinq électeurs communaux au moins». De cette circonstance, le Conseil d'État déduit que «c'est par l'effet d'une erreur invincible que les requérants chargés par les candidats de la liste n° 1 de déposer leur liste se sont bornés à recueillir cinq signatures pour la présentation de cette liste» ([126]). Dans un autre litige concernant également la validité d'élections communales, le requérant, qui avait été condamné à une peine de trois mois de prison pour diverses infractions à

(125) Il en est ainsi même pour les dispositions qui n'ont pas un caractère d'ordre public en ce sens que le juge saisi d'un litige ne devrait pas soulever d'office le moyen tiré de leur violation.

(126) *C.E.*, 2 avril 1971, Elections communales de Miécret, n° 14.647, III[e], Rec., p. 400.

la loi sur la police du roulage, avait renoncé à présenter sa candidature, parce que le bourgmestre lui avait à tort déclaré que cette condamnation entraînait une inéligibilité. Compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, le Conseil d'État a jugé que si le requérant a été manifestement induit en erreur par le bourgmestre, cette erreur n'était pas invincible : l'intéressé avait notamment eu le loisir de vérifier le renseignement donné ([127]).

En matière administrative également, le juge invoque parfois l'adage compris dans son sens large où il établit *une présomption de connaissance de la loi*. Cet adage est si familier au juge que celui-ci l'a, en certains cas, invoqué de manière surabondante alors que la solution qu'il adoptait était légalement justifiée par un motif autre que le motif tiré de ladite présomption.

S'il est d'usage constant de viser au préambule d'un arrêté la loi en vertu de laquelle il est pris, aucune disposition légale ni réglementaire ne prescrit l'insertion de cette référence. On ne pourrait non plus soutenir qu'un principe général de droit public imposerait cette forme. Pour rejeter les critiques soulevées contre la légalité d'un arrêté royal n'indiquant pas la loi qui constitue son fondement ou indiquant par erreur une autre loi, la Cour de cassation et le Conseil d'État se sont souvent bornés à faire valoir que la mention dans un arrêté de son fondement légal ne constitue pas une forme substantielle de l'arrêté. Dans un arrêt du 16 mai 1958 en cause Confédération belge des pêcheurs à la ligne ([128]), le Conseil d'État décide que le fait pour le Gouvernement d'avoir omis de mentionner dans l'arrêté royal du 24 avril 1956 déclarant une partie de La Lesse rivière non navigable ni flottable, la référence à la loi du 15 mars 1950, où cet arrêté trouve son fondement, «ne constitue pas une violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité». De même, quelques semaines plus tard, dans un arrêt du 30 juin 1958, la Cour de cassation déclare que si l'arrêté royal incriminé ne vise pas la loi en vertu de laquelle il a été pris, «la référence à cette loi ne constitue toutefois pas une formalité substantielle prescrite par la loi et dont l'inobservation entraîne l'application de l'article 107 de la Constitution» ([129]). Mais dans un arrêt du 12 novembre 1954 ([130]), le Conseil d'État avait, pour justifier la même

(127) *C.E.*, 29 mars 1971, Elections communales de La Reid, n° 14.633, III[e], Rec., p. 366.

(128) N° 6285, III[e], Rec., p. 418.

(129) *Pas.*, 1958, I, 1219.

(130) En cause Collet, n° 3809, III[e], Rec., p. 956.

solution, invoqué aussi la présomption de connaissance de la loi : «si un arrêté doit contenir en lui-même la preuve de ce que les formalités imposées par le législateur comme conditions de sa validité ont été accomplies, il ne doit pas nécessairement indiquer sa base légale, *que nul n'est censé ignorer*». Le Conseil d'État ajoute «qu'une erreur matérielle dans l'indication de cette base légale est sans effet sur la légalité de l'arrêté». M. le Procureur général Ganshof van der Meersch a développé la même considération dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 17 mai 1963 : «... Normalement, l'arrêté mentionne la loi en vertu de laquelle il a été pris. Il est de bonne technique qu'il en soit ainsi. Mais il n'est pas requis qu'il en soit ainsi ; cette règle est la conséquence logique de la présomption juris et de jure selon laquelle on est censé connaître la loi. Nul n'est donc censé ignorer le fondement légal de l'arrêté réglementaire. Aussi avez-vous décidé que l'omission de cette référence ne constitue pas une violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité» ([131]) ([132]).

Essai de conclusions

La maxime «Nul n'est censé ignorer la loi» est très probablement l'adage juridique qui est le plus fréquemment cité. On le trouve, notamment, reproduit dans un certain nombre de décisions des jurisprudences belge et française, alors que, dans tous les pays de droit écrit, les juges veillent à ne pas sanctionner une règle qui, tout en étant exprimée par une maxime, ne serait pas consacrée par un texte. Tous les auteurs mentionnent l'adage et en font un examen — tantôt très bref, tantôt plus développé — , qu'il s'agisse des civilistes, des pénalistes, des publicistes ou encore des spécialistes d'autres branches du droit. Dans la théorie générale du droit, on lui porte naturellement une grande attention. Enfin, comme vous l'avez tous constaté, l'adage est souvent cité par les profanes.

A l'examen, il se confirme que la présomption de connaissance de la loi occupe une grande place dans le raisonnement juridique.

Le principal motif en est, à mon sens, que la présomption de connaissance de la loi est autre chose et plus qu'une présomption. Elle est, en premier lieu et surtout, l'expression imagée d'une règle de droit positif, à savoir que la loi a force obligatoire à l'égard de tous, de ceux qui

(131) *Pas.*, 1963, I, pp. 987-1000 et spécialement, p. 991 ; *J.T.*, 1963, p. 587.
(132) Voir aussi note sous Cass. 21 février 1972, *Pas.*, 1972, p. 569, note 1.

l'ignorent comme de ceux qui la connaissent. Il s'agit là d'une règle fondamentale, d'une nécessité si élémentaire qu'on conçoit difficilement qu'un système de droit ne la comprenne pas. On la retrouve, d'ailleurs, dans tous les systèmes. Elle est incluse dans les règles, écrites ou coutumières, qui déterminent entièrement les conditions d'acquisition par la loi de sa force obligatoire.

En second lieu, la présomption de connaissance de la loi joue un rôle important comme présomption. Tout d'abord, elle est, comme on l'a dit, une construction juridique qui sert à expliquer la règle de droit positif indiquée et à la concilier, sur le plan de la logique formelle, avec la règle de droit idéal, de droit utopique, selon laquelle on n'exigerait jamais l'obéissance des citoyens qu'à des règles qu'ils connaîtraient. Ensuite, la présomption de connaissance de la loi, utilisée comme une construction juridique, est employée pour renforcer la cohérence logique du système de droit. Des règles sont conçues par référence à cette présomption, par exemple, celle de l'exigence du «dol général» pour les crimes et les délits. La présomption de connaissance de la loi fait partie des idées fondamentales de notre culture juridique. Elle est si familière aux auteurs et aux juges que les premiers — et même les seconds — l'invoquent parfois de manière surabondante.

Ainsi conçue comme une présomption, la présomption de connaissance de la loi a même été invoquée à l'excès et utilisée parfois d'une manière abusive. Les auteurs et les tribunaux se sont fondés sur la présomption de la connaissance de la loi pour refuser de prendre en considération l'ignorance de la loi ou l'erreur de droit, même en certains cas où cette solution libérale n'aurait pas contredit la règle fondamentale que la loi a force obligatoire à l'égard de tous. Progressivement, on a pris conscience du caractère trop rigoureux de l'interprétation donnée à l'adage. Il s'est produit, dans la doctrine et la jurisprudence, une évolution importante : au terme de celle-ci, les auteurs et les tribunaux ne reconnaissent plus à l'adage qu'une portée beaucoup plus restreinte que celle qu'on lui attribuait autrefois. En une série de matières, des solutions plus favorables aux individus qui ignoraient la loi ou avaient commis une erreur de droit ont été admises. Ces solutions sont plus justes et plus raisonnables que les solutions antérieures ; à mon sens, elles sont même, en dernière analyse, plus logiques. Indépendamment du rôle qu'elle joue, comme construction juridique, sur le plan de la théorie, la présomption de connaissance de la loi a aujourd'hui presque exclusivement pour objet d'exprimer la règle fondamentale du caractère obligatoire de la loi.

Il y a sans doute eu autrefois une utilisation abusive de la présomption de connaissance de la loi. Mais je me demande si, en revanche, cette présomption n'a pas eu paradoxalement pour effet de favoriser l'admission de tempéraments à la force obligatoire de la loi. En ce domaine, les solutions reconnues légitimes en morale ([133]) ont incontestablement exercé une influence sur l'assouplissement du droit. Mais n'est-ce pas aussi pour le motif que la force obligatoire de la loi est traditionnellement liée à l'idée d'une présomption de connaissance de celle-ci que les auteurs — et, en certains pays, les juges et, en d'autres, le législateur lui-même ([134]) — ont été enclins à considérer que l'ignorance invincible de la loi ou une erreur invincible au sujet de sa portée peuvent être invoquées pour écarter l'application de la loi ?

«Nul n'est censé ignorer la loi». Entre l'allégation contenue dans l'adage et la réalité sociale, la distance est si grande qu'elle fait surgir un problème. Bien que ce problème ne concerne pas le raisonnement juridique, il est si grave que je crois ne pas pouvoir l'esquiver.

Bien sûr, l'adage doit être exactement compris : il ne signifie pas que chacun est censé connaître toutes les lois ; il signifie seulement que chacun est censé connaître la loi qui lui est applicable dans les circonstances où il se trouve ([135]). Cette présomption a, par elle-même, pour effet que la réalité se rapprochera d'elle. Sachant qu'ils ne pourront pas invoquer leur ignorance ou leur mauvaise interprétation de la loi, les citoyens auront le souci de s'informer des règles de droit qui, dans la pratique, présentent de l'intérêt pour eux ([136]). Cependant, même compte tenu de cette importante mise au point, la distance reste très grande entre la présomption et la réalité. Elle est si grande que beaucoup d'auteurs voient dans la maxime une fiction. Ceux qui la considèrent comme une présomption concèdent qu'elle est apparentée à une fiction. La fiction consiste à mettre délibérément le faux à la place du vrai alors que les rapports entre les hommes doivent certainement s'ordonner dans le respect de la vérité. L'étude de la technique juridique nous montre que, néanmoins, à la condition d'être utilisée avec mesure et de manière judicieuse, la fiction peut

(133) Jean DABIN, *Règle morale et règle juridique (Essai de comparaison systématique)*, Extrait des *Annales de droit et de sciences politiques*, Louvain, 1936, p. 36.

(134) Code pénal suisse, article 20.

(135) J. DABIN, *La technique de l'élaboration* ..., p. 278. J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 25.

(136) F. TERRÉ, *op. cit.*, p. 110 ; A. BAYART, présent volume, pp. 33-34.

aider à mieux atteindre les fins du droit, à mieux assurer la protection et le progrès des intérêts des membres de la collectivité. La fiction est semblable au poison que l'art du médecin emploie à la dose réduite appropriée et fait servir au rétablissement de la santé.

Si, en son principe, la présomption de connaissance de la loi qui est inhérente à la force obligatoire de celle-ci, est d'une nécessité absolue, elle entraîne parfois des conséquences fort préjudiciables pour des personnes déterminées, et, en certains cas, de graves injustices. Ce sont évidemment surtout les citoyens et les étrangers ayant le moins de culture qui seront victimes de ces injustices. Dans la pratique, l'application du principe de l'égalité devant la loi est faussée par l'inégalité qu'il y a, en fait, dans la connaissance de la loi (137). Eu égard aux situations de fait, il se justifie d'apporter des tempéraments à la règle de la présomption de connaissance de la loi. De toute évidence, ces tempéraments ne peuvent toutefois consister qu'en exceptions d'un caractère très limité. Dès lors, pour contribuer à résoudre le problème grave que pose l'écart existant entre la règle et le fait, entre la présomption de connaissance de la loi et l'ignorance par beaucoup de particuliers des dispositions légales fondamentales qui leur sont applicables, il est indispensable d'agir en vue de réduire cet écart dans toute la mesure du possible (138). Autorités publiques et groupements privés doivent employer tous les moyens adéquats pour que l'ensemble des citoyens et des étrangers séjournant sur le territoire puissent effectivement acquérir, selon leurs besoins, une meilleure connaissance des règles de droit qui les concernent. Il y a là une tâche que la justice impose et qui exige beaucoup d'efforts : celle d'œuvrer pour que le droit destiné à servir le bien commun de tous soit, davantage et de plus en plus, un bien commun à tous.

Université Catholique de Louvain.

(137) Voir, par exemple, Monique et Roland WEYL, *La part du droit dans la réalité et dans l'action*, pp. 86 et 93, Paris, Éditions sociales, 1968.

(138) Cette préoccupation est une de celles qui ont inspiré la création d'un «Ombudsman» ou d'un «médiateur» (voir par exemple F. MARX, *Grande-Bretagne. Le commissaire parlementaire britannique pour l'administration : un bilan de quatre années d'existence*, dans *Rev. dr. public*, 1972, p. 112).

Pour certaines missions d'information confiées aux autorités administratives dans les démocraties populaires, voir, par exemple, M. ELZANOWSKI, *Les tendances actuelles du droit administratif dans les pays de l'Est*, dans *Rev. de dr. intern. et de dr. comp.*, 1970, p. 117.

Bibliographie sommaire

G. Dereux, *Étude critique de l'adage : Nul n'est censé ignorer la loi*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1907, pp. 513-554.

R. Guillien, *Nul n'est censé ignorer la loi*, dans *Mélanges Roubier*, Tome I, pp. 253-260. Paris, 1961.

F. Terré, *Le rôle actuel de la maxime : «Nul n'est censé ignorer la loi»*, dans *Études de droit contemporain*, Nouvelle série (Contributions françaises au VII[e] Congrès international de droit comparé, Uppsala 1966), pp. 91-123. *Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, Tome XXX. Paris. Cujas. 1966.

A. Vranckx, *Iedereen wordt geacht de wet te kennen*, dans *Rechts. Weekbl.*, 1955-1956, col. 1217-1226.

Jean Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif* (p. 96, note 1 ; p. 262, note 2 ; p. 271 ; pp. 277-279), Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1935.

——, *Règle morale et règle juridique. (Essai de comparaison systématique)*, Extrait des *Annales de droit*, 1936, pp. 37-38 et p. 39.

——, *Erreur inexcusable et nullité des conventions*, dans *Études de droit civil*, Bruxelles, Larcier 1947, p. 33 ; pp. 57-58.

J.-P. Haesaert, *La forme et le fond du juridique*, dans *Revue de droit belge*, Tome IX, 1931-1935, pages 338-342.

Herman Bekaert, *Introduction à l'étude du droit*, Bruxelles, Bruylant 1964, n° 179.

R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, Paris L.G.D.J. 1950, p. 49.

Ch. H.

LA PUBLICATION DES LOIS ET ARRÊTÉS, CONDITION DU CARACTÈRE OBLIGATOIRE ET DU DÉLAI DE RECOURS EN ANNULATION : PRÉSOMPTIONS OU FICTIONS ? (1)

par Georges BOLAND

Premier Auditeur au Conseil d'État,
Docteur en Philosophie et Lettres (Histoire)

Dans son récent exposé sur l'adage : « Nul n'est censé ignorer la loi» (2), M. Charles Huberlant a fait clairement comprendre que cette loi que tout citoyen est censé connaître, c'est exclusivement la loi *publiée* et il a fait de cette condition l'objet de la deuxième partie de sa communication.

Nous en parlons à notre tour, mais d'une manière exclusive et en nous efforçant de ne pas faire double emploi. Alors que l'exposé de M. Huberlant était comparatif, le nôtre se limite à la Belgique. En revanche, il remonte aux premiers jours de l'État belge. Alors que M. Huberlant s'appuyait surtout sur la jurisprudence, nous attachons plus d'importance aux travaux préparatoires des lois. (Ce qui nous donnera l'occasion de constater que le législateur est parfois plus sévère pour lui-même que ne l'est à son égard le pouvoir judiciaire). Contrairement à l'exposé de M. Huberlant, le nôtre ne se borne pas aux lois et aux arrêtés et règlements d'administration générale ; il s'étend aussi, brièvement, aux arrêtés et règlements d'administration provinciale et d'administration communale. En terminant, nous dirons quelques mots de la publication des textes officiels considérée comme condition du délai de recours devant le Conseil d'État.

(1) Communication faite au C.N.R.L. le 2 décembre 1972.
(2) Communication faite au C.N.R.L. le 4 novembre 1972 (voir ci-dessus, p. 186).

Nous n'avons pas la prétention d'être exhaustif. Notre seul but est de fournir un certain nombre d'éléments qui permettent de réfléchir à la nature exacte de la publication des textes officiels comme condition de leur caractère obligatoire et comme condition du délai de recours en annulation.

* *

Au cours de la discussion qui a suivi l'exposé de M. Huberlant, nous avons été frappé par une remarque de M. Rigaux. A ses yeux, la publication, condition du caractère obligatoire des textes officiels, ne constitue pas seulement *une* présomption, mais un chapelet de présomptions, en ceci que tout citoyen est censé non seulement pouvoir lire tous les textes, mais savoir les comprendre, les combiner, les interpréter. Nous parlerions plutôt d'un faisceau de présomptions ou, si l'on veut, d'une présomption multiple.

Nous ne nous attarderons pas à cet aspect intellectuel de la présomption qui suppose chez tout lecteur des textes officiels une science juridique infuse. C'est là une magnifique fiction, mais il est vain d'en disserter. On doit constater qu'elle existe et qu'elle est indispensable. On peut tout au plus ajouter qu'elle fait la bonne fortune, sinon toujours la fortune, des avocats.

Mais l'aspect matériel de la connaissance des textes est lui-même complexe. Pour que tout citoyen puisse simplement lire un texte officiel, il faut non seulement que ce texte soit imprimé et que son impression parvienne jusqu'à lui, mais encore qu'il soit rédigé dans une langue qu'il comprenne.

Ainsi donc, notre analyse comprendra tout naturellement trois parties : le recueil officiel et son contenu ; la langue des textes officiels ; les conditions de leur diffusion et le lien (existant ou inexistant) entre cette diffusion et leur caractère obligatoire. Pour mieux faire comprendre la législation actuellement en vigueur sur ces matières, nous exposerons toutes les législations qui se sont succédé depuis la naissance de l'État belge jusqu'à nos jours. Quand nous disons : «toutes les législations», il s'agit en tout et pour tout de douze textes : quatre antérieurs à la Constitution belge ; la Constitution elle-même et cinq lois postérieures : de 1831, 1845, 1898, 1961 et 1963 ; enfin, la révision constitutionnelle de 1970 et une des lois qui la complètent, de 1971. C'est en faisant ensuite la synthèse de toutes ces dispositions que nous nous efforcerons de répondre à la question : présomption ou fiction ?

* *

* *

Les recueils officiels et leur contenu

Un des premiers actes du Gouvernement provisoire de la Belgique a été de créer, le 5 octobre 1830, une «feuille officielle». Le Gouvernement provisoire déclare «vouloir faciliter la correspondance officielle et faire porter régulièrement et aussitôt que possible à la connaissance du public les ordres, arrêtés et autres actes». On trouve là une belle définition de la publication, au sens de «l'action de rendre public». La publication officielle (au sens de «recueil imprimé qui réalise cette publication») portera le nom de *Bulletin des arrêtés et actes du Gouvernement provisoire de la Belgique*. Il est précisé dans l'arrêté que ce bulletin tiendra lieu provisoirement de bulletin des lois, c'est-à-dire en réalité de bulletin des décrets. Il contenait en outre les arrêtés, avis et ordres des comités et commissions du Gouvernement provisoire, les nominations civiles et militaires ainsi que les rapports et autres pièces dont la publicité était utile.

Dès le 27 novembre 1830, le Congrès national décrète que ses propres décrets seront transmis dans les 24 heures au pouvoir exécutif, qui les fera publier immédiatement. Le Bulletin du Gouvernement provisoire devient le *Bulletin officiel des décrets du Congrès national de la Belgique et des arrêtés du pouvoir exécutif.*

A son tour, le 10 décembre 1830, le Gouvernement provisoire décide que le bulletin officiel ne contiendra plus, outre les décrets du Congrès national, que les arrêtés généraux du Gouvernement. C'est la première fois que l'on voit apparaître la notion d'«arrêtés généraux».

*

* *

C'est alors que voit le jour la Constitution belge, sanctionnée le 7 février 1831. La Constitution décide, d'une part, que le Roi sanctionne et promulgue les lois (article 69) ; d'autre part, qu'«aucune loi, aucun arrêté ou règlement d'administration générale, provinciale et communale n'est obligatoire qu'après avoir été publié dans la forme déterminée par la loi» (article 129).

En exécution de la Constitution, la loi du 19 septembre 1831 arrête, pour la première fois, la formule de «sanction et promulgation» des lois (3)

(3) La sanction est «l'acte par lequel le Roi, agissant en sa qualité de troisième branche de l'organe législatif, manifeste son accord avec la volonté exprimée dans un projet de loi par les deux Chambres législatives» (P. DE VISSCHER, *La promulgation, la signature et la*

et elle prescrit que «les lois seront *insérées* au *Bulletin officiel* aussitôt après leur promulgation». (Cette dernière formule est la même que pour les décrets du Congrès national, à ceci près que la promulgation remplace la «transmission dans les 24 heures au pouvoir exécutif»). La loi de 1831 change une nouvelle fois la dénomination du bulletin, qui sera désormais le *Bulletin officiel des lois et arrêtés royaux de la Belgique*.

*
* *

En 1845 intervient une réforme importante. La loi du 28 février 1845 substitue au *Bulletin des lois*, comme publication officielle des lois et arrêtés, le *Moniteur*, qui contenait déjà une partie officielle, faite de communiqués divers (4). Le Ministre de la Justice de l'époque a donné de cette substitution plusieurs raisons, dont la première est la suivante : «Le *Bulletin officiel* ne paraissant que quand il y a des lois ou des arrêtés à insérer, n'a pas une publication régulière et ne présente pas ainsi cette certitude de date qu'offre un journal qui paraît tous les jours. — Il importe beaucoup sans doute d'avoir une date fixe sur laquelle il n'y ait pas de contestation possible : il est donc préférable de prendre l'insertion au *Moniteur*, dont la publication est régulière, comme point de départ pour le délai légal. — ... on pourrait soutenir qu'un *Bulletin* portant la date du 2 janvier n'a paru que le lendemain», ce qui est matériellement impossible pour un journal imprimé et distribué tous les jours (5).

publication des lois en droit belge, p. 41, dans *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé*, dir. J.-B. Herzog et G. Vlachos (*Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, XX), p. 41-62). (*N.B.* Nous aurions plutôt écrit : «en sa qualité de *première* branche de l'organe législatif» ; en effet, l'article 26 de la Constitution dispose : «Le pouvoir législatif s'exerce collectivement *par le Roi*, la Chambre des Représentants et le Sénat». Nul n'ignore, au demeurant, le rôle de plus en plus prépondérant joué par le gouvernement dans la vie législative belge). La promulgation est «l'acte par lequel le Roi, agissant en sa qualité de chef du pouvoir exécutif, atteste l'existence de la loi et en ordonne l'exécution» (*Cass.*, 2 juillet 1948, *Pas.*, 1948, I, 429).

(4) En réalité, dès avant la loi du 28 février 1845, la *Moniteur* portait le titre : *Le Moniteur belge* et le sous-titre *Journal officiel*. Il les a gardés jusqu'en 1888. A partir du 1er juillet 1888 (nº 183), il a porté le titre : *Moniteur belge* et les sous-titres : *Journal officiel — Staatsblad*. Enfin, depuis le numéro 88 du 29 mars 1939, il porte le double titre : *Moniteur belge, Belgisch Staatsblad*, sans sous-titre. A notre connaissance, aucun texte officiel n'a décidé ces modifications successives.

(5) *Pasinomie*, 1845, p. 28-29, note.

Le *Moniteur* publiera les lois immédiatement après leur promulgation. Il publiera les arrêtés royaux dans le mois de leur date. Toutefois, ceux qui n'intéresseront pas la généralité des citoyens ne seront publiés que par extrait, «sauf ceux dont la publicité, sans présenter aucun caractère d'utilité publique, pourrait léser les intérêts individuels ou nuire aux intérêts de l'État».

Le *Bulletin officiel* ne disparaît pas cependant. Il est transformé en un *Recueil des lois et arrêtés*, dans lequel le Gouvernement est tenu de faire «réimprimer», avec une traduction flamande pour les communes où l'on parle cette langue, toutes les lois et tous les arrêtés «dont l'objet n'est pas purement individuel ou local». Ce recueil sera adressé directement aux communes, immédiatement après l'insertion des lois et arrêtés au *Moniteur* (article 5, alinéa 3).

La loi du 18 avril 1898, qui a été extrêmement importante au point de vue de l'emploi des langues dans les textes officiels, n'a pas apporté de modifications dans la nature des recueils officiels, ni dans leur contenu.

La loi du 31 mai 1961 est la première à parler de la publication des arrêtés ministériels. A ce point de vue, elle met les arrêtés ministériels exactement sur le même pied que les arrêtés royaux. A propos de ces derniers, elle est plus souple que la loi de 1845. Alors que les arrêtés qui n'intéressent pas la généralité des citoyens devaient être publiés par extrait, sauf si, leur publicité n'ayant pas de caractère d'utilité publique, elle pouvait léser des intérêts individuels ou d'État ; à l'avenir, ces arrêtés pourront n'être publiés que par extrait ou même par simple mention, voire, si leur publicité ne présente pas de caractère d'utilité publique, ils pourront ne pas être publiés du tout.

La loi du 2 août 1963 relative à l'emploi des langues en matière administrative permet que certains arrêtés royaux et ministériels (disons en bref que ce sont ceux qui n'intéressent qu'une des deux communautés linguistiques) ne soient rédigés qu'en français ou en néerlandais. Il y a donc depuis lors deux catégories d'arrêtés royaux et ministériels : les arrêtés bilingues et les arrêtés unilingues. Cette innovation, qui va dans le sens du courant politique actuel, est en somme assez logique. Ce qui l'est beaucoup moins, c'est la conséquence que le législateur a cru devoir en tirer dans le domaine de la publication. Alors que le régime de la loi de 1961 est intégralement maintenu pour les arrêtés bilingues, à savoir :

— publication intégrale obligatoire pour les arrêtés qui intéressent la généralité des citoyens ;

— publication au moins par extrait ou par simple mention pour les autres arrêtés dont la publicité présente un caractère d'utilité publique ;

— publication purement facultative pour ceux dont la publicité ne présente pas un tel caractère,

la loi de 1963 dispose que «les arrêtés royaux et ministériels rédigés en une seule langue *ne* peuvent faire l'objet *que* d'une simple mention dans les deux langues au *Moniteur belge* ; si une telle mention ne présente aucun caractère d'utilité publique, il peut y être renoncé». Certains de ces arrêtés seront pourtant de nature à intéresser la généralité des citoyens de l'une des deux communautés linguistiques. Le Conseil d'État n'a-t-il pas estimé récemment qu'un arrêté doit être considéré comme intéressant la généralité des citoyens dès qu'il intéresse toute catégorie de citoyens qui se trouve dans les mêmes conditions de fait ? (En l'espèce, il s'agissait d'un arrêté intéressant tous les pères et futurs pères de famille disposés à faire inscrire un enfant dans un athénée royal) (6).

Nous pensons qu'il nous sera plus facile d'expliquer comment on a pu en arriver à cette véritable interdiction de publication, quand nous aurons fait l'historique du deuxième élément que nous distinguons dans les publications officielles belges, à savoir la langue des textes.

En 1970, est intervenue une importante réforme de la Constitution, qui a notamment introduit dans l'arsenal législatif belge une nouvelle catégorie de textes officiels : les décrets, qui ont force de loi dans les limites de la compétence du conseil culturel qui les a votés. L'article 59*bis*, inséré dans la Constitution par la modification du 24 décembre 1970, crée en effet un «conseil culturel» pour chacune des «communautés culturelles» française et néerlandaise. Il rend applicable aux décrets de ces conseils les articles 69 et 129 de la Constitution (7).

La loi du 3 juillet 1971 détermine la formule de sanction-promulgation des décrets (article 7). Elle prévoit qu'ils seront publiés au *Moniteur belge* après leur promulgation. Il va sans dire qu'il s'agit d'une publication intégrale, comme pour les lois.

(6) Arrêt *Vogel*, n° 15.139, du 2 décembre 1971. Sur les arrêtés qui peuvent être unilingues et ceux qui doivent être bilingues, voir l'étude très fouillée de A. VANDER STICHELE, *Het gebruik der talen inzake verordeningen*, dans *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 1964, pp. 155-162.

(7) Voir ci-dessus, p. [231].

La langue des publications

Dans son arrêté du 5 octobre 1830 créant le *Bulletin des arrêtés et actes du Gouvernement provisoire de la Belgique*, ledit gouvernement ne fait aucune allusion à la langue de la publication des textes officiels, qui dans sa pensée est bien sûr le français, mais le français seul. Il serait trop facile de chercher la raison de cette attitude — et certains, non historiens il est vrai, n'ont pas manqué de le faire — dans une sorte de mépris de la classe dirigeante pour ce qui était alors la langue du peuple dans la partie nord du pays.

La vérité est tout autre. En effet, dès le 16 novembre 1830 (dans un arrêté que nous n'avons pas encore cité parce qu'il n'avait précisément qu'une portée linguistique), le Gouvernement provisoire déclare textuellement ceci :

> «Considérant que le principe déjà proclamé de la liberté du langage emporte pour chaque citoyen la faculté de se servir de l'idiome qui convient le mieux à ses intérêts et à ses habitudes ;
>
> Et voulant régulariser l'exercice de cette faculté, pour la mettre en harmonie avec le service des administrations et des tribunaux ;
>
> Considérant d'autre part que les langues flamande et allemande en usage parmi les habitans (*sic*), de certaines localités, varient de province à province, et quelque fois de district à district, de sorte qu'il serait impossible de publier un texte officiel des lois et arrêtés en langue flamande et allemande ...»

Et pour pallier cette lacune, le Gouvernement provisoire, après avoir déclaré, expressément cette fois, que le bulletin officiel serait publié en français, enjoint aux gouverneurs des provinces «où la langue flamande ou allemande est en usage parmi les habitans», de publier, dans leur *Mémorial administratif*, «une traduction flamande ou allemande des lois et actes du Gouvernement qui seraient applicables à toute la Belgique, et des actes particuliers qui ne concerneraient que leur province». Cette traduction paraîtra dans le plus proche numéro du *Mémorial* et, en cas d'urgence, dans un numéro spécial ...

Dix jours plus tard, le Congrès national, qui est évidemment beaucoup plus représentatif de la nation que le Gouvernement provisoire, fait un pas de plus : il ne semble pas gêné, lui, par la multiplicité des langues flamandes et allemandes, puisqu'il prescrit, dans le décret du 27 novembre 1830 relatif à la publication des décrets dans le *Bulletin officiel*, que le pouvoir exécutif fera publier immédiatement, «avec une traduction flamande ou

allemande pour les communes où l'on parle ces langues», les décrets du Congrès, qui doivent lui être transmis à cet effet dans les 24 heures de leur date. On remarquera que ce décret ne concernait que les décrets : les arrêtés royaux continueront donc d'être publiés sans traduction au *Bulletin officiel* ; mais des traductions paraîtront éventuellement dans les *Mémoriaux administratifs*.

La loi du 19 septembre 1831 exige, pour la publication des lois, la même traduction que le Congrès national avait exigée pour ses décrets, mais elle précise que le texte français demeurera néanmoins seul officiel.

On se souviendra que la loi du 28 février 1845 avait remplacé le *Bulletin officiel* par le *Moniteur* et transformé ledit *Bulletin* en un *Recueil des lois et arrêtés*. La première raison invoquée était, nous l'avons dit, le caractère quotidien du *Moniteur*. Mais la deuxième a été exprimée comme suit par le Ministre de la Justice : «Il y a des lois assez longues qu'il faut traduire, il serait impossible d'exiger que le *Bulletin* parût toujours le lendemain du jour où la loi est sanctionnée ; cela serait même impossible quand la loi est sanctionnée le jour même du vote» (8). Ainsi donc désormais, le texte officiel des lois et arrêtés paraîtra au *Moniteur* et la traduction officielle, un peu plus tard dans le *Recueil*. Rappelons que le *Recueil* ne doit pas reproduire les lois et arrêtés dont l'objet est purement individuel ou local ; en revanche, il doit contenir une traduction, non plus seulement des lois, mais aussi des arrêtés. Mais la loi de 1845 ne parle plus que d'une traduction flamande, et pour cause : le traité hollando-belge du 19 avril 1839 avait séparé de la Belgique presque toute la partie allemande du Grand-Duché de Luxembourg. Il ne restait donc plus que quelques communes de langue allemande dans le royaume de Belgique.

Au point de vue linguistique, c'est évidemment la loi du 18 avril 1898 qui est la plus importante. A l'avenir :

— les lois seront votées, sanctionnées, promulguées et publiées en langue française et en langue flamande ; de même, les arrêtés royaux seront «faits» et publiés dans ces deux langues ;

— cette publication se fera par insertion au *Moniteur*, texte français et texte flamand en regard ;

— enfin, «les contestations basées sur la divergence des textes, seront décidées d'après la volonté du législateur, déterminée suivant les règles ordinaires d'interprétation, sans prééminence d'un texte sur l'autre».

(8) *Pasinomie*, 1845, p. 29, note.

Le *Recueil des lois et arrêtés* continuera, de son côté, à publier, en français et en flamand, les «lois et arrêtés intéressant la généralité du pays». Mais il aura certes beaucoup moins d'importance, puisque le *Moniteur* contiendra désormais deux textes officiels d'égale valeur. En fait, depuis un certain temps, le *Moniteur* contenait déjà, à côté du texte officiel français, une traduction flamande. C'est ce qui ressort de la déclaration suivante du rapporteur de la commission de la Justice au Sénat : «Déjà nous avons le *Moniteur* bilingue (en vertu d') une pratique dont l'honorable M. Begerem avait pris l'initiative sous sa responsabilité ministérielle». (L'honorable M. Begerem est précisément le ministre qui a fait voter la loi de 1898). Or, lors d'un premier examen du projet, le Sénat, s'opposant à la Chambre des représentants, avait remplacé l'obligation de voter les lois en deux langues en une obligation, pour le gouvernement, de traduire en flamand toute nouvelle loi dans l'arrêté de sanction-promulgation. Le rapporteur souligna que le Sénat ne faisait ainsi que rendre obligatoire une pratique existante et ne répondait pas au vœu de la population flamande. En fin de compte, le Sénat s'est rallié au texte de la Chambre.

Ainsi donc, depuis 1898, le *Moniteur* est devenu intégralement bilingue et, quant à sa présentation matérielle, intégralement divisé en deux colonnes. Car on peut être assuré que lorsque des arrêtés ministériels (textes dont la loi de 1898 ne parlait pas) y étaient insérés librement par le gouvernement, ils l'étaient eux aussi dans les deux langues. Aussi, la loi de 1961 n'a-t-elle pas innové sur ce point, lorsqu'elle a rendu obligatoire ou facultative, dans les mêmes conditions que celle des arrêtés royaux, la publication, intégrale ou partielle, des arrêtés *ministériels*.

C'est sans doute cette stricte habitude, vieille de deux générations déjà, qui a fait considérer comme inimaginable au législateur de 1963 qu'un texte pût paraître intégralement au *Moniteur* en une seule langue, ou même avec une simple traduction officielle, alors qu'il aurait été rédigé en une seule langue, ce que la loi de 1963 permet pour les arrêtés royaux et ministériels qui «se rapportent exclusivement soit à la région de langue française ou de langue néerlandaise, soit à un (seul) des (deux) cadres ou rôles linguistiques des services dont l'activité s'étend à tout le pays». On sait qu'en pareil cas, les arrêtés *ne peuvent* faire l'objet *que d'une simple mention* dans les deux langues au *Moniteur* ; ce qui constitue une véritable régression en matière de publicité, car il n'existe pas, jusqu'ici, de recueil officiel des textes unilingues à l'usage de l'une ou l'autre des deux communautés linguistiques.

Une attitude diamétralement opposée a été adoptée à l'égard des décrets des conseils culturels. En effet, l'article 8 de la loi du 3 juillet 1971 dispose que ces décrets sont publiés au *Moniteur* «avec une traduction dans la langue employée pour les décrets de l'autre conseil culturel». (En fait, cette traduction est publiée à la suite, et non en regard, du texte original).

La diffusion des publications officielles et le lien entre cette diffusion et la force obligatoire des textes publiés

Dès le début de l'existence de l'État belge, les autorités responsables ont eu le souci d'une diffusion effective et rapide des publications officielles.

L'arrêté du 5 octobre 1830 créant le *Bulletin des arrêtés et actes du Gouvernement provisoire* dispose que ce bulletin sera provisoirement affiché dans la ville de Bruxelles «en forme de placard» et surtout que «sa distribution se fera régulièrement». L'arrêté précise qu'«un nombre suffisant d'exemplaires (en) sera adressé par la poste (en franchise de port), aussitôt (après) sa publication, aux autorités administratives et judiciaires dans chaque province».

Et voici les conséquences que l'arrêté attache à cette diffusion : «Messieurs les gouverneurs, présidens (*sic*) de cours, avocats-généraux et autres fonctionnaires sont tenus de se conformer exactement et sans attendre d'autre correspondance spéciale, aux dispositions insérées audit bulletin» (article 5). «... tous les arrêtés, décrets et ordonnances contenant quelques mesures générales prises par le Gouvernement, seront obligatoires dans l'étendue de chaque province trois jours francs après l'arrivée du bulletin au chef-lieu. Le jour de l'arrivée sera constaté sur un registre paraphé par M. le gouverneur ...» (article 6).

Nous sommes ici en présence de la première application, dans la législation belge, de la distinction entre la force exécutoire et la force obligatoire des lois et arrêtés. Les autorités chargées d'appliquer les textes officiels ont le droit — et même, aux termes de l'arrêté du Gouvernement provisoire, le devoir — d'exécuter ceux-ci dès qu'ils en ont officiellement connaissance. Cependant, ils ne peuvent, dans cette exécution immédiate, imposer aucune obligation aux simples citoyens. A l'égard de ces derniers,

les textes ne deviennent obligatoires que par l'écoulement du délai prescrit (9).

A une époque où le chemin de fer n'existait pas, on comprend que le point de départ de ce délai ait différé au moins de province à province. C'est pourquoi on trouve en tête de la *Pasinomie* (la collection belge officieuse des lois, arrêtés et règlements généraux mis en ordre et annotés), dans les volumes de 1830 à 1845, un état indiquant le jour d'arrivée de chaque numéro du *Bulletin officiel* dans les neuf gouvernements provinciaux (10).

Ce système est resté en vigueur jusqu'à la réforme de 1845, mais pour les arrêtés seulement. (Nous allons voir tout de suite que le Congrès national a instauré un autre système pour les décrets ; puis le législateur ordinaire, un autre encore pour les lois). On remarquera non seulement la multiplicité des dates de force obligatoire, mais aussi l'impossibilité légale pour le Gouvernement, d'abréger le délai des trois jours francs. C'est une modalité qui sera vivement critiquée en 1845 : on fera remarquer que, non seulement le législateur pour ses lois, mais aussi les autorités provinciales et communales pour leurs arrêtés et règlements, ont la faculté d'abréger le délai légal, condition de la force obligatoire.

Le décret du Congrès national du 27 novembre 1830 enjoint au pouvoir exécutif de faire publier immédiatement (avec une traduction flamande ou allemande) les décrets du Congrès et de les adresser au plus tard dans les cinq jours aux autorités administratives et judiciaires. Toutefois, leur force obligatoire ne sera pas subordonnée à cette distribution. En effet, les décrets seront obligatoires dans toute la Belgique le onzième jour après celui *de leur date*, «à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le Congrès». C'est la première fois qu'on voit la force obligatoire dissociée de la diffusion réelle ; encore est-ce uniquement pour les décrets.

On pourrait croire que cet errement a été abandonné immédiatement après le vote de la Constitution belge, puisque celle-ci déclare solen-

(9) Sur la distinction entre la force exécutoire et la force obligatoire, ainsi que sur les différentes manières dont les arrêtés royaux et ministériels acquièrent l'une et l'autre, voir G. Van Bunnen, *De la publicité à donner aux arrêtés royaux et ministériels*, dans *Recueil de jurisprudence du droit administratif et du Conseil d'État*, Bruxelles, 1971, pp. 249-263.

(10) A titre documentaire, le n° 1 porte la date du 1er octobre 1830 ; il est arrivé au gouvernement provincial du Brabant le 15 octobre et, en dernier lieu, au gouvernement provincial d'Anvers le 3 novembre. Le n° 40 porte la date du 7 décembre 1870 ; il était déjà arrivé le 6 au gouvernement provincial du Brabant et il est parvenu en dernier lieu au gouvernement provincial du Limbourg le 13 décembre (*Pasinomie*, 1830-1831, p. xvii).

nellement (en son article 129) «qu'aucune loi, aucun arrêté ou règlement d'administration générale, provinciale ou communale, n'est obligatoire qu'après avoir été *publié* dans la forme déterminée par la loi». Eh bien non ! Le législateur du 19 septembre 1831, reproduisant à deux mots près le décret du Congrès national, prévoit que «les lois seront obligatoires, dans tout le royaume, le onzième jour après celui *de leur promulgation*, à moins que la loi n'en ait autrement disposé». (Le législateur a fait instantanément une dérogation en prévoyant que la loi du 19 septembre 1831 elle-même serait obligatoire le troisième jour après sa promulgation).

Trois phénomènes assez curieux se sont produits à propos de cette disposition de la loi du 19 septembre 1831. Tout d'abord, il est certain que le choix de la promulgation comme point de départ du délai n'a pas été involontaire. En effet, le représentant De Theux ayant proposé que le délai ne commencerait à courir que du jour de l'insertion de la loi au *Bulletin officiel*, son amendement a été repoussé par la Chambre (11).

Le deuxième phénomène est le commentaire qui a été fait, au sujet de cette disposition, dès 1833, par Isidore Plaisant, alors premier avocat général à la Cour de cassation, dans son *Introduction à la troisième série* de la *Pasinomie*. On connaît le fétichisme dont notre cour suprême judiciaire a fait montre, dès les débuts de l'État belge, au sujet de la séparation des pouvoirs. (Ses scrupules semblent s'être quelque peu atténués, avec le temps, à l'égard du pouvoir exécutif, en particulier depuis la création du Conseil d'État). En l'espèce, il s'agissait de porter un jugement, d'ailleurs purement doctrinal, sur le lien établi par le législateur de 1831, entre la force obligatoire des lois et leur simple promulgation. Or, non seulement Isidore Plaisant ne fait nulle allusion à l'article 129 de la Constitution, mais il écrit : «Ce délai (le onzième jour après la promulgation) est suffisant pour que, sans craindre d'agir arbitrairement, la *promulgation* soit réputée connue dans toute l'étendue du territoire. Discutée publiquement aux Chambres, reproduite par les journaux avec la discussion et ses changemens (*sic*), la loi, après l'expiration de ces délais, ne saurait être ignorée de personne ; et comme la *promulgation* devait être prévue, celui qui prétendrait n'en pas connaître *la publication* ne pourrait l'imputer qu'à lui-même. Son ignorance, son insouciance répréhensible ne sauraient l'excuser» (12) ! C'était là confondre plusieurs notions. C'était aussi oublier beaucoup de choses, à savoir :

(11) Selon *Pasinomie*, 1831-1832, p. 150, note 5.
(12) *Pasinomie*, 1830-1831, *Introduction à la troisième série*, p. VIII, Bruxelles, 1833.

— que le Roi n'est pas tenu de sanctionner et promulguer tout projet de loi voté par le Parlement (13) ;

— que, sans recourir à l'extrémité du refus de sanction, le Roi peut retarder, théoriquement sans limite, la sanction et la promulgation d'une loi ;

— et qu'enfin, il est bien difficile, même à un spécialiste, de se faire une idée exacte du contenu définitif d'une loi à travers les travaux préparatoires de celle-ci, surtout lorsqu'ils ne lui sont connus que par la lecture des journaux ...

Un tout autre son de cloche (et c'est le troisième phénomène annoncé) a été entendu au cours de la discussion du projet qui est devenu la loi du 28 février 1845. Dans son exposé des motifs, le Ministre de la Justice a déclaré : «La loi de 1831 confond évidemment et la promulgation et la publication ; cette loi fait courir le délai à dater duquel les lois deviennent obligatoires, de la promulgation. Or, la promulgation est un fait clandestin, personne ne connaît le moment où il est posé ... Il pourrait arriver ... que des lois devinssent obligatoires avant d'avoir été publiées, ce qui serait contraire à l'article 129 de la Constitution» (14).

Pour en finir avec la loi de 1831, rappelons qu'elle avait modifié une nouvelle fois le titre du Bulletin officiel en *Bulletin officiel des lois et arrêtés royaux de la Belgique*. Or, en 1836, la loi communale impose à tous les conseils communaux du pays de s'abonner à ce *Bulletin des lois*. A partir de ce moment, il est donc possible de se procurer dans la plus petite commune du pays le texte des lois et des arrêtés généraux. C'est un événement qui nous paraît capital au point de vue de la diffusion effective des textes officiels.

*

* *

La loi de 1845, on le sait déjà, opère un mouvement plus important encore dans le sens de cette diffusion. D'une part, elle substitue le *Moniteur* au *Bulletin des lois* ; d'autre part, elle remplace celui-ci par un *Recueil*

(13) On connaît au moins deux arrêtés de *refus de sanction* : un arrêté de Léopold Ier, du 8 octobre 1842, relatif à un projet de loi en matière de droits d'accises ; un arrêté de Léopold II, du 4 août 1884, relatif à un projet de loi créant de nouvelles communes et modifiant les limites de communes existantes.

(14) Exposé des motifs du Ministre de la Justice, 17 janvier 1845 (*Pasinomie*, 1845, p. 25, note 3).

(périodique) *des lois et arrêtés*. La première substitution est justifiée comme suit par le Ministre de la Justice : «On me dit que le *Bulletin officiel* est envoyé à toutes les administrations communales. Mais ce ne sont pas seulement ces administrations qui doivent connaître la loi. La fiction légale de la connaissance de la loi doit s'étendre à tous les citoyens. Cette fiction acquiert un plus grand degré de vraisemblance par l'insertion dans un journal comme le *Moniteur*, qui se trouve dans les établissements publics accessibles à un grand nombre de citoyens, tandis que le *Bulletin officiel* ne s'y trouve pas» ([15]). Laissons en suspens l'emploi de l'expression «fiction légale» et ne retenons pour l'instant que le souci du législateur de donner aux textes officiels la plus grande diffusion effective possible. Et soulignons enfin que cette plus grande diffusion sera réalisée par le choix d'une publication qui était jusque-là en partie officielle et en partie officieuse ...

La seconde substitution est justifiée en ces termes, aussi par le Ministre de la Justice : «L'insertion au *Moniteur* est insuffisante : 1° parce que le *Moniteur* ne sera pas envoyé à toutes les communes ; 2° parce que le *Moniteur* devant contenir non seulement les lois et arrêtés d'une application générale, mais encore toutes les lois et tous les arrêtés concernant seulement des localités ou des individus, les recherches dans le *Moniteur* seraient très difficiles. Une espèce de code est donc indispensable ...». Et le Ministre précise encore : «... il est évident qu'il faut insérer dans ce recueil d'autres lois que celles qui sont d'application usuelle, ainsi les budgets ... de même, plusieurs arrêtés qui peuvent n'avoir qu'une application temporaire, quoique générale ...» ([16]).

On en arrive ainsi au texte définitif de l'article 6 de la loi de 1845 : «Le *Moniteur* ET le *Recueil des lois et arrêtés* seront envoyés gratuitement aux membres des Chambres législatives et aux autorités et fonctionnaires désignés par le Gouvernement. — L'abonnement au *Recueil* est obligatoire pour les communes». Un dernier membre de phrase était tombé au vote : «elles pourront s'abonner au *Moniteur*». Mais le Ministre de la Justice ne s'était rallié à l'amendement que sous la réserve suivante : «... je ne m'oppose pas à la suppression de ces mots, dès l'instant où il est entendu que cette suppression n'entraîne pas, pour les communes, une interdiction de s'abonner au *Moniteur*». Et il fut même déclaré que l'autorité

(15) *Pasinomie*, 1845, p. 30, note.
(16) *Pasinomie*, 1845, p. 32, note 1.

de tutelle ne pourrait pas s'opposer à cet abonnement, même sous le prétexte de déséquilibre budgétaire.

La loi de 1845 est tout aussi importante au point de vue de l'entrée en vigueur des textes qu'au point de vue de leur diffusion. Jusque-là, les arrêtés «généraux» n'étaient obligatoires dans chaque province que trois jours francs après l'arrivée du *Bulletin officiel* au chef-lieu ; tandis que les lois étaient obligatoires dans tout le royaume le onzième jour après leur *promulgation*. Désormais, les lois ET les arrêtés royaux seront obligatoires dans tout le royaume le dixième jour après celui de leur *publication*, à moins que la loi ou l'arrêté n'ait lui-même fixé un autre délai.

Le Ministre de la Justice commente la nouvelle disposition en ces termes : «... l'époque de l'insertion au *Moniteur* est substituée à l'époque de la promulgation ... C'est la substitution d'une date connue à une date inconnue, d'un fait patent à un fait clandestin». Et il précise : «Remarquez les termes de l'article 2 : «Le *Moniteur* remplacera, pour la publication, le *Bulletin officiel*». Ainsi le *Moniteur* servira à publier les lois, c'est-à-dire à faire courir le délai, en annonçant que le projet de loi est devenu loi par la sanction (royale)» ([17]).

On a même été un peu loin dans l'acharnement que l'on a mis, au cours des travaux préparatoires, à insister sur l'importance de la publication comme condition *sine qua non* du caractère obligatoire. Un membre du Parlement du nom de Fleussu demande au ministre : «Il est donc bien entendu qu'un arrêté, lors même qu'il serait signé par le Roi et contre-signé par un Ministre, est censé ne pas exister tant qu'il n'a pas été publié par le *Moniteur* ; que sa véritable date ne part que du jour de sa publication». Et le ministre répond : «Certainement». Fut-ce par distraction ou par lassitude, le ministre désespérant de faire saisir à son contradicteur la distinction entre force obligatoire et force exécutoire ? En tout cas, cette distinction avait déjà été faite à l'époque par la Cour de cassation, et même au sujet d'une loi ([18]).

Ce qui, dans la loi elle-même, fait davantage encore ressortir le lien qu'elle établit entre, d'une part, le caractère obligatoire des lois et des arrêtés généraux, d'autre part, leur publication par l'insertion au *Moniteur*

(17) *Pasinomie*, 1845, p. 29, note.

(18) «Une loi sanctionnée et promulguée peut ... recevoir partiellement exécution avant qu'elle soit publiée, pour autant que cette exécution n'implique aucune mise en œuvre de la loi à charge des citoyens (Cassation 11 novembre 1841, *Pasicrisie*, 1842, I, 70)» (P. DE VISSCHER, *La promulgation* ..., p. 55).

et par l'écoulement du délai légal, c'est la disposition qui prévoit, pour la première fois, un autre mode de publication et un autre mode de force obligatoire et ce, pour les arrêtés «non généraux». L'article 4 de la loi dit en effet : «Néanmoins, les arrêtés qui n'intéressent pas la généralité des citoyens deviendront obligatoires à dater de la notification aux intéressés». A la question précise : «Qu'entendez-vous par notification ? du jour où la pièce part du ministère, ou du jour où elle arrive à l'intéressé ?» le Ministre de la Justice avait répondu : «du jour où elle arrive» ([19]).

On nous dira peut-être que la notification n'est pas une publication. Nous répondrons encore par une déclaration du Ministre de la Justice de 1845. Commentant l'article 4, alinéa 2, qui prévoit que les arrêtés qui n'intéressent pas la généralité des citoyens, seront non seulement notifiés, mais aussi insérés par extrait au *Moniteur*, «sauf ceux dont la publicité ... pourrait léser les intérêts individuels, ou nuire aux intérêts de l'État», le Ministre déclare, à propos de ce dernier membre de phrase : «J'ai proposé ... de remplacer le mot *publication* par le mot *publicité* ; en effet, il y aura toujours publication, soit par l'insertion au *Moniteur*, soit par la notification». Ce raisonnement nous paraît conforme au sens des mots : si la publication est bien «l'action par laquelle on rend une chose publique», il est évident qu'elle peut être plus ou moins large, ou restreinte, atteindre un public plus ou moins étendu. A l'extrême, elle vise tous les citoyens d'un pays ; à l'autre extrême, elle ne vise que les citoyens que l'acte publié concerne individuellement, voire personnellement.

Sauf au point de vue linguistique, dont nous avons déjà parlé longuement, la loi de 1898 ne modifie en rien les dispositions relatives à la publication (par insertion ou par notification) et à la force obligatoire des lois et des arrêtés royaux. A propos des deux recueils officiels, le *Moniteur* et le *Recueil des lois et arrêtés*, elle ne prévoit plus leur envoi gratuit aux parlementaires ni aux autorités et fonctionnaires à désigner par le gouvernement. En revanche, elle maintient l'obligation, pour les communes, de s'abonner au *Recueil des lois*.

*

* *

On se rappellera que la loi de 1961 n'innove guère, si ce n'est qu'elle soumet les arrêtés ministériels (dont les lois antérieures ne parlaient pas)

(19) *Pasinomie*, 1845, p. 30, note (col. dr.).

aux mêmes règles de publication et de force obligatoire que les arrêtés royaux. Elle offre néanmoins une nouveauté au sujet de la diffusion des textes officiels et une autre au sujet de la force obligatoire des arrêtés non généraux.

Quant au premier point, la loi de 1961 ne prévoit plus l'obligation, pour les communes, de s'abonner au *Recueil des lois et arrêtés*. Il ressort des travaux préparatoires que cette omission a été voulue, «toutes les communes étant abonnées au *Moniteur belge*» (*Documents Sénat*, 1959-1960, nº 116). Il n'y a pas à craindre qu'une nouvelle commune n'y serait pas abonnée dans l'avenir : depuis longtemps, on ne scinde plus les communes ; au contraire, on les fusionne.

Quant à la force obligatoire des arrêtés non généraux, la loi offre une double curiosité. Alors que la loi de 1898 disposait que «les arrêtés qui n'intéressent pas la généralité des citoyens deviendront obligatoires à dater de la notification aux intéressés», la loi de 1961 dit simplement : «Les arrêtés notifiés aux intéressés sont obligatoires à partir de leur notification ou de leur publication, si celle-ci se produit avant». Quels arrêtés doivent être notifiés ? Si la loi ne le dit plus, c'est, à notre sens, parce qu'elle n'interdit plus de publier *in extenso* des arrêtés qui n'intéressent pas la généralité des citoyens, ni même des arrêtés dont la publicité ne présente pas de caractère d'utilité publique ; elle *permet* de ne publier les premiers que par extrait ou par simple mention, et de ne pas publier du tout les seconds. Mais, même s'il est publié, tout arrêté à portée individuelle doit, selon la doctrine et la jurisprudence traditionnelles, être notifié aux intéressés. Il semblerait donc que ce serait cette notification qui devrait lui conférer force obligatoire. Or, aux termes de la loi de 1961, s'il a été publié auparavant, ce sera la *publication* qui fera courir le délai légal à l'expiration duquel il sera obligatoire. (Nous nous refusons à prendre à la lettre l'article 6, alinéa 2, aux termes duquel, dans l'hypothèse envisagée, ce serait toujours à partir *du jour même* de la publication que de tels arrêtés seraient obligatoires). La raison qui a fait préférer la publication à la notification, quand la première est antérieure, est assez obscure : d'aucuns prétendent la voir dans un avis du Conseil d'État, qui aurait été mal compris par un membre du Parlement, ancien ministre ...

Quoi qu'il en soit, la loi de 1963 a encore compliqué la situation, non plus cette fois pour les arrêtés particuliers, mais pour certains arrêtés généraux, puisqu'elle *interdit* de publier *in extenso* au *Moniteur* les arrêtés généraux unilingues, alors qu'ils deviennent obligatoires, comme les autres, le dixième jour après celui de leur publication au même *Moniteur* ...

Enfin, la loi de 1971 dispose, en son article 9, que le décret d'un conseil culturel est obligatoire le dixième jour après celui de sa publication, à moins que le décret n'ait fixé lui-même un autre délai.

* * *

Nous avons ainsi passé en revue, en trois cycles successifs, toute la législation belge relative à la publication des lois, des arrêtés royaux et des arrêtés ministériels. Avant de procéder à une synthèse, rapide mais indispensable, il nous reste à traiter, comme nous l'avons annoncé en commençant, de la publication des arrêtés et règlements provinciaux et communaux, qui sont eux aussi mentionnés à l'article 129 de la Constitution. Chacune de ces deux catégories n'est régie que par une seule disposition légale, immuable depuis 1836.

La loi provinciale s'exprime en ces termes : «Les règlements et ordonnances d'administration provinciale sont publiés par la voie du *Mémorial administratif* de la province ...» (article 117, alinéa 2) ; «... munis de l'approbation du Roi quand il y a lieu, (ils) seront transmis aux autorités que la chose concerne» (article 118, alinéa 1er). «Ils deviennent obligatoires le huitième jour de l'insertion dans le *Mémorial administratif*, sauf le cas où ce délai aurait été abrégé par le règlement ou l'ordonnance» (alinéa 2). «Le conseil (provincial) ou la députation (permanente) pourra (en outre) prescrire un mode particulier de publication» (alinéa 3). Rappelons ici que la loi communale fait obligation à toutes les communes du Royaume de s'abonner au *Mémorial administratif* de leur province. Le système de publication provincial est donc assez semblable à celui de l'État.

Il en va tout autrement du système communal. Aux termes de l'article 102 de la loi communale, «les règlements et ordonnances du conseil ou du collège sont publiés, par les soins des bourgmestre et échevins, par la voie de proclamations et d'affiches : dans les campagnes, la publication se fait à l'issue du service divin» (alinéa 1er). «En cas d'urgence, dans ces dernières communes, le collège des bourgmestre et échevins est autorisé à adopter tel mode de publication qu'il croit convenable» (alinéa 2). «Ces règlements et ordonnances deviennent obligatoires le cinquième jour après leur publication, sauf le cas où ce délai aurait été abrégé par le règlement ou l'ordonnance» (alinéa 3). Cet article appelle deux brèves observations.

Bien que le texte dise : «par voie de proclamations et d'affiches», il a toujours été interprété comme laissant le choix entre les deux systèmes. En fait, là où il y a encore proclamation, il y a aussi affichage. Au cours des travaux préparatoires de la loi, en 1834, un membre du Parlement faisait déjà remarquer : «Dans les campagnes, comme ailleurs, les publications et ordonnances des régences sont toujours affichées» (20). En revanche, il est notoire que, dans les communes non rurales, c'est-à-dire dans la plupart des communes belges, on recourt exclusivement à l'affichage.

Par ailleurs, bien que la loi communale ne parle pas d'une éventuelle approbation par l'autorité de tutelle, il va sans dire que lorsque cette approbation est requise, elle doit, elle aussi, être publiée. Le Conseil d'État a jugé que cette publication devait se faire dans les mêmes formes que celle de l'acte approuvé et que c'est cette seconde publication qui fait courir le délai de recours en annulation (21). On peut en déduire, à fortiori, que c'est la publication de l'approbation nécessaire qui fait courir le délai à l'expiration duquel le règlement communal devient obligatoire.

Synthèse de la législation

Dès le début de l'existence de l'État belge, le gouvernement, puis le législateur se sont montrés extrêmement soucieux de donner à leurs actes, du moins à leurs actes de portée générale, une publicité intégrale, rapide et effective.

Pour les actes de l'État (et pour ceux de la Province), le mode de publication choisi a été l'insertion, l'impression, dans un recueil officiel. Ont paru dans ce recueil, obligatoirement et intégralement, d'une part, les décrets du Gouvernement provisoire, puis ceux du Congrès national, puis les lois et, depuis 1972, les décrets des conseils culturels ; d'autre part, tous les «actes», puis les seuls arrêtés «généraux» du Gouvernement provisoire, puis les arrêtés royaux et (depuis 1961) les arrêtés ministériels intéressant la généralité des citoyens, à l'exception (depuis 1963) de ceux qui ne concernent qu'une des deux communautés linguistiques.

Le recueil qui contient tous ces textes s'est appelé *Bulletin des arrêtés et actes du Gouvernement provisoire de la Belgique ; Bulletin officiel des*

(20) Observation de M. Delafaille (*Pasinomie*, 1836, p. 377, note 5).

(21) Arrêts *S.A. Minkranch L. Van Himbeeck*, nos 11.608 et 11.609 du 25 janvier 1966 ; arrêts *S.A. Charbonnages d'Abhooz et Bonne-Foi-Hareng et consorts*, n° 12.405, et *S.A. Charbonnages de Gosson-Kessales et consorts*, n° 12.459, des 25 mai et 15 juin 1967.

décrets du Congrès national de la Belgique et des arrêtés du pouvoir exécutif et *Bulletin officiel des lois et arrêtés royaux de la Belgique*. Depuis 1845, il y a deux recueils : un quotidien, le *Moniteur belge* et un périodique (aujourd'hui mensuel), le *Recueil des lois et arrêtés*.

Il est incontestable que les citoyens de langue néerlandaise ont longtemps bénéficié d'une information moins rapide, dans leur langue, que leurs compatriotes de langue française. Si les décrets du Congrès national et les lois antérieures à 1845 ont été publiés avec des traductions flamande et allemande au *Bulletin officiel*, les arrêtés royaux n'ont paru dans ces deux langues que dans le numéro du *Mémorial administratif* immédiatement postérieur à celui du *Bulletin*. A partir de 1845, le *Moniteur* étant exclusivement francophone, les lois et arrêtés généraux ne paraissent en traduction flamande que dans le prochain numéro du *Recueil des lois*. Depuis 1898, les lois, les arrêtés royaux et (depuis 1961) les arrêtés ministériels intéressant la généralité des citoyens doivent être publiés intégralement texte français et texte flamand en regard. L'égalité est dès lors absolue entre francophones et néerlandophones. En revanche, toute information officielle en langue allemande a disparu depuis 1845 ([22]).

La diffusion effective de la publication officielle a toujours préoccupé le législateur. Non seulement, il a prévu expressément à plusieurs reprises, et même avec l'une ou l'autre modalité précise, l'envoi de la publication officielle à de nombreuses autorités administratives et judiciaires de tout le pays, mais, en choisissant le *Moniteur* comme première publication officielle en 1845, il a tenu compte du fait que cette publication «se trouvait dans les établissements publics accessibles à un grand nombre de citoyens». Enfin, dès 1836, il a obligé toutes les communes belges à s'abonner au *Bulletin officiel*, puis à partir de 1845, au *Recueil des lois*. S'il a supprimé cette obligation en 1961, c'est pour la raison qu'en fait, toutes les communes étaient alors abonnées au *Moniteur belge*.

La force obligatoire des textes officiels a-t-elle été et est-elle encore liée à cette diffusion effective de la publication officielle qui les contient ? Cer-

(22) M. le Premier Président SOMERHAUSEN fait remarquer que, depuis l'annexion des cantons d'Eupen, Malmédy et Saint-Vith (prévue par le traité de Versailles du 28 juin 1919, approuvée par plébiscite le 31 juillet 1920 et confirmée par la Société des Nations le 20 septembre 1920), le système belge de publication des lois et arrêtés, méconnaît des dizaines de milliers d'habitants de langue allemande. (A elles seules, en effet, les 25 communes de la «région de langue allemande» délimitée par l'article 4 des lois sur l'emploi des langues en matière administrative coordonnées le 18 juillet 1966, comptent plus de 60.000 habitants). Actuellement, seules les lois dites «sociales» font l'objet d'une traduction locale officieuse en langue allemande ...

tainement non pour les *décrets* du Congrès national et pour les *lois* antérieures à la loi du 28 février 1845, puisque, sauf disposition contraire expresse, les décrets furent obligatoires le onzième jour après celui de leur date et les lois, le onzième jour après celui de leur promulgation. Le Congrès national, qui avait toute liberté à cet égard, s'est sans doute inspiré, en le simplifiant, du système qui était alors celui de l'article 1er du Code civil («Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le Roi. — Elles seront exécutées dans chaque partie du royaume, du moment où la promulgation pourra en être connue. La promulgation faite par le Roi sera réputé connue dans le département de la résidence royale, un jour après celui de la promulgation ; et dans chacun des autres départemens (*sic*), après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois 10 myriamètres entre la ville où la promulgation en aura été faite et le chef-lieu de chaque département» ([23]). En Belgique, cet article du Code civil a été abrogé implicitement par l'article 129 de la Constitution. Quant au législateur de 1831, en faisant dépendre la force obligatoire des lois de la promulgation et non de la publication, il a commis — il l'a reconnu lui-même en 1845 ([24]) — une inconstitutionnalité au moins virtuelle. Ce fut, selon toute vraisemblance, la première violation — bien involontaire assurément — de notre Constitution ([25]).

(23) Depuis lors, la France a adopté, elle aussi, un système basé, non plus sur la promulgation, mais sur la publication, concrètement, sur l'arrivée du *Journal officiel* aux chefs-lieux des départements.

(24) Voir ci-dessus, p. [239-241].

(25) M. le Premier Président SOMERHAUSEN signale, en guise de circonstance atténuante à l'erreur commise en 1831, le passage suivant du *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* du comte MERLIN (v° *Loi*, § IV, n° 1) : «Avant la révolution de 1789, les mots *promulgation* et *publication* étaient synonymes par rapport aux lois ; témoin le Dictionnaire de l'académie française, qui définissait la *promulgation*, «publication d'une loi faite avec les formalités requises». Il est vrai que l'assemblée constituante assigna à ces deux mots des significations différentes, mais dans l'usage courant la confusion a persisté. Ainsi le procureur général disait à l'audience des sections réunies le 7 août 1807 : La promulgation est la vive voix du législateur» (p. 542). On peut s'étonner cependant que les juristes des Chambres belges de 1831 n'aient pas fait leur profit de cet enseignement de MERLIN ; d'autant plus que la Constitution — que plusieurs d'entre eux avaient votée eux-mêmes — avait prévu, d'une part, la promulgation des lois (article 69) et, d'autre part, la *publication* des lois et des arrêtés d'administration générale, provinciale et communale (article 129) et qu'elle avait soumis l'existence du caractère obligatoire des lois, arrêtés et règlements à cette *publication dans la forme déterminée par la loi* (*ibidem*) !

Heureusement, le législateur n'avait disposé que pour les lois. Les arrêtés royaux sont donc restés régis par le vieil arrêté du 5 octobre 1830 : ils devenaient obligatoires dans chaque province trois jours francs après l'arrivée du *Bulletin* au chef-lieu. Voilà un incontestable lien entre la force obligatoire et la diffusion *réelle* de la publication officielle.

En est-il encore de même depuis la loi du 28 février 1845, qui accorde force obligatoire à la loi dans tout le royaume le dixième jour après sa publication au *Moniteur* ? La réponse dépend de l'interprétation que l'on donne au système légal, et c'est ici qu'interviennent les notions de fiction et de présomption. Nous allons y arriver. Contentons-nous pour l'instant de signaler qu'il a été déclaré au cours des travaux préparatoires de la loi, que ce délai de dix jours était largement suffisant pour permettre aux citoyens de toutes les régions du pays d'avoir connaissance de la nouvelle loi ...

On a sans doute raisonné de même, *mutatis mutandis*, en ce qui concerne la publication au *Mémorial administratif* de la province.

Le système de publication communale ne pose pas ces problèmes. La «proclamation à l'issue du service divin» et l'affichage à la maison communale et aux autres endroits prévus à cet effet, sont des phénomènes simples, qui assurent instantanément et par eux-mêmes la diffusion, celle-ci étant censée parachevée par la «rumeur publique».

Enfin, pour être complet et dans un but comparatif, signalons que le mode de publication «individuelle», c'est-à-dire la notification des arrêtés non généraux ne pose aucun problème ni de diffusion ni de lien : la prise de connaissance est certaine, instantanée et, sauf disposition contraire expresse, elle a des effets immédiats.

Présomption ou fiction

Pour nous en tenir à la publication par insertion au recueil officiel, la seule qui fasse problème, essayons maintenant de voir si le lien établi entre cette publication et la force obligatoire constitue une présomption de connaissance ou une pure fiction.

Il importe avant tout de s'entendre sur les termes. Pour des raisons de clarté et de simplicité, nous donnons notre préférence à la terminologie de M. Rivero ([26]), qui nous paraît correspondre assez bien à celle de Jean

(26) Voir la Communication faite au C.N.R.L. par M. J. Rivero, ci-dessus, p. 101.

Dabin dans sa *Technique de l'élaboration du droit positif*. Pour ce dernier, la fiction «énonce comme vraie aux yeux du droit une proposition qui, par hypothèse, est fausse». La présomption «énonce comme prouvée telle circonstance contingente qui, à défaut de vérification *in casu*, ne saurait être déclarée que probable ou même simplement possible». Si la présomption est «édictée à titre définitif», elle est dite irréfragable (*juris et de jure*) ; si elle est «édictée à titre provisoire, sous réserve d'une preuve contraire plus ou moins libéralement admise», elle est dite simple (*juris tantum*) (27). Muni de ces notions précises, examinons notre problème.

I. Un premier point nous paraît devoir être souligné avec force (28). Le principe selon lequel, en Belgique, seule la loi publiée a force obligatoire, n'est ni une fiction ni même une présomption : c'est *une règle de droit positif*. Règle générale dans la Constitution, selon laquelle il n'y a pas de force obligatoire sans publication légale pour les lois ni pour les décrets ni pour les arrêtés et règlements d'administration générale, provinciale et communale. Règle précisée dans la loi, qui impose, pour les lois, les décrets et les arrêtés royaux et ministériels intéressant la généralité des citoyens, l'insertion intégrale au *Moniteur* ET l'écoulement d'un délai de dix jours ; pour les ordonnances et règlements provinciaux, l'insertion intégrale au *Mémorial administratif* de la province ET l'écoulement d'un délai de huit jours ; pour les ordonnances et règlements communaux, l'affichage (ou la proclamation) ET l'écoulement d'un délai de cinq jours.

L'inexistence d'une des deux conditions expresses empêche le texte officiel d'avoir force obligatoire, *même si en fait les intéressés en avaient connaissance*. C'est ainsi que la Cour de cassation a déclaré inapplicable en Belgique, en 1953, la Convention de Mannheim relative en régime de la navigation sur le Rhin, du 17 octobre 1868 (29). (A la suite de cet «accident», la Convention a paru au *Moniteur belge* le 29 septembre 1954, donc avec près de 86 ans de retard). On trouverait certainement des exemples de refus d'application d'un texte officiel à des faits qui se sont

(27) J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, pp. 275 et 238. Bruxelles-Paris, 1935.

(28) Cette observation répond à une intervention faite après la communication précitée de M. RIVERO au Centre national de logique. Quand nous avons fait remarquer à M. RIVERO que l'adage «Nul n'est censé ignorer la loi» devait être complété par le mot «publiée», un autre membre du Centre nous a objecté : «Ne doit-on pas dire, plutôt, qu'un justiciable peut éventuellement invoquer son ignorance invincible de la loi ?» Or, ce sont là deux questions qui se situent sur des plans radicalement différents.

(29) Cassation 11 décembre 1953 (*Pas.*, 1954, I, 298).

produits au cours du délai légal de cinq, huit ou dix jours qui doit s'écouler après la publication officielle.

II. Une deuxième idée nous paraît s'imposer. La règle qui confère force obligatoire à un texte à l'expiration d'un délai légal à partir de l'insertion au recueil officiel *ad hoc* (pour nous en tenir à ce seul mode de publication), si elle n'est pas elle-même une présomption, repose intellectuellement sur une présomption, qui lui est en quelque sorte sous-jacente, à savoir, qu'à l'expiration du délai, tout citoyen belge est censé avoir eu connaissance du texte inséré au recueil officiel. Ce n'est pas une fiction ; car, si tous les citoyens d'un pays ne connaissent pas toutes les lois de ce pays, il y a toujours un certain nombre de citoyens qui connaissent le contenu d'une loi ou d'un arrêté déterminé. Mais c'est une présomption irréfragable ; car la règle légale ne permet pas — toute la vie juridique s'opposerait à cette latitude — qu'*en principe* un justiciable puisse apporter la preuve de sa non-connaissance de la loi. Nous disons «en principe», car il y a des atténuations humanitaires ou pragmatiques à cette règle : en matière pénale et en matière administrative, en particulier, le juge admet exceptionnellement que le justiciable invoque une force majeure qui excuse ou justifie une ignorance ou une erreur dite, pour la circonstance, «invincible» ; en pareil cas, le juge judiciaire acquitte l'inculpé et le juge administratif valide, en rejetant le recours en annulation, l'acte administratif partiellement irrégulier. Mais le principe demeure : il n'est pas permis d'invoquer, même en la prouvant, l'ignorance d'un texte officiel dont la publication est légalement parfaite.

III. Mais, pour être parfaite, cette publication ne suppose-t-elle pas, nous dirions même, ne postule-t-elle pas, outre les deux conditions explicitement exprimées dans la loi de 1836 pour les textes de la Province et dans les lois de 1845-1898-1961 pour ceux de l'État, une condition supplémentaire, celle de la *diffusion effective* du recueil officiel dans toute la province ou dans tout le pays, selon le cas ? Cette troisième idée a suscité et suscitera encore des interprétations diverses de la loi et de vives controverses.

M. Huberlant a cité, à ce sujet, une abondante jurisprudence. Nous nous bornerons à en résumer les grandes lignes. Il faut faire remarquer d'abord que, pendant longtemps, la question paraît ne pas s'être posée. Elle a surgi, tout de suite avec acuité, à l'occasion de la première guerre mondiale. A cette époque, le *Moniteur* était publié au Havre, comme il l'a été à Londres pendant la seconde guerre mondiale. Le *Moniteur* n'a donc été diffusé qu'à l'ouest de l'Yser en 1914-1918 et n'a été diffusé sur aucune

parcelle du territoire de l'État belge pendant la plus grande partie de la guerre 1940-1945. La Cour de cassation a adopté à l'égard de ces *Moniteurs* trois attitudes différentes :

En 1916, sur conclusions conformes de l'avocat général Paul Leclercq, elle a estimé que la loi de 1898 présupposait la publication du *Moniteur* sur le sol belge, un territoire non occupé par l'ennemi, des communications normales et libres, et surtout la distribution autorisée du *Moniteur* dans tout le pays. Elle a donc considéré qu'à défaut de toutes ces circonstances, la présomption *juris et de jure* de connaissance attachée à l'insertion des textes officiels au *Moniteur* n'existait pas et qu'il appartenait au juge du fond d'établir dans chaque cas si la publication invoquée devant lui a été régulière et de nature à être connue des citoyens (30).

En 1917, la Cour a jugé, sur conclusions contraires du premier avocat général Edmond Janssens, que la force obligatoire des lois et arrêtés résulte d'une présomption *juris et de jure* attachée à leur insertion au *Moniteur* et à l'expiration d'un laps de temps déterminé, sauf à admettre qu'un empêchement de force majeure a rendu impossible la connaissance de la loi ou de l'arrêté et a exercé ainsi une influence destructive de la présomption légale (31). Ainsi que le fait remarquer l'arrêtiste de la *Pasicrisie*, «cet arrêt ne semble pas avoir évité l'écueil signalé par le ministère public». Celui-ci avait dit, en substance, que le législateur avait donné comme base à la présomption *juris et de jure* de connaissance un fait matériel tangible, la publication au *Moniteur*. Mais il entendait par là non seulement l'insertion au *Moniteur*, mais la publication (nous dirions plutôt *la diffusion*) régulière du *Moniteur* sur le territoire national, condition qui était rendue radicalement impossible en territoire occupé (32).

Enfin, en 1919, adoptant sur conclusions conformes du procureur général Terlinden une position dont elle ne s'est plus départie jusqu'aujourd'hui, la Cour a jugé que «l'insertion d'une loi au *Moniteur* n'est pas destinée à la porter à la connaissance du public, mais uniquement à lui imprimer le caractère d'authenticité qui suffit pour que, dès ce moment, elle soit présumée connue de tous». Elle renvoie par ailleurs à un arrêté-loi du 8 avril 1917 aux termes duquel «les arrêtés, les règlements et, en général, toutes les dispositions prises par l'autorité légale devront être observées dans toute l'étendue du Royaume. Les autorités ad-

(30) Cassation, 13 novembre 1916 (*Pas.*, 1917, I, 54).
(31) Cassation, 5 juillet 1917 (*Pas.*, 1917, I, 275).
(32) *Ibid.*, p. 275, note, et pp. 279-280.

ministratives et judiciaires en poursuivront l'application au fur et à mesure de la libération du territoire et *sans nouvelle publication*» ([33]). Dès lors, la présomption ne peut être renversée ni par la force majeure ni par l'impossibilité absolue de connaissance ...

Cette dernière jurisprudence a été violemment attaquée par Henri Depage, qui n'hésite pas à en voir une des causes dans «le délire d'enthousiasme patriotique qui marqua l'armistice de 1918». Il la considère comme contraire à toute la tradition qui, dans nos pays, exige la publication effective. Il parle de «pure fiction» et dit même : «à la vérité, il n'y a plus de publicité du tout» ([34]). M. Vranckx va plus loin encore, en disant que ce système est contraire au «sentiment du droit» (*rechtsgevoel*) du peuple belge ([35]). Et M. Paul De Visscher le trouve excessif en ceci qu'il «consacre une présomption irréfragable de connaissance, même dans le cas où un obstacle de force majeure *revêtant un caractère général*, rend impossible la diffusion du *Moniteur* dans l'ensemble du Royaume» ([36]). A notre sens, c'est dans cette dernière idée que se trouve la clé de la critique de tous les systèmes au point de vue logique.

A nous en tenir à ce point de vue, le seul qui importe à nos hôtes les logiciens, il nous paraît indiscutable que l'arrêt de 1919 crée une pure fiction. Imprimer les textes officiels à l'étranger, sans pouvoir les diffuser dans le pays, ce n'est pas les «publier». C'est présumer une connaissance alors qu'on sait pertinemment que cette connaissance est impossible.

(33) Cassation 11 février 1919 (*Pas.*, 1919, I, 9). M. HUBERLANT a fait remarquer cependant que, tout en maintenant sa position à l'égard de la présomption irréfragable de connaissance qui découle de la seule insertion au *Moniteur*, la Cour n'a plus invoqué, après ce premier arrêt, l'argument tiré du prétendu but de cette insertion, qui serait d'«imprimer le caractère d'authenticité» à la loi. En effet, dès son second arrêt, du 4 juin 1919, la Cour reproduit textuellement les paroles prononcées par le Ministre de la Justice le 18 janvier 1845 : «Cette insertion fait connaître d'une manière publique, authentique, *que la loi a été sanctionnée* par le Roi. Elle fait connaître au corps social *l'existence de la loi* et l'époque à dater de laquelle court *le délai* légal. Voilà le véritable but de l'insertion au *Moniteur*» (*Pas.*, 1919, I, 110). Cette citation est autrement nuancée que le considérant précité de l'arrêt du 11 février 1919 !

(34) Il ajoute en note, il est vrai : «Nous ne critiquons pas le système *en soi* ... puisque d'autres pays (notamment l'Angleterre) le connaissent. *Nous nous bornons à demander qu'on ne se paye pas de mots*» ! (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I[er], 3[e] éd., p. 299-300. Bruxelles, 1962).

(35) A. VRANCKX, *Iedereen wordt geacht de wet te kennen*, col. 1223, dans *Rechtskundig Weekblad*, 1955-1956, col. 1216-1226.

(36) P. DE VISSCHER, *La promulgation* ..., p. 57.

L'arrêt de 1917, contrairement à celui de 1916, maintenait en cette hypothèse la présomption irréfragable, tout en permettant de démontrer qu'un empêchement de force majeure a rendu impossible la connaissance de la loi. Mais il ne s'agissait pas d'une force majeure de portée individuelle ou casuelle, telle qu'on l'invoque en temps ordinaire en matière pénale ou administrative et qui ne sert que de cause d'excuse ou de justification. Il s'agit, comme le dit M. De Visscher, d'une force majeure de caractère général, au sens géographique du terme, et sans qu'il faille d'ailleurs aller nécessairement, à notre sens, jusqu'à l'impossibilité de diffusion dans tout le pays : ce qui peut être vrai du pays tout entier, peut l'être aussi d'une région déterminée. Puisqu'il en est ainsi, l'arrêt de 1917 nous paraît contenir une *contradictio in terminis* : comment parler encore d'une présomption irréfragable de connaissance en temps de guerre, alors que l'on admet que les circonstances permettent précisément la preuve contraire, et plus précisément la preuve de la non-diffusion du *Moniteur* dans tout ou partie du pays ? A notre sens, il ne s'agit plus alors que d'une présomption *simple*.

L'arrêt de 1916 allait plus loin encore. Il estimait que les circonstances de guerre anéantissaient la présomption irréfragable. Mais, en estimant qu'il appartenait au juge du fond d'établir dans chaque cas si la publication a été de nature à être connue des citoyens, il a, en vérité, admis que le défaut de diffusion régulière *a supprimé toute présomption*.

*
* *

A parler logique, on pourrait s'en tenir là, sans chercher à juger autrement les diverses positions juridiques qui ont été successivement adoptées par la jurisprudence.

Mais il est difficile au juriste, et aussi à l'historien, d'adopter une telle neutralité. En tant que juriste, nous ne pouvons nous empêcher de faire remarquer, avec Depage, que le système de 1919 confond la promulgation et la publication. C'est la première qui assure l'authenticité du texte de la loi. Et la seconde n'a plus de raison d'être, si elle peut se borner à l'insertion confidentielle en quelque recueil, fût-il baptisé *Moniteur belge*, imprimé et confiné en n'importe quelle région du monde.

En tant qu'historien, nous ne pouvons nous empêcher, avec De Page et M. Vranckx, de constater que l'interprétation de 1919 va à l'encontre de la

tradition certaine et multiséculaire des Belges en matière de publication des textes officiels.

En réalité, le système de 1919 a été échafaudé pour des circonstances que ni le Constituant ni le législateur belges n'avaient prévues et auxquelles ils n'avaient même pu penser. Il est donc doublement regrettable que la Cour de cassation ne lui ait pas donné, comme elle l'avait fait pour ses arrêts de 1916 et de 1917, la portée d'une jurisprudence d'exception.

Il est difficile de soutenir que, même à ce titre, il ne se justifierait pas, faute d'une législation dérogatoire relative au temps de guerre (37). En revanche, il nous paraît absolument inadmissible en temps de paix. En Belgique, les constituants et les législateurs ont voulu qu'au moins *la possibilité* soit donnée à tous les citoyens de connaître les textes officiels. Pour les lois et pour les arrêtés d'administration générale et provinciale, cela suppose une insertion, *une diffusion du texte inséré*, et enfin un délai qui permette au texte diffusé d'arriver à la portée de tous les citoyens du Royaume ou de la province. Si l'adage «Nul n'est censé ignorer la loi publiée» repose nécessairement sur une présomption irréfragable de connaissance, en revanche, la publication exige, pour être parfaite, non pas deux conditions, mais trois. Et si la troisième, la diffusion, se présume, il n'y a pas, en ce qui la concerne, de présomption irréfragable : en ce sens que tout particulier peut prouver, non pas qu'il n'aurait pas eu personnellement connaissance de la loi, mais que la région où il se trouvait n'a pas été atteinte, *à cause d'un cas de force majeure général*, par la diffusion obligatoire de la publication officielle (38).

(37) M. HUBERLANT justifie cette jurisprudence d'exception en disant qu'il importe d'assurer un juste équilibre entre la protection des citoyens et celle de l'intérêt général ; qu'on ne saurait dénier aux pouvoirs constitutionnels, en temps de guerre, le maintien des prérogatives que leur a confiées la Nation, même si l'exercice en est troublé par des voies de fait, telle l'occupation ennemie ; et qu'enfin, l'activité exceptionnelle du pouvoir législatif se concilie avec le défaut de publication effective des «lois de guerre», *dans la mesure où* celles-ci se bornent à transcrire en droit positif des règles de conduite que la morale civique commande à tous les citoyens.

(38) Nous n'allons donc pas, à proprement parler, à l'encontre des conclusions de M. HUBERLANT, qui peuvent se résumer comme suit : la loi est obligatoire ; la présomption de connaissance est indispensable ; la loi publiée est irréfragablement censée connue. Nous disséquons l'adjectif «publiée» et nous disons qu'il n'y a pas de vraie publication de la loi sans diffusion effective du recueil où elle est insérée et que cette diffusion se présume, mais non d'une manière irréfragable.

La publication, condition du délai de recours

Tout ce qui vient d'être dit à propos de la force obligatoire des lois et arrêtés, peut l'être aussi, *mutatis mutandis*, à propos du délai de recours en annulation des actes administratifs.

Le règlement de procédure de la section d'administration du Conseil d'État déclare prescrits les recours en annulation pour excès de pouvoir, lorsque les actes entrepris devaient être publiés ou notifiés, soixante jours après cette publication ou cette notification ; et lorsqu'ils ne doivent être ni publiés ni notifiés, soixante jours après que le requérant en a eu connaissance (39). La jurisprudence prend comme point de départ du délai la notification *seule*, lorsqu'elle est obligatoire, (et ce, même depuis la loi de 1961) ; la publication *seule*, lorsque l'acte doit être publié ; et la connaissance de fait, dans tous les autres cas (40). Le rapport au Régent justifiait la règle en ces termes : « Il est loisible aux administrés d'exercer leur droit dès qu'un acte, un règlement *a été porté à leur connaissance* par publication ou par notification» (41). L'ouverture du délai repose donc, selon les cas, soit sur la connaissance de fait, soit sur la connaissance officielle, soit sur une présomption de connaissance.

En ce qui concerne la connaissance présumée, par le procédé de la publication, il n'y a pas ici non plus — pas plus qu'en matière de force obligatoire — de véritable publication sans diffusion effective du recueil officiel. A notre sens, il serait donc permis à un particulier, voire à une administration, de prouver que la diffusion n'a pas atteint sa région. Nous nous empressons d'ajouter que le Conseil d'État n'a pas admis cette manière de voir ; car il a jugé que la date du *Moniteur*, voire celle du *Mémorial administratif*, constitue, par présomption irréfragable — il dit même expressément, pour le *Moniteur*, jusqu'à inscription de faux — la

(39) Article 4, alinéa 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'État.

(40) Cas de publication obligatoire : arrêt *Thomée*, n° 4264, du 6 mai 1955. Cas de notification obligatoire : nombreux arrêts, de *Pierets*, n° 879, du 15 mai 1951 à *Claeys*, n° 14.098, du 29 avril 1970. Cas de publication et notification facultatives : arrêts *Malaise*, n° 1455, du 10 avril 1952 ; *Grootaert*, n° 6991, du 26 mars 1959 ; *Cluytens*, n° 7500, du 21 décembre 1959.

(41) *Pasinomie*, 1948, p. 587, col. g.

date de la publication officielle de l'acte administratif entrepris et, par conséquent, le point de départ du délai de recours en annulation (42).

Cette jurisprudence s'inspire incontestablement du «système de 1919» de la Cour de cassation, dont nous espérons avoir démontré — du moins en tant qu'il est érigé en système permanent — le caractère indéfendable, aussi bien sur le plan de la logique que sur le plan du droit.

(42) En ce qui concerne le *Moniteur* : «La date de publication d'un arrêté (royal) est nécessairement celle que porte le *Moniteur belge* dans lequel cet arrêté est inséré ... le requérant ne s'inscrit pas en faux contre la mention de (cette date)» (arrêt *Baeyens*, n° 8417, du 7 février 1961). Or, le requérant soutenait, sans être contredit, que cette date était un dimanche et que le service du dimanche était, à cette époque déjà, supprimé à l'Administration des postes ...

En ce qui concerne le *Mémorial administratif* : «Considérant que la délibération attaquée a été publiée au *Mémorial administratif* de la province de Namur portant la date du 12 juillet 1965 ... que le recours de la commune d'Auvelais a été introduit le 61e jour à compter de la même date ; que ce recours est prescrit» (arrêt *Communes de Tamines et d'Auvelais*, n° 13.470, du 27 mars 1969). Or, le *Mémorial* n'était arrivé à l'administration communale d'Auvelais que le 16 juillet ...

LA PRÉSOMPTION DE CONSTITUTIONNALITÉ DE LA LOI ET DU DÉCRET EN DROIT BELGE (*)

par A. VANWELKENHUYZEN

La présente étude ne procèdera pas à une analyse systématique des présomptions et des fictions du droit public belge. Notre ambition est singulièrement plus limitée.

A partir d'un exemple en quelque sorte «privilégié», que nous examinerons sous divers angles, nous nous efforcerons de mettre en relief les rapports qui existent entre la présomption irréfragable et la fiction juridique. Nous avons retenu à dessein l'exemple d'une proposition qui comporte une certaine ambiguïté. Nous respecterons l'usage qui est de parler de la «présomption» de constitutionnalité de la loi. Tenant compte de la revision constitutionnelle du 24 décembre 1970 et de ses suites, nous rechercherons s'il serait justifié de parler aussi d'une «présomption» de constitutionnalité du décret. Mais nous nous demanderons s'il ne faut pas plutôt considérer que la conformité nécessaire de la loi et du décret à la Constitution relève du phénomène de la fiction.

La présomption de constitutionnalité de la loi n'est certes pas, en droit constitutionnel belge, le seul exemple de présomption ou de fiction. Il en est bien d'autres. Nous en recontrerons quelques uns au cours de l'analyse à laquelle nous allons procéder et ils nous permettront d'ailleurs de vérifier certaines de nos conclusions.

Pour la démarche que nous allons entreprendre, il semble utile d'indiquer d'abord une définition provisoire de chacune des deux notions qui nous occupent : la présomption et la fiction.

(*) Communication faite au C.N.R.L. le 2 février 1973. Elle a été mise au point avant que la Cour de cassation ne rende ses arrêts des 3 mai et 25 juin 1974, en cause L. C., non encore publiés, qui semblent marquer une évolution importante de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois.

Définitions provisoires, ce qui ne veut bien entendu pas dire que ces définitions soient fausses. Elles nous apparaissent comme des définitions «classiques», généralement acceptées par un grand nombre de juristes, praticiens ou théoriciens. Mais notre analyse nous conduira à les compléter, c'est-à-dire à montrer que, définies de cette manière, ces deux notions ne recouvrent pas tous les phénomènes apparentés les uns aux autres sur lesquels les deux mots «fiction» et «présomption» pris dans ce sens classique projettent une certaine lumière. Nos définitions provisoires se révèleront insuffisantes pour distinguer parfaitement, l'une de l'autre, les deux notions dans certaines hypothèses : notre réflexion tend à dénoncer cette équivoque.

Pour la présomption, nous disposons d'une définition légale. Certes, elle se trouve dans le Code civil et notre exemple de présomption relève du droit constitutionnel. Mais comme il n'existe pas de définition de la présomption dans un texte de droit public, il est très vraisemblable que les juristes, même publicistes, sont fortement influencés par la définition du Code civil lorsqu'ils utilisent le terme «présomption» pour caractériser un phénomène de droit public (1).

L'article 1349 du Code civil dispose : «Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu».

Ajoutons que cette définition est inscrite dans un chapitre du Code (Livre III, Titre III) qui s'intitule : «De la preuve des obligations et de celle du payement».

De cette définition légale de la présomption, nous pouvons dégager les éléments suivants :

1° La présomption est un mode de preuve.

2° Elle comporte une relation entre deux faits : un fait connu et un fait inconnu.

3° Cette relation est une relation de vraisemblance : l'existence du fait connu rend probable l'existence du fait inconnu.

(1) Dans un ouvrage de caractère encyclopédique, J. Brethe de la Gressaye et M. Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, Paris, 1947, n° 186, p. 150, définissent la présomption comme «un raisonnement qui consiste à tenir pour vrai ce qui n'est que probable», mais ils précisent que les présomptions légales — celles qui nous intéressent pour la suite de cette étude — «s'analysent en un raisonnement que la loi établit en partant d'un fait connu pour conclure à un fait inconnu». La parenté entre cette dernière définition et la formule de l'article 1349 du Code civil est évidente.

4° Cette relation peut être

— soit affirmée par la loi — et c'est alors une présomption légale,

— soit affirmée par le juge — et c'est alors la présomption judiciaire ou «présomption de l'homme» ; dans ce dernier cas, il sera question de «présomptions» (au pluriel) et l'article 1353 du Code civil précisera que ces présomptions «abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat» ne seront admises comme preuve que si elles sont «graves, précises et concordantes» : il faudra donc plusieurs faits connus dont la conjonction rendra certaine l'existence du fait inconnu.

Précisant ce qu'est la présomption légale, l'article 1350 du Code civil souligne que des conséquences peuvent être attachées par la loi à des «actes» ou à des «faits». Le fait inconnu peut donc être soit un fait matériel, soit un fait juridique. Le Code cite notamment comme présomption légale «l'autorité que la loi attribue à la chose jugée». Voilà une présomption qui intéresse aussi le droit public (puisque la «droit judiciaire» en fait partie) : la présomption de vérité de la chose jugée, qui part d'un fait connu, à savoir ce qui a été jugé, le jugement, un acte juridique, pour rapporter la preuve, dans un autre procès, d'un fait intéressant ce dernier, fait qui pourra lui-même être un fait juridique (exemples : l'existence d'une infraction, la qualité de commerçant, une filiation soit légitime, soit naturelle, ...) (2).

«La fiction, selon Henri De Page (3), est un procédé de technique juridique qui, dans l'aménagement du réel et en vue de sa préhension par les règles, substitue délibérément l'irréel au réel».

M. René Dekkers, dans l'ouvrage qu'il a consacré à la fiction (4), définit celle-ci : «un procédé technique qui consiste à placer par la pensée un fait, une chose ou une personne dans une catégorie juridique sciemment

(2) Bien qu'il s'agisse d'un exemple tiré du Code civil, on peut se demander si l'autorité de la chose jugée est véritablement une présomption. H. De Page considérait que le principe de l'autorité de la chose jugée «se fonde techniquement sur une présomption», mais qu'il «n'emprunte à la présomption que sa formation» (*Traité élémentaire de droit civil belge*, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, t. III, n° 941, p. 980). Voy. aussi P. Mahaux, *La chose jugée et le Code judiciaire*, dans *J.T.*, 1971, p. 581, mercuriale prononcée au cours de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 1er septembre 1971.

(3) *Op. cit.*, t. III, n° 377, p. 362, note (8). Voy. aussi Fr. Gény, *Science et Technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1925, t. III, nos 240 et s., p. 360 et s.

(4) *La fiction juridique, Étude de droit romain et de droit comparé*, Sirey, Paris, 1935, n° 137, p. 86.

impropre, pour la faire bénéficier, par voie de conséquence, de telle solution pratique, propre à cette catégorie».

Les mêmes éléments essentiels se retrouvent dans la définition élaborée par le professeur Pierre PESCATORE : «La fiction est un procédé, légal ou jurisprudentiel, qui consiste à supposer un fait ou une situation différents de la réalité, en vue d'en déduire des conséquences juridiques déterminées» (5).

De ces trois définitions doctrinales, nous croyons pouvoir déduire que :

1° La fiction est un procédé de «technique juridique». Technique juridique, c'est-à-dire «le savoir-faire de ceux qui élaborent et de ceux qui pratiquent le droit» ; le procédé de technique juridique assure «la praticabilité sociale des règles» de droit (6).

2° La fiction consiste à nier la réalité telle qu'elle a été appréhendée tout d'abord ; elle se détourne volontairement du réel, de ce qui est vrai ou exact.

3° La fiction est une opération qui intervient *après* une première qualification du réel : *après* avoir qualifié une certaine situation de fait, le droit, par la fiction, substitue à l'analyse faite de prime abord une qualification sciemment erronée ou, du moins, qui fait abstraction d'une partie de la réalité reconnue et exprimée en termes de droit.

4° La fiction a pour but d'attacher à une situation juridique déterminée *les conséquences de droit* qui découleraient d'une situation juridique différente ; elle *transpose* ainsi, dans un cas pour lequel elles n'ont pas été faites, un ensemble de règles dont il s'agit précisément d'obtenir l'application.

(5) *Introduction à la Science du droit*, Office des Imprimés de l'État, Luxembourg, 1960, n° 145, p. 220.

(6) P. PESCATORE, *op. cit.*, p. 47 et 48. — Voy. aussi l'ouvrage «classique» de Fr. GÉNY, cité à la note (3) *supra, passim*, et J. BRETHE DE LA GRESSAYE et M. LABORDE-LACOSTE, *op. cit.*, n° 167, p. 135 : «La technique juridique se caractérise, selon nous, essentiellement, comme un ensemble de *moyens*, de *procédés*, plus ou moins *artificiels*, destinés à transposer le donné rationnel et expérimental en vue de rendre pratique et efficiente la règle de droit dans le milieu social où elle est appelée à s'appliquer». Les mêmes auteurs rangent la fiction dans les procédés de la technique juridique et y voient même «le degré le plus élevé de l'artifice» ; ils ajoutent : «Alors que les présomptions, par exemple, se fondent sur l'ordre normal des choses, la fiction, elle, contredit la vérité, elle en prend le contrepied. C'est un mensonge : ce qui est faux est tenu pour vrai en vue d'arriver à un certain résultat convenable» (*op. cit.*, n° 187, p. 151).

Les auteurs distinguent la fiction de la présomption et, plus particulièrement, de la présomption irréfragable par le caractère *conscient et volontaire* de l'altération de la réalité dans la fiction.

«Par la présomption, on tient pour établi ce qui est probable, ou du moins, possible et normal, écrit Pescatore (7). Au contraire, la fiction est une altération consciente et voulue de la réalité».

On se rappellera que le professeur Jean Rivero, dans la communication qu'il fit au Centre National de Logique en novembre 1972 (8), avait aussi attiré l'attention sur ce qui sépare la fiction de la présomption. Celle-ci cherche à établir la réalité, à s'en rapprocher, négligeant, tout au plus, dans le cas de la présomption irréfragable, une partie de cette réalité, généralement pour arriver à plus de sécurité juridique. Celle-là tourne le dos à la réalité : de propos délibéré, elle s'en moque.

*
* *

Le premier juriste qui, à notre connaissance, ait exprimé sous forme de présomption l'idée de la conformité nécessaire des lois à la Constitution, c'est M. le procureur général Léon Cornil, dans ses conclusions avant l'arrêt de la Cour de cassation du 20 avril 1950 :

«Comme le législateur ne peut faire que des lois conformes à la Constitution, comme le législateur est présumé fidèle à son serment d'observer la constitution, les lois sont présumées conformes à la constitution et le pouvoir judiciaire est impuissant à renverser cette présomption» (9).

(7) *Loc. cit.* — Voy. aussi R. DEKKERS, *op. cit.*, n° 56, p. 36 : «la présomption consacre une probabilité, qui peut dans certains cas s'avérer inexacte ; la fiction établit une inexactitude, qui ne laisse aucune place à l'appréciation».

(8) Voy. dans le présent recueil, p. 102.

(9) *Pas.*, 1950, I, 562. — Il convient cependant de relever qu'en 1943, la Cour de cassation avait affirmé, dans l'un de ses arrêts, qu'il existait une présomption irréfragable de conformité à la Constitution des arrêtés-lois pris en vertu des pouvoirs extraordinaires attribués au Roi par la loi du 7 septembre 1939. Voici le motif de cet arrêt, qui nous intéresse :

«Attendu que les mots «dispositions ayant force de loi» ne signifient donc pas que le Roi, prenant des arrêtés en vertu de la loi du 7 septembre 1939, agit comme pouvoir législatif ; qu'ils ont cette portée que les tribunaux, par dérogation à l'article 107 de la Constitution, ne seront point juges de la conformité de œs dispositions à la Constitution et aux lois autres que celle du 7 septembre 1939 ; que dès qu'il est constant que l'arrêté est pris dans le cadre de cette dernière loi et suivant la procédure que celle-ci prévoit, il est pour les tribunaux présumé *juris et de jure* constitutionnel et légal» ; (Cass., 27 janvier

Depuis lors, la formule a été reprise plus d'une fois.

Dans la deuxième édition de son précis, le professeur Mast écrit, en se référant au procureur général Cornil :

«De rechter is gebonden door het onweerlegbaar vermoeden dat de wetgever de Grondwet heeft nageleefd» ([10]).

Dans des travaux récents, notamment dans les rapports présentés aux Sixièmes Journées d'Études juridiques Jean Dabin (21 et 22 octobre 1971), l'expression de M. le procureur général Cornil est reprise.

M. Robert Andersen, dans un rapport sur «la responsabilité du fait des lois» ([11]), écrit qu'à la loi s'attache «une véritable présomption de constitutionnalité qui fait d'elle un acte insusceptible d'être entrepris aussi bien par voie d'action que d'exception devant les juridictions judiciaires et administratives».

Dans leur rapport sur des «exemples de lois taxées d'inconstitutionnalité», MM. Charles Huberlant et Philippe Maystadt s'expriment avec plus de prudence :

«En quelque sorte, la loi bénéficie (...) d'une présomption irréfragable de conformité à la constitution. Mais, bien entendu, exclusivement lorsqu'il s'agit de reconnaître sa force obligatoire, lorsqu'on se trouve sur le plan pratique. Au contraire, sur le plan théorique, la loi reste naturellement sujette à critique, même du point de vue de sa conformité à la constitution. Dans leurs études de doctrine, les juristes examinent assez souvent si des projets de loi ou même des lois en vigueur respectent ou non les prescriptions constitutionnelles» ([12]).

1943, *Pas.*, 1943, I, 32, ici 34-35 ; arrêt rendu sur conclusions conformes de M. le procureur général R. Hayoit de Termicourt).

Il faut pourtant souligner qu'en l'espèce, le juge trouvait dans une loi le fondement de la présomption : les termes «ayant force de loi» signifient, selon la Cour de cassation, que les arrêtés pris par le Roi en vertu des pouvoirs extraordinaires sont présumés conformes à la Constitution et aux lois autres que celle qui a conféré ces pouvoirs. Encore, cette présomption n'existe-t-elle apparemment que «pour les tribunaux».

(10) A. Mast, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht,* Gent, Story Scientia, 1963, n° 315, p. 323. Assez curieusement, dans la 3e édition de son ouvrage, parue en 1972, dans laquelle il développe sensiblement la question du contrôle de constitutionnalité (nos 358 à 376, p. 332 à 343), le professeur Mast ne cite même plus le procureur général Léon Cornil et ne reprend plus du tout sa formule.

(11) *Quelques réflexions sur la responsabilité du fait des lois*, dans *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Rapports présentés aux Sixièmes Journées d'Études juridiques Jean Dabin, Larcier, 1973, p. 391 et s., ici p. 392 ; voy. aussi p. 393, où l'auteur parle de «la présomption irréfragable de constitutionnalité qui s'attache à la loi».

(12) *Exemples de lois taxées d'inconstitutionnalité, ibidem*, p. 443, ici p. 444.

Dans sa dernière mercuriale, M. le procureur général W. J. Ganshof Van Der Meersch écrit : «l'abstention de contrôler la conformité de la loi à la Constitution a toujours été fondée et justifiée par la présomption de conformité de la loi à la Constitution» (13).

Il est sans doute utile, à ce stade de notre exposé, de préciser que notre intention n'est pas de nous prononcer pour ou contre le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.

Il nous suffit de constater que jusqu'à présent, la règle, appliquée par la jurisprudence, est que pareil contrôle ne saurait s'exercer (14).

Ce qui, par contre, retient particulièrement notre attention, c'est que cette règle est assez souvent exprimée par la formule :

«La loi est présumée de manière irréfragable conforme à la Constitution».

Prenant comme postulat que le droit belge ne connaît pas de contrôle juridictionnel des lois, nous nous posons alors les questions suivantes :

La «présomption de constitutionnalité de la loi» est-elle une présomption au sens «classique» que nous avons rappelé ? Use-t-on à bon droit du terme «présomption» en l'occurrence ?

S'il ne faut pas répondre «oui» aux deux questions qui précèdent, nous devons nous demander non seulement si cette «fausse présomption» est autre chose et comment il faut qualifier cet «autre chose», mais aussi pourquoi, dans quel but il a été fait appel tout de même, erronément sans doute, parfois peut-être par une approximation consciente, à la notion de «présomption».

De toute façon, nous devons nous demander si cette «présomption» — vraie ou fausse — est en même temps ou est plutôt une fiction, une fiction dans le sens que nous avons admis à titre provisoire ou dans un autre sens que nous devrons alors préciser.

Si la présomption de constitutionnalité de la loi est véritablement une présomption, nous devons pouvoir distinguer un fait connu et un fait inconnu, celui-ci étant rendu vraisemblable par la survenance de celui-là.

(13) *Réflexions sur la révision de la Constitution*, dans *J. T.*, 1972, p. 477 et s., ici p. 489, 2e colonne.

(14) L'arrêt de la Cour de cassation le plus ancien en cette matière paraît être celui du 23 juillet 1849 (*Pas.*, 1849, I, 443). Mais cette jurisprudence a encore été affirmée à une époque relativement récente : Cass. 20 novembre 1962, *Pas.*, 1963, I, 362 et 21 octobre 1966, *Pas.*, 1967, I, 240. La jurisprudence de la Section d'administration du Conseil d'État va dans le même sens ; voy. notamment les arrêts n° 13.358 et 13.359 du 24 janvier 1969, *R.A.A.C.E.*, 1969, p. 116. Sur la jurisprudence relative au contrôle judiciaire de la conformité des lois à la Constitution, voy. P. E. Trousse, *Le contrôle juridictionnel des lois. État de la question. La jurisprudence*, dans *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Larcier, Bruxelles, 1973, p. 299 et s.

Quel est le fait connu ?

Cela n'est pas très clair. Ou bien c'est le fait que les organes du pouvoir législatif prêtent serment de respecter la Constitution. Ou bien c'est tout simplement la règle de droit, dérivant du caractère obligatoire de la Constitution, règle selon laquelle le législateur *ne peut faire que* des lois conformes à la Constitution. M. le procureur général Léon Cornil écrivait, dans le texte que nous avons cité : «... comme le législateur ne peut faire que des lois conformes à la Constitution, comme le législateur est présumé fidèle à son serment d'observer la Constitution, les lois sont présumées conformes à la Constitution et le pouvoir judiciaire est impuissant à renverser cette présomption» (v. note 9).

Certes, les parlementaires des deux Chambres et le Roi prêtent serment «d'observer la Constitution» ([15]). Ils sont donc certainement tenus de respecter la Constitution. Mais suffit-il de jurer d'observer une règle pour la respecter effectivement, en évitant même de la violer par une erreur d'interprétation ? Alors, on ne comprendrait pas que les actes du Roi en qualité de chef de l'Exécutif, ceux des ministres, ceux des autorités administratives en général puissent être jugés illégaux ou inconstitutionnels par le pouvoir judiciaire et par les juridictions administratives ([16]).

Lorsque M. le procureur général Cornil déclare que le législateur «ne peut faire que des lois conformes à la Constitution», ne présume-t-il pas déjà ? Ne veut-il pas dire que le législateur «est présumé» ne faire que des lois conformes à la Constitution ? — Soutenir que le législateur respecte la Constitution parce qu'il en a l'obligation, c'est évidemment confondre l'obligation et l'exécution de l'obligation, c'est justifier la réponse que l'on fournit à la question, en formulant cette réponse d'une autre manière ([17]).

(15) Pour les membres de la Chambre des Représentants et du Sénat, voy. le décret du 20 juillet 1831 «concernant le serment à la mise en vigueur de la monarchie constitutionnelle représentative», art. 1er. Pour le Roi, voy. art. 80 Const.

(16) Fr. Dumon, *De toetsing van de wet aan de Grondwet*, dans *Tijdschr. v. Bestuursw. en Publiekrecht*, 1968, p. 131 et s., ici p. 133.

(17) Sans doute pourrait-on soutenir — l'objection nous a été faite par M. le professeur Ch. Perelman à la séance où la présente étude a été présentée oralement — que le fait connu est l'intention, manifestée lors de la prestation de serment, de ne pas violer la Constitution. Ce fait rend probable, dans une certaine mesure, que le législateur n'a pas violé la Constitution dans le cas particulier qu'il a examiné ; il est vraisemblable que le législateur, ayant pris un engagement solennel, a respecté cet engagement. Si tel est le fait connu — encore que cela ne résulte pas très clairement de la phrase de M. le procureur général Cornil citée ci-dessus — alors, le fait inconnu rendu probable, c'est seulement que le législateur a, dans tel cas particulier, effectivement eu l'intention de respecter la Constitution. Cette intention, à son tour, rendrait probable que la loi n'a pas violé la Con-

Quel est donc le fait connu qui permet d'affirmer que le législateur n'édicte que des lois conformes à la Constitution ?

Certes, il semble bien — et des travaux récents l'ont encore montré — que le constituant belge ait considéré qu'il était infiniment peu probable que le législateur pourrait un jour violer la Constitution (18). Cette hypothèse n'a pas retenu l'attention du Congrès national et c'est ce qui explique que l'article 107 de la Constitution prévoit seulement la sanction de la violation de la loi par des arrêtés ou des règlements.

La conformité de la loi à la Constitution est donc par elle-même probable. Elle a paru pratiquement certaine aux auteurs de la Constitution du 7 février 1831.

Mais on n'aperçoit guère de «fait connu» — au sens de l'article 1349 du Code civil — qui la rende probable, c'est-à-dire de fait précis qui, dans chaque cas d'espèce, pourrait être vérifié et démontré lui-même, à la manière des faits qui, en droit civil, fondent de véritables présomptions. On peut démontrer que le mur qui sépare l'héritage de Primus de celui de Secundus ne présente que d'un côté un chaperon ou des filets et corbeaux de pierre, et on peut en déduire, par présomption, que le mur n'est pas mitoyen, mais appartient exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre (art. 654 C. civ.). Il n'est évidemment pas question de vérifier, ni encore moins de démontrer que tous les parlementaires qui ont voté telle loi, avaient effectivement prêté serment auparavant et souscrit ainsi solennellement l'engagement d'observer la Constitution. Remarquons, en passant, qu'une autre présomption interviendrait pour rendre cette vérification et cette démonstration superstitution. Le lien entre le fait connu et le fait inconnu paraît finalement très ténu. Au surplus, il reste vrai que le même raisonnement devrait pouvoir s'appliquer aux actes de l'Exécutif accomplis par le Roi ou par d'autres autorités qui ont prêté serment. Et les objections formulées (voy. *infra* dans le texte) à l'égard du caractère de fait réellement inconnu de la constitutionnalité de la loi et à l'égard de la base légale d'une présomption que l'on prétend irréfragable, restent apparemment valables. W. J. Ganshof Van Der Meersch comprend apparemment la phrase du procureur général Léon Cornil comme déduisant la constitutionnalité nécessaire des lois du fait que le législateur a «l'impérieux devoir» de respecter la Constitution, le serment ne faisant que souligner solennellement l'obéissance qu'il doit à la charte fondamentale (*De l'influence de la Constitution dans la vie politique et sociale en Belgique*, dans *Rev. Univ. Bruxelles*, 1954, p. 169 et s., ici p. 177).

(18) Fr. Dumon, *op. cit.*, p. 132 ; J. Falys, Fr. Leurquin et H. Simonart, *La doctrine, 1831-1940*, dans *Actualité du contrôle juridictionnel des lois, op. cit.*, p. 323 et s., ici p. 323 à 325 et la note (4).

flue : «la promulgation par le Roi (art. 69) constitue une présomption de régularité de la procédure suivie pour l'élaboration de cette loi» (19). Au début de ce siècle, en France, un auteur apparemment plus sceptique, exprimait la même idée en utilisant une formule qui la présentait plutôt comme une fiction : «Par respect pour la dignité de sa charge, le Président de la République doit *être censé* ne promulguer que des lois conformes à la Constitution ; la parole du Président de la République qui promulgue, doit être sacrée pour ses subordonnés» (20).

Mais exite-t-il, d'autre part, un fait inconnu ? ou un acte juridique inconnu ?

A supposer même que la constitutionnalité d'une loi soit une question de fait — ce qui paraît pour le moins douteux — encore paraîtrait-il difficile de soutenir que le fait soit inconnu alors qu'il doit résulter tout simplement de la confrontation de la loi et de la Constitution, toutes deux présumées connues du plus modeste des citoyens.

Sans doute apercevons-nous ici pour quelle raison fondamentale la présomption de constitutionnalité de la loi ne saurait être une véritable présomption, au sens où nous avons décidé d'utiliser le terme.

La question de savoir si une loi est ou non conforme à la Constitution est une question de droit, que le juge seul est normalement en mesure de résoudre dans un cas d'espèce. Seul le juge détermine quelles sont finalement les dispositions constitutionnelles et légales — avec leur sens précis, fixé en fonction du cas d'espèce — qui vont éventuellement devoir s'appliquer simultanément et entre lesquelles une contradiction peut surgir. C'est ce qui fait que le juge doit pouvoir considérer comme tacitement abrogées toutes les dispositions légales antérieures à la loi la plus récente

(19) Fr. DELPÉRÉE, *La Constitution et la règle de droit*, dans *Ann. Droit*, 1972, p. 187 et suiv., ici p. 202; Cet auteur se réfère à une étude de P. DE VISSCHER, *La promulgation, la signature et la publication des lois en droit belge*, dans *La promulgation, la signature et la publication des textes légaux en droit comparé*, sous la direction de J. B. HERZOG, G. VLACHOS, avec une Introduction de Marcel WALINE, Paris, 1961, pp. 44 et 45. Mais le doyen DE VISSCHER n'utilise par le terme «présomption» ou le verbe «présumer» ; il écrit que la promulgation confère à la loi son caractère d'authenticité et «couvre, par là, tous les vices dont le vote de la loi par les Chambres aurait pu être entaché».

(20) BONNET, *De la promulgation*, 1918, p. 122-123, cité par H. PUGET et J. Cl. SÉCHÉ, *La Promulgation et la Publication des Actes législatifs en Droit français*, dans *La promulgation, la signature et la publication des textes légaux en droit comparé, op. cit.*, p. 71 et suiv., ici p. 82. Le Conseil d'État français a décidé qu'un décret de promulgation ne pouvait faire l'objet d'un recours contentieux (Cons. d'État, DESREUMEAUX, 3 novembre 1933, Sirey, 1934, III, 9, avec note R. ALIBERT).

invoquée devant lui, dans la mesure où ces dispositions anciennes ne seraient pas compatibles avec les dispositions nouvelles ; la présomption que le législateur a entendu abroger toute loi antérieure contraire à la loi nouvelle, résulte du pouvoir d'interprétation inséparable de la fonction juridictionnelle.

Généralement, la présomption de conformité de la loi à la Constitution est considérée comme irréfragable (21). Cela se comprend puisqu'en aucun cas, la jurisprudence n'admet que la non conformité soit prouvée.

Pourtant, les présomptions «juris et de jure» sont l'une des deux variétés de présomptions *légales*. Seules des présomptions établies par la loi peuvent avoir le caractère irréfragable (22). Or l'on chercherait en vain le texte établissant notre prétendue présomption.

Enfin, depuis la revision du 24 décembre 1970, qui a introduit l'article 59 bis, les données du problème se sont modifiées.

Le Conseil culturel pour la communauté culturelle française et le Conseil culturel pour la communauté culturelle néerlandaise ont été institués. Ils règlent certaines matières par voie de décrets qui, sanctionnés par le Roi, «ont force de loi», du moins dans certaines limites territoriales (art. 59 bis Const.).

Il semble certain que, dans la pensée du législateur constituant, la présomption de constitutionnalité des lois, devrait s'étendre aux décrets des deux conseils culturels prévus par l'article 59 bis. On lit, par exemple, dans le rapport fait par M. Lindemans à la Commission de révision de la Constitution de la Chambre sur le projet de loi qui devait devenir la loi du 3 juillet 1971 relative à la répartition des membres des Chambres législatives en groupes linguistiques et portant diverses dispositions relatives aux conseils culturels pour la communauté culturelle française et pour la communauté culturelle néerlandaise :

«La procédure proposée (il s'agit de la procédure de prévention et de règlement des conflits entre loi et décret et entre décrets) reste dans la

(21) M. le procureur général Cornil, écrivait dans le passage de ses conclusions avant l'arrêt de la Cour de cassation du 20 avril 1950, que nous avons déjà cité : «le pouvoir judiciaire est impuissant à renverser cette présomption». Voy. aussi A. Mast, R. Andersen, Ch. Huberlant et Ph. Maystadt aux endroits cités aux notes (10), (11) et (12). Voy. cependant en sens contraire Fr. Dumon, *op. cit.*, p. 133. Une allusion au caractère «juris tantum» de la présomption conformité de la loi à la Constitution avait déjà été faite par M. l'avocat général Dumon dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 1967, *J. T.*, 1967, p. 458, conclusions du ministère public, p. 459 et suiv., ici p. 462, 3e colonne.

(22) Voy. H. De Page, *Traité*, t. III, nº 925, spécialement p. 915.

ligne de nos traditions parlementaires selon lesquelles le pouvoir d'apprécier en dernier ressort la constitutionnalité d'une loi — et à l'avenir, également d'un décret — est réservée au Parlement» (23).

Mais l'article 59 bis de la Constitution prévoit l'instauration par la loi d'une procédure de *règlement* des conflits entre loi et décret ou entre décrets. Or les conseils culturels se voient attribuer par la Constitution des compétences qu'ils exercent «à l'exclusion» du législateur ordinaire (24). Un conflit entre une loi et un décret ne saurait donc exister que dans l'hypothèse où soit le législateur national, soit le législateur culturel a violé les limites de sa compétence, c'est-à-dire dans l'hypothèse où l'un de ces législateurs a violé la Constitution. L'article 59 bis de la Constitution implique, par conséquent, que la loi et le décret peuvent être inconstitutionnels. M. le procureur général Ganshof Van Der Meersch, dans le passage de sa dernière mercuriale que nous avons déjà cité, relève d'ailleurs que l'instauration d'un système de règlement des conflits entre loi et décret et entre décrets «implique la recherche et la *constatation du défaut de conformité* d'une loi ou d'un décret déterminés à la Constitution» et met en évidence que cette innovation n'est pas dans la ligne de nos traditions suivant lesquelles l'abstention du pouvoir judiciaire de contrôler la conformité de la loi à la Constitution se justifie par une *présomption* de conformité de la loi à la Constitution (25).

Nous concluons que la règle suivant laquelle la loi — et, aujourd'hui, le décret — sont nécessairement conformes à la Constitution n'est pas une présomption ou une vérité démontrée par une présomption.

La conformité de la loi et du décret à la Constitution est-elle une fiction ? — C'est ce que nous allons examiner maintenant.

*

* *

(23) *Doc. Parl. Ch.*, S. O. 1026 (1970-71), N° 3, du 30 juin 1971, p. 4. Voy. aussi le rapport présenté au Sénat, sur le même projet de loi, *Doc. Parl. Sén.*, S. O. 1970-71, n° 469, p. 13, où il est affirmé qu'«apprécier la constitutionnalité d'un décret» est «une prérogative des Chambres législatives».

(24) Voy. W. J. Ganshof Van Der Meersch, *Réflexions sur la revision de la Constitution*, *op. cit.*, p. 483, 3e col., et les références citées à la note (130).

(25) *Ibidem*, p. 489, 2e col. La conformité de la loi ou du décret à la Constitution ne sera cependant contrôlée, dans le système institué en vertu de l'article 59 bis, que dans la mesure où le respect du seul article 59 bis lui-même doit être assuré. M. Ganshof van Der Meersch y insiste avec raison, *loc. cit.*, p. 489, 3e col. Il n'empêche que le constituant a admis qu'une loi pouvait être inconstitutionnelle et que, dans un cas au moins, la constatation pourrait en être faite.

Dans la mesure où la fiction nie la réalité, où elle est une altération consciente et voulue de la réalité, l'affirmation de la conformité nécessaire de la loi à la Constitution ne paraît pas, à première vue, relever de la fiction.

S'il est vrai ou, en tous cas, très vraisemblable que certaines lois et même probablement un nombre de plus en plus élevé de nos lois comportent quelque violation de la Constitution, il est tout à fait évident que ces lois sont des exceptions, que la plupart de nos lois sont conformes à la Constitution ou peuvent en tous cas être interprétées d'une certaine manière qui permet de les rendre compatibles avec les dispositions de la Constitution que, *prima facie*, elles sembleraient méconnaître.

Avant tout examen de la question, une loi prise au hasard dans notre arsenal législatif a de nombreuses chances d'être constitutionnelle. Il est donc vraisemblable qu'elle le soit.

L'on ne peut pas dire qu'en posant pour principe que la loi est conforme à la Constitution, le juriste tourne le dos à la réalité.

Non seulement d'un point de vue statistique, les lois constitutionnelles l'emportent de très loin sur les lois inconstitutionnelles, mais lors de leur élaboration, leurs auteurs se préoccupent souvent sérieusement du respect de la Constitution. Les observations de la Section de législation du Conseil d'État en cette matière sont fréquemment prises en considération et des débats parfois très approfondis ont lieu au sein des Chambres sur la constitutionnalité des projets ou des propositions en discussion. Des projets et des propositions ont été écartés pour cause d'inconstitutionnalité ([26]).

D'un autre point de vue, cependant, cette règle que, pour la facilité, nous continuerons à appeler la présomption de constitutionnalité n'est invoquée que dans des cas où la conformité de la norme légale avec le prescrit constitutionnel est, au moins, douteuse. Le juriste, dans la pratique du droit, ne se demande pas, à propos de chaque loi qu'il doit appliquer, si elle est bien conforme à la Constitution. Dans les cas rares, où il se pose cette question, c'est qu'il a des raisons de penser que la Constitution a été violée. Il fait alors taire son scrupule en se raccrochant à notre présomption qui lui évite de se préoccuper de la réalité, du fond du problème, de ce qu'il en est exactement de la conformité de la règle légale avec la règle constitutionnelle.

On peut ajouter que l'affirmation générale et sans réserve que toute loi et tout décret sans exception est conforme à la Constitution se révèle, du

(26) HUBERLANT et Ph. MAYSTADT, *op. cit.*, notamment p. 448.

point de vue doctrinal, extrêmement téméraire lorsque l'on voit que le nombre d'actes législatifs taxés d'inconstitutionnalité pour des motifs sérieux par des auteurs qui font autorité, nombre relativement peu élevé par rapport au nombre total des lois, atteint, en chiffres absolus, un tel niveau que, dans leur étude sur des «exemples de lois taxées d'inconstitutionnalité», MM. Huberlant et Maystadt écrivent : «les cas où le grief d'inconstitutionnalité a été soulevé sont si nombreux qu'il nous est impossible de les recenser et de les étudier tous» ([27]).

D'ailleurs, comme nous l'avons déjà souligné, l'article 59 bis de la Constitution implique que des lois et des décrets peuvent être inconstitutionnels. Dès lors, la présomption de constitutionnalité refuse de prendre en considération une partie de la réalité.

Le juriste et, en particulier, le juge constate parfois l'inconstitutionnalité des arrêtés royaux et des autres règlements. Le mode de raisonnement par lequel il arrive à pareille constatation est évidemment applicable dans le cas où il s'agit de décider sur la conformité d'une loi ou d'un décret avec la Constitution. Ceci met sans doute en évidence le caractère d'artifice de la règle qui prétend exclure un raisonnement analogue en fournissant immédiatement la solution du problème, une solution qui, dans certains cas, sera contraire à la solution qu'aurait procurée un raisonnement qui aurait été admis s'il s'était agi d'un autre acte normatif (n'émanant pas du pouvoir législatif).

Pourtant, dans la mesure où la présomption de constitutionnalité ne prend pas directement le contre-pied de la réalité, mais se borne à fournir au problème posé une réponse qui n'en dépend pas, il ne semble pas que nous soyons en présence d'une fiction au sens admis par les auteurs auxquels nous nous sommes référés précédemment.

Ce qui paraît, par contre, vraiment fictif, c'est l'affirmation d'une présomption. La présomption invoquée n'existe pas, elle est imaginée de toutes pièces.

Nous l'avons dit, il n'existe pas de raisonnement permettant de partir d'un fait connu pour arriver, par voie d'induction, à un fait inconnu. Aucun texte n'établit de présomption en notre matière et, a fortiori, de présomption irréfragable.

La doctrine, en affirmant l'existence de cette présomption, use d'un artifice et, comme dirait M. Dekkers, place, par la pensée, une chose, le

(27) *Op. cit.*, p. 449.

principe de la constitutionnalité nécessaire de la loi, dans une catégorie juridique impropre, la catégorie «présomptions».

Pour nous, la présomption de constitutionnalité de la loi est une présomption fictive, une présomption imaginée par M. le procureur général Léon Cornil et reprise par d'autres auteurs de doctrine.

Par «présomption fictive», nous n'entendons pas une troisième espèce de présomptions, qui prendrait rang à côté des présomptions légales et des présomptions de l'homme. Nous qualifions ainsi une fiction qui consiste à prétendre qu'il existe une présomption là où il ne saurait y en avoir. Si l'on veut, c'est une *fausse* présomption.

Pour quelle raison a-t-il été recouru à ce procédé de technique juridique ?

Est-ce pour justifier l'attitude de la jurisprudence en matière de contrôle de la constitutionnalité de la loi ?

Assurément non. Nous n'avons trouvé aucun arrêt utilisant cette présomption pour écarter une demande qui se serait fondée sur l'inconstitutionnalité d'une loi ([28]).

La jurisprudence ne saurait utiliser cette présomption pour motiver ses décisions dans le cas où l'argument d'inconstitutionnalité de la loi ou du décret est soulevé.

La presque totalité des décisions rendues sur le sujet qui nous intéresse affirme *l'incompétence* du pouvoir judiciaire (et du Conseil d'État) pour examiner la constitutionnalité des lois ([29]). Se déclarant incompétent, le juge n'a pas à démontrer la constitutionnalité de la loi. Tout au plus, l'affirmation de cette conformité sera-t-elle de nature à apaiser sa conscience lorsqu'il écartera l'argument qui lui est présenté, mais il ne pourra pas en faire état dans son jugement ([30]).

L'attitude de la doctrine est différente. Elle utilise la présomption pour justifier l'abstention des juridictions en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois, et pour synthétiser le système qui résulte de cette abstention. Celle-ci entraîne, en fait, l'application par le juge de toute disposition légale quelconque, si flagrante que puisse être sa contrariété

(28) Mais la Cour de cassation a invoqué une «présomption» apparentée pour rejeter le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'un arrêté-loi pris en vertu de pouvoirs extraordinaires. Ce cas est toutefois essentiellement différent par la circonstance que le juge a pu interpréter la loi conférant les pouvoirs extraordinaires comme établissant la prétendue présomption. Voy. *supra*, note (9).

(29) P. E. Trousse, *op. cit.*, p. 299 et les annexes, p. 304 et s.

(30) Voy. toutefois ci-dessous note (32) et le texte *infra*.

avec une ou plusieurs dispositions constitutionnelles. La présomption de constitutionnalité dissimule que, dans certains cas, le législateur déroge véritablement à la Constitution ou l'ignore purement et simplement (31).

En déclarant qu'il existe une présomption irréfragable de conformité de la loi à la Constitution, M. le procureur général Cornil a, en quelque sorte, usé d'une image. *Tout se passe comme si* (voilà la fiction !) la conformité de la loi à la Constitution résultait d'une présomption. Cette conformité ne peut pas plus être mise en doute que s'il y avait, à son égard, chose jugée (32). La question ne peut même plus être discutée.

La sécurité juridique qui en résulte, est précieuse. Sans la présomption de constitutionnalité, comment pourrait-on écarter, sinon résoudre les problèmes particulièrement délicats mettant en cause les rapports entre le législatif et le judiciaire, qui ne manqueraient pas de se poser dans certains cas ?

Mais une autre conséquence sera tirée de la présomption de constitutionnalité de la loi. C'est même pour cette conséquence-là, du moins pour s'en prévaloir que le principe qui veut que toute loi soit conforme à la Constitution, paraît avoir été initialement qualifié de «présomption».

Dans l'espèce dans laquelle M. le procureur général Cornil a prononcé les conclusions qui paraissent à l'origine de l'affirmation de la présomption de constitutionnalité de la loi, l'éminent magistrat ne méconnaît nullement que le contrôle de constitutionnalité échappe à l'appréciation des cours et des tribunaux. Il le dit très nettement lui-même. Ce n'est pas pour démontrer la conformité d'une loi à la Constitution qu'il invoque la présomption.

Dans cette affaire Waleffe, il s'agissait d'apprécier la constitutionnalité non d'une loi, mais d'un arrêté pris en vertu d'une loi du 17 mai 1933 «attribuant compétence au gouvernement pour lui permettre de prendre certaines mesures en vue du redressement de l'équilibre financier et de la réalisation de l'équilibre budgétaire», une loi attribuant donc des «pouvoirs spéciaux». La constitutionnalité de cette loi n'était pas discutée,

(31) A. MAST, *loc. cit.*, justifie l'absence de contrôle de constitutionnalité par la présomption ; Ch. HUBERLANT et Ph. MAYSTADT, *loc. cit.*, résument la situation en faisant appel à une «sorte» de présomption irréfragable.

(32) La présomption de vérité qui s'attache à la chose jugée peut d'ailleurs constituer une fin de non-recevoir. Voy. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, nº 938, p. 931. Ce dernier rapprochement (entre présomption de constitutionnalité de la loi et présomption de vérité de la chose jugée) aide à comprendre que le juge, tout en se déclarant incompétent pour apprécier la constitutionnalité d'une loi, admette simultanément, sans le dire d'ailleurs, la présomption de constitutionnalité. Il considère que toute question de conformité de la loi à la Constitution a déjà été tranchée définitivement par le législateur lui-même.

elle ne pouvait pas l'être. Mais l'arrêté royal du 31 mai 1933, pris en vertu de cette loi, avait été appliqué à la pension d'un magistrat de l'ordre judiciaire et le résultat avait été d'amoindrir la situation pécuniaire de celui-ci du fait de son accession à l'éméritat. La Cour de cassation jugea que cette diminution de la situation matérielle d'un magistrat à l'occasion de sa mise à la retraite était incompatible avec l'article 100 de la Constitution qui garantit aux juges l'inamovibilité. Pourtant, les termes très généraux de la loi du 31 mai 1933 paraissaient avoir effectivement conféré au Roi le pouvoir qu'il avait exercé. Mais la Cour de cassation observe : «bien que les termes de cette loi soient généraux et répugnent à une interprétation restrictive, il est certain cependant que ses auteurs n'ont pas entendu donner au gouvernement le pouvoir de prendre des mesures qui violeraient la Constitution» ([33]).

Ainsi, la Cour suivait le même raisonnement que son procureur général, sans cependant recourir à la notion de «présomption». Prenant comme postulat que le législateur ne fait que des lois constitutionnelles, la Cour donne à la loi attribuant des pouvoirs spéciaux une portée qui n'est pas celle qui découle, à première vue, de son texte, mais une portée qui la rend compatible avec la Constitution.

Puisque la loi est constitutionnelle, elle ne peut avoir que le sens qui permet de concilier ses dispositions avec celles de la Constitution.

En définitive, la présomption de constitutionnalité fournit un principe d'interprétation de la loi et maintient la cohérence de l'ordre juridique. Voilà son utilité et son but.

Dans des conclusions récentes, dont il a bien voulu nous communiquer le texte, M. l'avocat général Dumon a recouru à la présomption de constitutionnalité de la loi dans le même but. Il élargit d'ailleurs le champ d'application de cette présomption et en fait un principe plus général.

«Il est un principe selon lequel le juge doit s'efforcer de donner à une disposition, normative spécialement, un sens et une portée qui la rendent *légale*, dans le sens large, c. à. d. compatible avec une règle de droit qui a la primauté sur elle. (...). Si une loi *paraît* être contraire à une disposition constitutionnelle ou à un traité international le juge supposera aussi que le législateur n'a pas entendu déroger à ces normes supérieures. Ce n'est que si le texte évident de la loi et la volonté clairement et indubitablement ex-

(33) *Pas.*, 1950, I, 572.

primée par les travaux préparatoires renversent cette présomption que le juge donnera à une telle loi un sens et une porté incompatibles avec ces normes supérieures» ([34]).

*
* *

La présomption de constitutionnalité, telle que nous l'avons analysée, est-elle unique en son genre ?

Nous ne le pensons pas. Nous voudrions précisément, en terminant, la rapprocher de deux autres présomptions auxquelles il a déjà été fait allusion et qui nous paraissent être également des présomptions fictives.

Rappelons tout d'abord la présomption de régularité de la procédure d'élaboration de la loi, qui résulterait de la seule promulgation ([35]). Aucun texte ne peut non plus être invoqué pour lui donner le fondement que son caractère irréfragable exige.

Revenons aussi sur la présomption de connaissance de la loi par les gouvernés. M. René Dekkers observe que «le principe que nul n'est censé ignorer la loi ne se trouve formulé nulle part» et que l'on peut tout au plus «l'induire de l'article 129 de notre Constitution» ([36]).

Nous sommes apparemment dans ces deux cas, comme dans celui de la présomption de constitutionnalité de la loi, en présence de présomptions que la loi n'a pas formellement établies, mais que la doctrine déclare irréfragables.

Leur but ne se situe pas non plus au plan des règles de la preuve. Leur justification réside essentiellement dans la sécurité juridique qu'elles engendrent. Elles contribuent à la sécurité juridique en effaçant tout doute concernant l'applicabilité d'une règle de droit.

L'usage du terme «présomption» ne paraît, en définitive, qu'un appel à la magie des mots. Pour le juriste, la présomption, surtout la présomption irréfragable évoque une sécurité juridique absolue. Une fois que le plaideur

(34) Conclusions avant Cassation, 20 avril 1972, *Pas.*, 1972, I, 769, note (1).
(35) Voy. *supra* et la note (19).
(36) *Op. cit.*, p. 27. Voy. aussi l'étude de M. Ch. HUBERLANT, *La présomption de connaissance de la loi dans le raisonnement juridique* et l'étude de M. G. BOLAND, *La publication des lois et des arrêtés, condition du caractère obligatoire et du délai de recours en annulation : présomption ou fiction ?*, dans le présent recueil, p. 186 et p. 229. La dernière étude citée affirme d'ailleurs notamment : «Le principe selon lequel, en Belgique, seule la loi publiée a force obligatoire, n'est ni une fiction, ni même une présomption, c'est une règle de droit positif» (p. 251).

a démontré la faute du préposé ou que le juge a retenu pareille faute, il lui est bien aisé d'en déduire la responsabilité du maître ou du commettant (art. 1384 C. civ.). Si une partie ou un tribunal peut se fonder sur une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée, le procès devient, au moins sur un point, facile à gagner ou à trancher. Le confort et la sécurité qu'inspire le mot «présomption», aident à convaincre du bien-fondé de la règle qui revêt fictivement cette apparence.

Nous en venons ainsi à penser que plutôt que de présomptions, il s'agit de postulats inspirés par une pensée d'ordre public.

Selon le *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie* de Lalande, le postulat peut être «une proposition qui n'est pas évidente par elle-même, mais qu'on est conduit à recevoir parce qu'on ne voit pas d'autre principe auquel on puisse rattacher soit une vérité qu'on ne saurait mettre en doute, soit une opération ou un acte dont la légitimité n'est pas contestée» ([37]).

Dans son traité de droit constitutionnel belge, M. Pierre Wigny constate qu'«en droit positif belge, le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois n'est pas expressément exclu par un texte, pourrait être justifié par les principes généraux, mais a été sagement écarté pour des raisons politiques» ([38]). Les arrêts de la Cour de cassation qui rejettent les pourvois fondés sur l'inconstitutionnalité d'une loi, sont d'ailleurs très sommairement motivés. L'incompétence du pouvoir judiciaire en matière de contrôle de la constitutionnalité d'une loi y est affirmée comme une vérité nécessaire, sans plus ([39]). Ces arrêts relèvent d'une politique jurisprudentielle, ils comportent un choix, ce sont des décisions, au sens propre du terme, puisqu'ils affirment une règle qui n'aurait pas d'existence sans eux.

Université Libre de Bruxelles

(37) A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie*, Paris, P.U.F., 1968, v° «Postulat».

(38) P. Wigny, *Droit constitutionnel, Principes et Droit positif*, Bruxelles, 1952, n° 104, p. 196.

(39) Voy. P. E. Trousse, *op. cit.*, p. 299 et 300.

LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE RÉALITÉ OU FICTION ? (*)

par Luc SILANCE

I. Introduction

1. Un cycle d'études consacrées à la fiction en droit se doit pour être complet, de comporter un chapitre consacré à la personnalité juridique. On pourrait rattacher le sujet à la logique des classes. La classe des «personnes» comprendrait tous les êtres ayant les caractéristiques propres à leur nature d'hommes. Celles-ci ne se retrouveraient pas chez les «personnes morales», qui ne seraient des personnes que par extension ou par assimilation et ne pourraient entrer dans cette classe que par un artifice. Il n'y aurait pas de réelle relation d'appartenance de «personne morale» à «personne». Considérer, sur le plan juridique, les personnes morales comme des personnes, pourrait avoir comme conséquences les contradictions logiques relevées par les juristes et par les logiciens.

Nous nous bornerons cependant à l'étude du phénomène juridique, en y ajoutant certaines considérations étymologiques et sémantiques.

2. Recherchons d'abord soit la définition légale, soit le sens courant et usuel des mots utilisés (1).

Selon le *Grand Dictionnaire de la langue latine du docteur Guillaume Freund* (2) *persōna* dérive du verbe *persŏno* dont la signification était : résonner, retentir à travers ... Le mot a été dérivé du verbe en changeant la qualité de la deuxième syllabe, qui de brève est devenue longue. Sa première signification est le *masque* porté par les acteurs et qui leur couvrait le visage entier. Différent selon les caractères mis en scène, il

(*) Communication faite au C.N.R.L. le 2 mars 1973.

(1) A défaut de définition légale, les mots ont en droit leur sens courant et usuel. Cass. 9.10.1922, *Pas.*, 1923-1-8 ; Cass. 27.6.1960, *Pas.*, 1960-1-1220 ; Conseil d'État 9.11.1956, *Pas.*, 1958-IV-10 et nombreuses autres décisions.

(2) Traduit en français par Theyl à Paris en 1862.

n'avait qu'une ouverture à l'endroit de la bouche pour laisser s'échapper la voix. *Par métaphore*, persona est devenu le *rôle*, le caractère, le personnage que l'acteur représente. *Par extension, en dehors de la langue théâtrale*, c'est devenu en général *le rôle, le caractère, le personnage* que quelqu'un joue dans le monde. Comme *deuxième signification*, c'est l'*homme qui remplit une fonction quelconque*, la personne qui joue un rôle, un personnage. Chez les grammairiens, c'est la personne.

Dans le Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paul Robert relève la première utilisation du mot «*personne*» en 1180 et le qualifie d'emprunt du latin persona, mot d'origine étrusque : «masque de théâtre». En droit, c'est *l'être auquel est reconnue la capacité d'être sujet de droit* (Capitant). La personne morale est le groupement ou l'établissement possédant la personnalité morale.

Pour Littré, la personne est un homme ou une femme. En droit, c'est *celui qui a des droits*.

La *personnalité*, pour Littré, est ce qui appartient essentiellement à une personne, ce qui fait qu'elle est elle et non pas une autre. Pour Paul Robert la première utilisation du mot remonterait à 1495 et serait un emprunt du mot latin personalitas dérivé de personalis (personnel). Pour Larousse, c'est l'individualité consciente. La personnalité juridique est, pour Larousse, l'aptitude à être sujet de droit.

3. Si dans le langage courant actuel, la personne désigne l'être humain ou l'individu, c'est par une évolution sémantique due à une métaphore, à une extension, autrement dit à une fiction du langage.

De même de la notion pragmatique de la *personne morale*, nom donné par extension à une universitas, dont la «personnalité» ne résultait que d'une fiction, l'effort d'imagination n'a pas été grand, pour glisser à la notion légale de la «personne» ayant comme l'être humain des droits et des obligations ; elle n'est dès lors plus une fiction mais une réalité juridique (3).

La fiction a été définie comme une fausse qualification dont on tire des conséquences juridiques. La relativité de la réalité paraît être mise en cause, et l'on oppose souvent réalité et réalité juridique.

Au surplus, l'accent a été mis sur le fait que «réalité juridique» varie dans le temps de sorte que ce qui était une fiction correspond, plus tard, à cette réalité juridique.

(3) Cf. Lon FULLER, *Legal Fictions*, Stanford University Press, Stanford-California, 1967, p. 19.

4. Pour De Page (4), la notion de personne est le support indispensable des phénomènes juridiques : «C'est en la personne qu'ils se localisent ; c'est «à elle qu'ils profitent ; c'est elle qu'ils obèrent». La personnalité est la «situation qui caractérise la personne, l'état grâce auquel un être entre dans la vie juridique».

Relevons les définitions de divers auteurs :

Planiol et Ripert (5) : «La *personnalité morale* est l'attribution de droits et d'obligations à des sujets autres que des êtres humains».

Michoud (6) : «Le mot personne signifie simplement un sujet de droit, un être capable d'avoir des droits subjectifs lui appartenant en propre, rien de plus, rien de moins».

Celles de Laurent (7), De Page (8), Dabin (9), Renard (10), Marty et Raynaud (11), Carbonnier (12) sont similaires.

5. Les sujets de droit sont les personnes ; le droit les considère comme aptes à profiter de la faculté conférée par une règle juridique ou à être soumises à un impératif (13). Inversement, la personnalité juridique est le fait d'être sujet de droit.

L'étude de la personnalité s'oriente presque toujours vers celle des personnes civiles. Nous pensons utile, même pour l'étude des fictions, de nous attacher d'abord à certains aspects des personnes physiques ; nous examinerons séparément les personnes physiques et les personnes morales.

On peut, dans chacun des deux cas, envisager d'une part la personne avant sa naissance, d'autre part durant sa vie, enfin après son décès ; parfois d'autres aspects doivent être soulignés. Chaque fois nous trouverons des éléments de fiction ou de réalité. Dans un dernier chapitre, nous résumerons nos considérations en les rapportant d'une manière plus spécifique au problème logique.

(4) *Traité élémentaire de droit civil*, T. I, n° 233.

(5) *Traité pratique de droit civil français*, 2e édition, tome 1er, Paris 1952, n° 66.

(6) *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2e édition, Paris, 1re partie, page 7.

(7) *Principes de droit civil*, tome I, 3e éd., 1878, n° 287.

(8) *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome 1er, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 1962, n° 233.

(9) *Le droit subjectif*, p. 106, note 4.

(10) *Cours d'encyclopédie du droit*, fasc. 2, Liège 1960, p. 141.

(11) *Droit civil*, Tome I, 2e volume, 2e éd., Paris 1967, p. 10, n° 2.

(12) *Droit civil*, Tome Ier, P.U.F., 7e édition, 1967, p. 163.

(13) Cf. Claude DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 2e éd., 1942, p. 78.

II. Les personnes physiques

6. On considère généralement que l'homme acquiert la personnalité en naissant et la perd en mourant.

Cette «réalité» paraît admise de manière constante pour le début de la personnalité, l'existence durant la vie ou la disparition au décès ; il existe pourtant des exceptions. Est-ce par l'effet d'une fiction ? Ou bien reconnaître la personnalité à l'être vivant peut-il être le résultat d'une fiction ?

A) *Avant la naissance.*

7. *Début de la personnalité.*

Dans l'acception courante, on admet que l'être apparaît à la naissance. Cependant, une série de phénomènes physiologiques se situent avant l'accouchement ; on en trouve des traces dans le domaine juridique, en droit civil, pénal, social.

8. A quel moment se situe le début de l'exercice des droits civils, c'est-à-dire de la personnalité juridique ? L'article 8 du Code Civil dispose que «tout Belge jouira des droits civils» ; l'article 7 que l'exercice des droits est indépendant de la qualité de citoyen. Le moment où commence l'exercice de ces droits n'est donc pas précisé par la loi. On estime généralement que c'est l'instant où l'être (la personne) se manifeste pour la première fois : à la naissance.

Cependant, à ce moment, il n'y a pas encore d'individualité consciente et la différence entre le foetus et l'être dont la mère vient d'être délivrée n'est pas grande : seuls le souffle et la vie séparée de celle de la mère, déliée du cordon ombilical, peuvent les différencier.

Le nouveau-né reste, après la conception, aussi inapte à se suffire à lui-même, incapable d'action et de réflexion que durant la grossesse. Il est même plus désarmé, n'étant plus protégé par le corps de la mère. Pourquoi dès lors considérer que les droits ne peuvent être exercés et que la personnalité ne commence qu'à la naissance ? Y a-t-il à ce moment apparition d'une nouvelle individualité consciente ?

Pour J. Rostand, la personnalité existe avant la naissance : «Dès l'instant où dans l'œuf fécondé se sont joints les chromosomes de cet ovule et ceux de ce spermatozoïde, la personnalité héréditaire de l'enfant est déterminée une fois pour toutes» ([14]). La fécondation crée l'homme dans sa totalité et dans son individualité.

(14) *L'avenir de la biologie*, p. 80.

La cellule nouvelle a, sur le plan génétique, tous les éléments qui feront les caractéristiques futures de l'être dans tous les domaines, physique, moral et intellectuel ([15]).

9. Le système juridique qui n'attribue la personnalité à l'homme qu'au moment de sa naissance, crée une fiction : l'individu nouveau est conçu au moment de la fécondation.

Si l'on veut suivre cette idée et la développer jusqu'en ses aboutissements extrêmes, on en arrive à un déterminisme intégral. D'autre part dans cette thèse, conforme à l'état actuel de la médecine, et de la génétique, l'avortement supprime un être.

Tout cela correspond-t-il à la réalité ? Non, si on prend la personnalité dans le sens d'«*individualité consciente*» : le foetus l'acquiert en théorie ou en droit au moment de la naissance ; en pratique, bien plus tard.

10. On a défini comme la personne future celle «qui n'est pas encore née ou conçue au moment où se produit un fait ou un acte juridique» ([16]). L'enfant conçu n'est donc pas une personne future ; il est déjà doué de la vie et le droit le considère comme né dans la mesure où son intérêt l'exige ([17]).

Le Code Civil comporte des dispositions accordant des droits dès la conception.

Les droits de l'enfant vis-à-vis de son père, du point de vue de la filiation et de la condition, commencent, en vertu de l'article 312 du Code, dès avant la naissance. L'époque de la conception ouvre le droit. Cependant le père peut «désavouer» l'enfant dans certains cas moyennant certaines conditions (articles 312 et suivants du Code Civil).

En vertu de l'article 315 du Code Civil, l'enfant né d'une femme dont le mariage est dissout depuis plus de 180 jours et moins de 300 jours, est réputé issu de ce mariage à moins qu'il ne fasse l'objet d'une déclaration de reconnaissance paternelle ou d'une légitimation. Cependant, l'enfant issu d'une femme dont le mariage antérieur est dissout depuis moins de 300 jours et qui est né après la célébration du mariage subséquent de sa

(15) Cf. L. SILANCE, *Génétique et droit*, dans *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1969, p. 871 et sq. ; *La cybernétique et les méthodes de raisonnement en droit*, dans *J.T.*, 1967, 1.

(16) Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique, s.v.* personne future.

(17) Cf. SÉBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, Sirey 1938, p. 1.

mère, est tenu exclusivement pour enfant légitime des nouveaux époux, sauf désaveu ou contestation.

11. Très tôt, dès avant le droit romain, on a accordé à l'enfant qu'une femme porte dans son sein certains droits sinon une certaine personnalité juridique. Cet être ne vit pas d'une manière indépendante, mais vit cependant. Tertullien (Apologétique) soulignant une idée d'Aristote, a écrit : *Homo est, qui futurus est.*

L'adage latin *Infans conceptus pro jam nato habetur*, a été admis de manière constante ; on y a ajouté : ... *quotiens de commodis ejus agitur.* L'enfant conçu est considéré comme né, mais seulement quand tel est son intérêt ([18]).

Si la première partie du principe fut admise très rapidement, la deuxième partie ne l'a été que très longtemps plus tard.

Dans la *Vie de Lycurgue*, Plutarque écrivait déjà que *Polydecte* étant mort sans enfant, tout le monde crut que Lycurgue allait être roi, tant qu'on ignora la grossesse de la reine, sa belle-sœur. Dès qu'elle fut connue, il déclara que si elle avait un fils, la couronne lui appartiendrait et il n'administra le royaume qu'en qualité de tuteur.

La *paternité* résulte du seul fait de la conception : après la *conception*, l'existence physique de l'enfant est indépendante de celle du père. La *maternité* au contraire se rattache au fait de la *naissance* ; jusqu'à l'enfantement, la condition physique de l'infans reste liée à celle de la mère. Pour les personnes mortes avant la naissance, l'enfant posthume n'a jamais été qu'une personne ou un être incertain.

D'après l'ancien droit romain, il ne pouvait recevoir par testament de ceux auxquels il était posthume, ni legs, ni hérédité. Le droit classique a modifié cette règle sur le point relatif au «postumus suus», c'est-à-dire du posthume qui, à sa naissance, sera au nombre des héritiers «siens» du testateur. Si le paterfamilias meurt en laissant un enfant simplement conçu, qui aurait été son héritier s'il était «né» avant le décès, on n'a pas voulu dépouiller le posthume de l'hérédité paternelle et on a agi comme s'il était né du vivant de son père ([19]).

Le droit romain a évolué ([20]) et on a accordé des droits de manière plus normale. Ce principe a de même été admis dans certains droits coutumiers.

(18) Sébag, *loc. cit.*, p. 29.
(19) Gaïus, II, § 130.
(20) Paul, II, 24, 1, 3 ; voir Albertario, *Bullettino dell' Istituto di diritto romano*, Roma, 1923, p. 1 et s.

12. A l'époque de la rédaction du Code Civil, le Conseil d'État a chargé M. Fourcroy de faire un rapport sur la question. Il l'a fait dans un «Précis sur l'époque de la naissance humaine et sur les naissances accélérées et tardives», déposé au Conseil d'État à sa séance du 14 Brumaire en X.

Selon Fourcroy, la gestation ne pouvait durer moins de 186 ni plus de 286 jours.

Les rédacteurs du Code élevèrent à 10 mois du calendrier républicain *la durée maximale de gestation* et fixèrent à *6 mois la durée minimale* : entre le 180e et le 300e jour précédant la naissance.

On estime qu'il s'agit là d'une «*présomption irréfragable*» bien que la règle n'exprime pas la vérité absolue. Bigot-Préameneu ([21]) disait : «Ce n'était point une vérité absolue que les rédacteurs de la loi avaient à découvrir. Il leur suffisait de donner aux juges une règle qui fixât leur incertitude et ils devaient prendre cette règle dans la marche tellement uniforme de la nature qu'à peine peut-on lui opposer quelques exceptions qui ne feraient que la confirmer».

On peut poser la question de savoir s'il faut entendre par «jour» la période de 24 heures commençant à *l'heure de la célébration du mariage* ou à l'*heure du décès* et compter par jours pleins de minuit à minuit ([22]). La Cour du Cassation en France s'est prononcée en faveur de la *computation par jours*. Les cours d'appel et les tribunaux ont parfois décidé en sens contraire ([23]).

13. On peut de même poser *le problème de la parenté* de l'enfant conçu : Y aura-t-il filiation *légitime* ou éventuellement *illégitime* ? ([24]).

Portalis a déclaré : «Le caractère de la légitimité est propre à l'enfant qui *naît* dans le mariage, soit que l'enfant ait été conçu avant, soit qu'il ait été conçu après. La loi doit d'abord lui imprimer ce caractère» ([25]).

L'enfant né avant le 180e jour du mariage ne peut être désavoué que dans un certain nombre de cas. Il naît donc légitime. On peut parler éventuellement de désaveu. S'il naît légitime, ce n'est qu'en vertu d'une fiction de la loi qui suppose de la part des époux l'intention de lui conférer la

(21) Locré, tome 4, p. 50 et sq.

(22) Voir Civ. 8.2.1869, D.P., 1869-1-181.

(23) Angers, 12 décembre 1867, D.P. 1867-11-201.

(24) Voir Sébag, *La condition juridique des personnes physiques et morales avant leur naissance*, p. 72 et sq.

(25) Locré, *Législation civile de la France*, tome 6, p. 44, 45 ; cf. Regnault de Saint-Jean d'Angély, Locré, *ibid.*

légitimité par un mariage postérieur à la conception mais antérieur à la naissance (26).

Peut-on reconnaître un enfant avant sa naissance ?

L'art. 334 du Code Civil paraît défavorable à une solution affirmative. Il ne sera pas possible de préciser dans l'acte de reconnaissance le sexe ou le prénom de l'enfant ; cependant certaines décisions ont admis la validité de cette reconnaissance (27).

14. *Adoption.*

Avant l'intervention en Belgique de la loi du 21 mars 1969 qui a résolu le problème, celle du 22 mars 1940, modifiant l'article 344 du Code, avait donné lieu à une controverse au sujet de l'application de l'adage latin infans conceptus pro nato habetur. Si la Cour d'Appel de Bruxelles avait refusé d'admettre que l'adage se retrouvait dans notre droit positif (28), en revanche certains tribunaux (29), maintenaient le point de vue opposé (30).

Le problème était de savoir si la naissance d'un enfant conçu avant l'acte d'adoption mais né postérieurement à l'homologation de celle-ci, pouvait avoir une incidence sur la valeur de cette adoption (31).

Cette question a déjà été étudiée dans le volume consacré aux antinomies (32).

La controverse avait un rapport avec notre propos puisque l'adage fait ressortir que l'enfant qui n'est pas encore né mais est déjà conçu, possède certains droits (33).

15. *Patrimoine de l'enfant conçu.*

L'art. 725 du Code Civil prévoit que «pour succéder il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Ainsi sont incapables de succéder : 1. Celui qui n'est pas encore conçu ; 2. L'enfant qui n'est pas né viable».

(26) PLANIOL et RIPERT, *Traité Pratique de droit civil*, tome II, *La famille*, par André ROUAST, nº 710 ; *Traité élémentaire*, 12e édition, tome 1, nº 1366, 1559.

(27) Voir en France, Cass. 13 juillet 1886, D. 1887-1-119 ; Cass. 2 janvier 1895, D. 1896-1-367.

(28) Bruxelles, 11 septembre 1954, *Journal des Tribunaux*, 1955, p. 60.

(29) Civil Charleroi 25 juillet 1954, *J.T.*, 1955, p. 64.

(30) Voir également Civil Charleroi, 18 novembre 1954, *J.T.*, 1955, p. 63.

(31) Voir encore Cour d'Appel de Bruxelles, 6 avril 1955, *J.T.*, 1955, p. 513 et Civil Charleroi, 4 février 1956, *J.T.*, 1957, p. 374.

(32) *Les Antinomies*, p. 84 et sq.

(33) Code Civil, art. 725, Code Civil Suisse, articles 31 et 544.

Le Code ne fait donc pas appel aux fictions d'inspiration romaine. Il affirme implicitement mais certainement que l'enfant conçu est une personne qui existe et à qui est reconnu le droit de succéder. Ce texte va à l'encontre de la thèse exposée par le tribun Chabot (34) : «C'est bien en vertu d'une fiction dans le sens romain ou d'une présomption que l'enfant conçu est considéré comme capable de succéder».

L'article 725 est à cet égard encore plus net que l'art. 906 qui dispose : «Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès. Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable».

Il s'agit donc d'une question de capacité ou de condition suffisante, et non d'une question d'existence ou de condition nécessaire comme dans l'article 725.

16. *Nationalité*.

Autre problème, celui de la *nationalité* de l'enfant conçu. La Cour de Cassation (35) a jugé implicitement que, en vertu du principe «Puer conceptus pro nato habetur ...» celui qui est né d'un étranger en Belgique, après la promulgation du Code Civil, mais a été conçu avant cette promulgation est Belge si ses parents y étaient domiciliés au moment de sa conception. De même, il a été jugé que lors de la division du royaume des Pays Bas après la révolution de 1830, devinrent des citoyens belges ceux qui postérieurement à la mise en vigueur du livre premier, titre premier du Code Civil sont nés, dans les provinces septentrionales, de parents habitant une commune belge (36).

En fait, c'est cependant au jour de la naissance qu'il faut se placer pour déterminer la nationalité de l'enfant. Celui-ci n'est Belge que si son père possédait à ce moment la nationalité belge (37).

La législation actuelle n'attache donc plus d'importance à la nationalité que possédait le père au moment de la conception et durant celle-ci. L'adage *Puer conceptus pro jam nato habetur quotiens cumque de ejus commodis agitur*, que consacrait encore l'art. 3 de la loi du 8 juin 1909 a été abandonné. Il est de l'intérêt de l'enfant d'avoir la même nationalité que son père au moment de la naissance. Le législateur belge consacre

(34) Chabot, rapport 14, Locré, tome 5, p. 108.
(35) 24 mai 1904, *Pas.*, 1904-1-234.
(36) Bruxelles, 26.11.1924, *Pas.*, 1925-11-210.
(37) Closset, *Nationalité*, dans *Répertoire pratique de droit belge*, Complément, n° 95 et s.

ainsi le principe de l'unité de la famille. La loi n'écarte cet adage que pour le cas où le père changerait de nationalité entre l'époque de la conception et celle de la naissance. En cas de décès du père avant la naissance, l'enfant posthume aurait la nationalité qu'avait le père au moment du décès (38).

L'enfant posthume est Belge si son père était Belge au moment où il est décédé. La nationalité de la mère lors de la naissance est indifférente. Si, lorsqu'il décède, le père est étranger, l'enfant ne sera pas Belge même si la mère est Belge, conformément au système consacré par l'article 1er, al. 2 de la loi du 8 juin 1909.

17. *La fiction de la maxime en droit civil.*

Quand Sébag (39) examine les conséquences de la maxime : «*infans conceptus*» dans le droit moderne, il estime qu'«elle constitue une «*fiction juridique*, c'est-à-dire une *altération voulue du réel en vue de certains résultats utiles*» (40).

Cette fiction a eu un effet historique et dogmatique d'après Sébag. Il estime que c'est le rôle de presque toutes les fictions : un grand nombre d'entre elles tendent simplement, en élargissant leurs conditions, à accroître l'extension de catégories juridiques préexistantes.

Le sujet de droit ayant une personnalité au jour de la conception, la personnalité de l'enfant rétroagirait à ce jour. Il s'agirait d'une «*fiction opérant par substitution*» (41).

Cette fiction utile, à l'époque du préteur romain, paraît moins utile aujourd'hui car il n'est pas nécessaire d'en user ; il suffit que le législateur «légifère et dispose».

En Suisse, on considère que : «la personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant. Elle finit par la mort. L'enfant conçu jouit des droits civils à la condition qu'il naisse vivant» (42).

La jurisprudence française a conservé la maxime. Pour les Cours d'Appel, l'enfant conçu est *considéré comme étant né* en tant que son intérêt l'exige (43).

(38) De Page, tome I, nº 346 ; Standaert, *Novelles*, nº 65 ; Closset, *loc. cit.*, nº 96.

(39) *Loc. cit.*

(40) Cf. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, tome III, p. 363.

(41) Gény, *loc. cit. ; contra* Ihering, *Esprit du droit romain*, traduction Meulenaere, 3e édition, tome IV, p. 297, à 299, § 68 ; Demogue, *op. cit.* ; p. 239-241.

(42) Du Pasquier, *loc. cit.*

(43) Voir Cass. Civ. 24.4.1929, D.H., 1929, p. 298 ; Cass. Civ. 2.7.1936; D.H., 1936, p. 506.

Ici, nous nous trouvons en présence d'une véritable fiction. Cependant, si l'on admet que la conception crée une individualité nouvelle, la fiction serait de ne reconnaître la personnalité qu'à la naissance.

18. *Droit pénal.*

Dans une législation cohérente, l'enfant conçu doit recevoir le droit à la vie. La sanction de sa suppression doit exister non seulement sur le plan civil, mais également sur le plan pénal.

On fait cependant la distinction entre l'infanticide, c'est-à-dire le fait de tuer un enfant qui vient de naître, et l'avortement, le fait de tuer un enfant conçu, après la conception.

Nous ne ferons pas l'historique de la question (44), chez les Hébreux, dans le Code Hammourabi, dans la Bible, chez Aristote, à Rome, au Moyen Age. L'exclusion de l'avortement ne remonte qu'au droit romain post-classique (Septime Sévère a édicté des peines criminelles).

En droit canon, en 1588 et 1591, les papes Sixte V et Grégoire XIV ont assimilé l'avortement à l'homicide volontaire avec la sanction de la peine capitale.

Les parlements de France ont puni indistinctement de la peine capitale tout attentat à la vie de l'enfant et même la célation de la grossesse. Aux termes de l'édit d'Henri II de 1556 : les filles-mères devaient faire la déclaration de leur grossesse dès qu'elles étaient enceintes, sous peine d'être poursuivies pour homicide si l'enfant mourait privé de baptême. Cet édit fut confirmé par des ordonnances d'Henri III en 1586 et Louis XV en 1735. Les sanctions ont varié ; le problème reste toujours posé.

De même un vieil édit de Romulus prescrivait que l'avortement n'était licite que pendant les trois mois qui suivent la conception. Ce texte est vite tombé en désuétude.

Quels sont la justification et le fondement juridique de l'impunité du médecin, qui pratique un avortement en cas d'extrême danger de la mère dans les premiers mois de la grossesse, ou provoque dans les derniers mois un accouchement prématuré ? Maxwell (45) estime que la mère est en état de légitime défense. Dans ce cas, il faudrait apparemment considérer l'enfant comme un agresseur injuste (?). Garçon (46) estime que le médecin est justifié par l'état de nécessité.

(44) Cf. SÉBAG, *loc. cit.*, p. 40 et sq.
(45) *De quelques cas de conscience en médecine*, Bordeaux, 1901.
(46) Code Pénal annoté, art. 300, n° 25.

Le meurtre simple est distinct du meurtre d'un nouveau-né, qualifié infanticide. Si la protection de la loi s'étend même avant la naissance, à ce qui n'est que l'espérance de la vie, la peine de l'avortement est cependant plus douce que celle de l'infanticide.

Dans notre loi pénale, le point culminant de la criminalité paraît être le moment de la naissance et les quelques jours qui suivent (47).

L'infanticide fait mourir un homme déjà formé. L'avortement l'empêche de se former.

Aristote a écrit que : «Quand le nombre des citoyens est trop grand dans une république et qu'une femme a conçu, malgré les défenses faites par les magistrats, elle peut se faire avorter, pourvu que ce soit avant que le part soit animé» (48).

Depuis plusieurs mois, une controverse oppose adversaires et partisans d'une modification des art. 348 à 353 du Code Pénal traitant de l'avortement.

L'existence de ces dispositions démontre que l'on considère que l'enfant conçu est digne de protection et possède donc une personnalité.

Supprimer les peines relatives à l'avortement ou permettre à la mère d'avorter, remet en question le droit à la vie de l'enfant conçu.

19. D'un autre point de vue, l'insémination artificielle pose d'autres questions difficiles à résoudre : Si celui qui a donné la semence n'est pas le père en vertu de la loi, quels sont les droits du mari éventuel d'une part, du donneur d'autre part, et quelles sont leurs obligations à l'égard de l'enfant qui naîtra ? La paternité apparaît ici non plus comme une présomption, mais comme une vraie fiction légale.

La semence donnée atteint-elle également le stade de la personnalité au moment où elle est mise en contact avec l'ovule ? Les droits et les obligations de la mère, sont-ils les mêmes en cas d'insémination artificielle qu'en cas d'insémination naturelle ? Ces questions touchent à celles de la fiction mais de trop loin pour pouvoir être traitées dans le cadre de notre étude (49).

(47) *Encyclopédie, s.v.* Avortement ; SÉBAG, *loc. cit.*, p. 39.

(48) ARISTOTE, *Politique*, livre 7, chap. 16.

(49) Cf. RIGAUX, *Le droit en face de certains progrès en biologie*, dans *J.T.*, 1973, p. 671.

20. *Droit fiscal.*

Nous avons vu ci-dessus, au chapitre traitant du patrimoine de l'enfant conçu, qu'il possède déjà des droits successoraux. Puisque la personnalité est définie comme le fait d'avoir des droits, l'enfant a une personnalité à partir de sa conception.

En vertu des dispositions fiscales, il sera par conséquent tenu de payer des impôts résultant de faits survenus avant sa naissance.

Non seulement des droits de succession mais encore des impôts directs, enrôlés après le décès du de cujus à charge de sa succession (50). L'enfant pourra invoquer des faits antérieurs à sa naissance et même à sa conception, par exemple des dons de sommes, rentes et valeurs, remis à titre gratuit par le défunt à des tiers dans les trois ans précédant son décès (51), pour faire réduire les droits d'autres héritiers.

21. *Droit social.*

Le droit social prévoit expressément le bénéfice en faveur des futures mères, d'un repos prénatal (52).

C'est sous une autre forme, reconnaître certains droits aux enfants conçus en même temps qu'à la mère.

B. *Durant la vie*

22. La personnalité est liée essentiellement au problème de la capacité, celle-ci étant la règle, l'incapacité, l'exception.

Closset et Lainé (53) estiment que «l'on a tôt fait d'épuiser les quelques questions qui touchent spécifiquement la capacité proprement dite, et qui en fait se ramènent à l'étude de la personnalité juridique».

Pour ce motif, comme la plupart des autres auteurs, ils traitent les problèmes de capacité sous forme d'une étude de l'incapacité.

En réalité, on peut même dire que «la capacité se confond donc au départ avec la personnalité juridique, puisque par définition, celle-ci s'en-

(50) Art. 176 de l'arrêté royal du 4 mars 1965.

(51) Art. 8 du Code des droits de succession.

(52) Art. 8 des lois coordonnées relatives au contrat d'emploi, art. 28 bis de la loi sur le contrat de travail et art. 7 de l'arrêté royal, n° 40 du 24 octobre 1967 sur le travail des femmes.

(53) *La capacité juridique en général*, dans *le Répertoire notarial*, n° 2, p. 17.

tend de l'aptitude à être sujet de droits et obligations» mais on admet que la personnalité juridique est plus foncièrement *une condition* de la capacité, une existence juridique, sans laquelle la capacité serait vaine, comme tous les autres attributs des personnes juridiques seraient sans titulaire ; des rapports purement théoriques (54).

Si la capacité n'est qu'un attribut de la personnalité juridique, celle-ci est très souvent limitée.

En théorie, la capacité commence avec la personnalité : en pratique, l'enfant à sa naissance, n'a pas plus que l'embryon, la possibilité d'exercer ses droits.

Les personnes non conçues et les enfants nés non viables, n'ont pas de droits car ils n'ont pas la personnalité ; en revanche, dès après sa naissance, l'enfant théoriquement capable, est dans l'incapacité d'exercer ses droits en raison de son jeune âge.

De même, nous verrons que jusqu'à l'accomplissement des formalités de constitution, les personnes morales ne sont pas incapables mais inexistantes.

Même après avoir atteint la majorité, l'enfant peut encore être maintenu dans une situation d'incapacité ou dans une situation proche.

La femme mariée n'a obtenu que récemment la capacité que lui refusait le Code Civil. Closset et Lainé énumèrent (55) les différentes autres incapacités ; de l'absent au témoin, en passant par le dément interdit, l'enfant assisté ou moralement abandonné, la liste en est longue.

Si la personnalité est l'aptitude à avoir des droits et des obligations, la capacité se définit comme l'aptitude à être investi de droits ou d'obligations, dans la vie civile, et à accomplir personnellement, sans le détour de la représentation, de l'assistance ou d'une quelconque modalité de protection ou de défiance, les actes juridiques tendant à faire naître, transformer, transmettre, exercer ou éteindre les droits ou obligations (56).

Dire que la capacité n'est qu'une qualité de la personnalité de droit, précisant l'étendue et les modalités de l'exercice des droits et obligations attachés à cette personne, revient à dire que la personnalité juridique est la capacité, mais qu'elle peut être réduite dans certains cas, ceux qui entraînent une réduction de la capacité. Durant la vie, la personnalité est donc encore limitée par un certain nombre d'éléments ; elle n'est pas complète chez certains.

(54) De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I, nº 233.
(55) Nº 132, p. 35, *loc. cit.*
(56) Closset et Lainé, nº 5, p. 19.

23. *Droit à la protection de la vie privée et de la personne.*

Une proposition de loi a été déposée en Belgique tendant à la protection de la vie privée et de la personne (57).

En France, un texte adopté le 17 juillet 1970, modifiant notamment l'art. 9 du Code Civil, à reconnu à chacun le droit au respect de sa vie privée.

C'est l'un des aspects des droits attachés à la personnalité.

Pour Mazeaud (58) les droits de la personnalité, protégés par la loi contre les atteintes d'autres membres de la société, sont le droit à l'intégrité physique, le droit à l'intégrité morale et le droit au travail.

Dans le droit à l'intégrité morale, il classe le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion et le droit d'exprimer ses opinions (59).

En Belgique, un système jurisprudentiel s'est constitué (60).

Le fondement recherché précédemment dans le droit de propriété (61), se retrouve aujourd'hui dans la théorie des droits de la personnalité : c'est un aspect du droit à l'intimité morale «auquel on ne saurait refuser reconnaissance juridique à titre d'attribut de la personne» (62).

24. *Secret professionnel.*

On admet que le secret relève aussi des droits de la personnalité.

L'un des moyens d'immixtion les plus dangereux dans la vie privée, consiste dans l'intervention d'un professionnel, confident ou intermédiaire obligé. Afin d'assurer la protection de la vie privée, la loi a par conséquent imposé la règle du secret professionnel. Ce secret s'impose à tous ceux qui ont eu ou qui ont, par leur profession, l'occasion de connaître certains faits (63).

(57) Session 1970-1971, nº 706, Session 71 72, nº 142.

(58) *Leçons de droit civil.*

(59) *Revue internationale des sciences sociales*, publiée par l'UNESCO à Paris, vol. 24, 1972, nº 3, p. 437 et sq.

(60) Joseph RUTSAERT, *Le Système jurisprudentiel du droit au respect de la vie privée*, dans *J.T.*, 1973, p. 489 ; ARONSTEIN, *Défense de la vie privée*, 1971, p. 453.

(61) BADINTER, *Le droit au respect de la vie privée*, dans *J.C.P.*, 1968, 2136 ; VANDENBERGHE, *Bescherming van het privé-leven en recht op informatie via de massamedia*, dans *R.W.*, 1969-70, kol. 1457.

(62) RUTSAERT, *loc. cit.*, p. 490, nº 5 ; GÉNY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, T. 1, p. 198.

(63) RUTSAERT, *loc. cit.*, p. 495, nos 36 et 38 ; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil,* tome 1, Les personnes, p. 12.

25. *L'esclavage.*

L'esclave a toujours été un homme vivant. Or, depuis l'antiquité grecque et romaine, seuls l'homme libre et le citoyen étaient sujets de droit. L'esclave et même l'étranger n'avaient pas de personnalité : l'esclave était une chose. Nous ne pouvons considérer cette situation que comme une fiction.

Si grâce à l'influence des philosophes et du christianisme, un doute est né, et si l'on s'est demandé pourquoi l'esclave ne devait pas être considéré comme une personne, on ne lui a admis, notamment en droit canonique, qu'une personnalité de droit naturel. En droit civil, elle était totalement absente.

Même à la veille de la Révolution française, l'esclave était toujours considéré comme une chose, sans aucun droit civil.

Très curieusement, au moment même où en raison de la disparition de la religion, le tempérament apporté par celle-ci aux idées n'avait plus de raison d'être, les idées de liberté ne changèrent pas la condition de l'esclave : il resta dénué de personnalité.

En France, il n'y avait plus d'esclaves en 1789 : le Code Civil n'en parle d'ailleurs pas.

Dans les colonies françaises, le problème n'était pas résolu. Avant l'abolition définitive de l'institution, les esclaves furent rangés dans la classe des personnes mais seulement par la loi du 24 avril 1833 et par l'ordonnance du 4 août 1833.

La loi du 18 juillet 1845 leur attribua une capacité juridique assez étendue alors que le «Code Noir» édicté sous Louis XV leur était resté applicable jusque là.

Le Code de Commerce édicté sous Napoléon avait encore prévu à son art. 266 que si le matelot est pris et fait esclave chez les Barbaresques, l'armateur ne serait pas tenu de payer plus de 600 F or pour son rachat.

Dès la loi du 30 floréal an X, (20 mai 1802) et après que le décret du 16 pluviose an II, eût aboli l'esclavage, on sacrifia les principes de la philanthropie en maintenant une législation spéciale à l'intention des colonies malgré la maxime «nul n'est esclave en France».

Elle est répétée dans l'ordonnance du 29 avril 1836 et on trouve encore sa trace dans un arrêt de la Cour de Cassation française en 1852 (64).

(64) Civil 3 mai 1852, D. 1853-5-198.

Même après l'introduction du Code Civil, certaines incapacités ont donc subsisté pour les esclaves dans les colonies, notamment pour le mariage et l'interdiction de recevoir par donation ou testament. La Cour de Cassation française a joué un rôle dans le sens de la restriction de l'esclavage : la chambre des requêtes admit le 25 mai 1841 que si l'esclave est un *objet* appartenant au propriétaire en droit privé, il est une personne humaine en droit public. Il ne peut notamment être confisqué. C'est une personne (65).

L'esclavage n'excluait donc plus totalement la personnalité puisque la Cour de Cassation le proclamait. Celle-ci restait impuissante en fait dans la colonie (66).

26. *Mort civile.*

Si c'est en raison de sa condition que l'esclave n'a pas de personnalité, c'est ensuite de certaines condamnations que l'homme perdait la personnalité par la mort civile. Dans les cas de condamnation à mort, ou d'emprisonnement à perpétuité, pour des motifs pratiques, l'homme était rejeté du sein de la société. Il s'agissait par conséquent d'une nouvelle fiction puisqu'un homme vivant était considéré comme mort. On sera cependant contraint de lui maintenir certains droits ; il pourra acheter, vendre, faire des contrats à titre onéreux, mais ne pourra tester, donner, etc.

La Constitution belge a aux articles 13 et 138 consacré la disparition de cette institution dans notre droit. Elle a été abolie en France par la loi du 31 mai 1854 (67).

27. *Droits de l'homme.*

Elle était d'ailleurs contraire aux droits de l'homme reconnus par différentes conventions récentes, notamment celle de Rome du 4 novembre 1950 pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

(65) Crim. 8 février 1839 ; S. 1839-1-612.

(66) CARBONNIER, *L'esclavage sous le régime du Code Civil*, dans *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, 1957, p. 53 ; Henri CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 4e éd., nº 94.

(67) Raymond JACOBS, *De burgerlijke dood*, dans *Rechtskundig Weekblad*, 1938, kol. 32.

La «Charte des Nations Unies de San Francisco» du 26 juin 1945 voulait déjà «réaliser la coopération internationale ... en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme ...» ([68]).

C. *Après le décès*

28. En théorie, la personnalité disparaît au moment où l'homme décède. Que représente cette disparition ? Est-ce une fiction, une convention ou une réalité ?

Très longtemps on a estimé que l'on pouvait déceler le décès par la disparition du «souffle». Même les médecins ont attaché ultérieurement de l'importance aux battements du cœur. On a cependant dû constater que le muscle cardiaque peut s'arrêter sans avoir nécessairement la mort pour conséquence : le massage peut lui rendre son rythme.

Actuellement, on admet qu'un électro-encéphalogramme plat prouve le décès. Est-ce certain ?

Certaines parties du corps restent «en vie» notamment des organes que l'homme peut donner au moment de son décès, les yeux, les reins, le cœur ... ([69]).

Les cheveux conservent une espèce de vie après le décès. A quel moment la personnalité a-t-elle par conséquent disparu ? A quoi tient-elle effectivement ? Serait-ce plutôt au cerveau ? Quid si l'on pouvait, puisqu'on a déjà transplanté le cœur, en arriver à transplanter le cerveau ? La personne humaine peut-elle être ravalée, même durant son existence à ce que Aurel David décrivait comme «un petit noyau central, immuable, inaliénable, semblable chez tous les individus, le reste n'étant qu'un parc de machines protoplasmiques, de relais ...» ([70]). Anatomiquement il y a peu de différence entre la personne morte et la personne vivante.

(68) Voir rapport Charles de Visscher, à l'Institut de Droit International, en 1947 ; Colloque sur la convention européenne des droits de l'homme à Strasbourg les 14 et 15 novembre 1950 ; Protection Internationale des droits de l'homme dans le cadre européen, Paris 1961 ; José Niset, *Les droits de l'homme 25 ans après la Déclaration Universelle*, dans *J.T.*, 1974, p. 53.

(69) Matthys, *Considérations en vue d'une loi sur les transplantations*, Mercuriale à Gand le 1.9.1971, dans *J.T.*, 1972, p. 73 et p. 94 ; M. Rigaux, *Le droit en face de certains progrès de la biologie*, Mercuriale à Liège le 3.9.1973 ; Bricmont, *Les problèmes juridiques posés par les prélèvements d'organes sur la cadavre de l'homme*, dans *J.T.*, 1971, p. 146 ; Dierkens, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Paris, Masson, 1966, etc.

(70) Aurel David, cité par E. Rigaux, *Groote Schuur : décembre 1967*, dans *J.T.*, 1969, p. 454.

28. Même après son décès, l'homme peut exercer *certains droits* sinon lui-même, au moins par des tiers. Il peut disposer de ses biens à titre gratuit par testament (art. 895 du Code Civil) : le testateur dispose en effet pour le temps où il n'existe plus. C'est à tout le moins par respect de la personnalité du défunt que l'on admet qu'il puisse léguer ses biens pour le moment où il ne sera plus.

Cette disposition vaut d'ailleurs non seulement pour ses biens matériels, mais même pour sa dépouille. Le défunt peut être inhumé, conformément à l'usage dans nos régions. Il peut demander la crémation de sa dépouille ; il peut la léguer à une faculté de médecine. Il a par conséquent une influence matérielle même après sa mort.

29. Outre ces éléments matériels, après le décès, les droits de la personnalité s'exercent encore sur un plan moral, en partie en raison du respect dû à la personne humaine et à sa mémoire.

D'autre part, le secret professionnel relevant des droits de la personnalité, il subsiste, même à l'égard des héritiers, successeurs du patrimoine. Ceux-ci ne sont pas autorisés à entrer dans tous les secrets du mort, encore moins à les révéler si le mort ne l'eût pas voulu ([71]).

Le respect dû à la mémoire du défunt paraît être lui-même un résidu de la personnalité, même après le décès.

30. Si l'homme est considéré dans le Code Civil comme une personne, le corps humain lui même n'y apparaît pour ainsi dire jamais. L'homme est juridiquement traité comme un «pur esprit» ; cependant son corps existe. Même après le décès, la dépouille subsiste, bien qu'elle ne soit qu'un bien meuble corporel, comme un autre. Elle conserve une place particulière, due à la valeur morale que l'on accorde à la personnalité du défunt.

Celui qui, en raison de son décès, a été privé de sa personnalité, n'aurait, si la personnalité n'existait que pendant la vie, aucun pouvoir de décider du sort de sa dépouille. Ce droit est reconnu à l'homme parce qu'il l'a fait valoir avant sa mort.

(71) RUTSAERT, *Le système jurisprudentiel du droit au respect de la vie privée*, dans *J.T.*, 1973, p. 495, n° 38 ; SAVATIER, AUBRY, J. SAVATIER et PEQUIGNOT, *Traité de droit médical*, p. 277 ; Gand 12 avril 1965, *Pas.*, 1965-2-181 ; MARÉCHAL, *Le secret professionnel médical*, dans *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1955-1956, p. 59 et sq.

Sa famille, certains tiers, la société en général, respectent ce droit. Le corps est en réalité un bien qui n'est pas dans le commerce. Cependant certaines conventions, le contrat médical, le contrat sportif, ont le corps lui-même pour objet. L'euthanasie pose aussi des problèmes liés à la personnalité et au corps humain (72).

31. Si l'on en croit les pages qui précèdent, la personnalité ne serait que le fait d'être sujet de droit. Seules les personnes disposeraient de la personnalité, et les choses ne pourraient être que des objets de droit.

Outre les immeubles et les meubles, ou la matière inanimée, on distingue cependant encore les animaux. Certaines législations les protègent, notamment en Belgique la loi du 22 mars 1929 concernant la protection des animaux.

Quand Gessler ordonnait à ses sujets de saluer son chapeau dressé au bout d'une pique, il ne pouvait conférer un droit à ce chapeau qui n'était qu'une chose. Quand Caligula nomma son cheval Consul, il établit également une fiction contre-nature ; on admet que c'était l'œuvre d'un dément. Cependant, au Moyen Age, on fit des procès à des animaux (73). On les considérait comme des sujets de droit quant à leur responsabilité pénale.

Ces conceptions ont disparu de notre droit moderne. On peut les comparer à des droits immobiliers, comme les servitudes foncières. Si un immeuble possède un droit de passage sur un terrain, il ne s'agit que d'une figure de style plutôt que d'une fiction : c'est le propriétaire de l'immeuble qui jouit du droit de passage sur le terrain voisin.

En poussant les choses à l'absurde, on devrait cependant admettre que dans la loi assurant la protection des animaux, ceux-ci puisent certains droits identiques à ceux qui résultent pour l'homme des lois de protection.

Les esclaves n'étaient pas sujets de droits dans l'antiquité mais étaient assimilés à des choses. On leur a cependant reconnu la personnalité en leur reconnaissant certains droits.

Si la définition de la personnalité est rédigée de manière étroite, elle pourrait recouvrir les droits que la loi reconnaît aux animaux et même aux choses (protection de l'environnement ...).

(72) PERELMAN, *Droit et morale devant l'euthanasie*, dans *Droit, morale et philosophie*, Paris, 1968, p. 121.

(73) Cf. 3e acte «Les plaideurs» de Racine.

Conclusion

32. La personnalité de l'homme n'existe pas seulement depuis la naissance jusqu'au décès. Elle apparait sous certaines formes avant la naissance, elle subsiste de manière résiduaire après le décès. En fait, on ne peut considérer qu'il y ait à proprement parler une fiction avant la naissance ou après le décès.

En droit, les personnes sont des sujets de droits, aptes à profiter de la faculté conférée par une règle juridique ou à être soumis à un impératif (74).

La personnalité est donc «la situation qui caractérise la personne, l'état grâce auquel un être entre dans la vie juridique» (75).

Comme nous venons de le voir pour les animaux, ce n'est que si on précise que la personne est un homme que la définition n'inclut pas l'animal.

Pour François Gény (76), tout droit implique à titre de support, sans lequel il ne pourrait subsister, une personne vivante. Dans cette optique, les morts n'auraient aucune qualité juridique ; une personne qui n'est pas présente, à moins qu'elle soit conçue, ne pourrait bénéficier d'aucun droit. Les personnes morales et les enfant conçus devraient leur personnalité à une faveur artificielle de la loi positive.

Cependant, nous venons de voir qu'une telle conception ne se retrouve pas dans la réalité des choses. Les aspects de la personnalité sont tellement changeants, par les restrictions qu'elle subit, par les incapacités qui la modifient, que le mot doit être expliqué et défini.

Platon distingue le monde apparent du monde réel ; le premier n'est que le reflet du second (76b).

Or les phénomènes accessibles aux sens non seulement diffèrent de la réalité, mais au surplus, leur expression ne peut se faire que par des mots. Le sens de ceux-ci n'est pas unique ; ils peuvent avoir une définition dissociative ou comporter une métaphore (76c).

(74) Claude Du Pasquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 2e éd., 1942, p. 78.

(75) De Page, tome I, n° 233.

(76) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 65.

(76b) Platon, *La République ou de la Justice*, VII, 514, Le mythe de la Caverne, NRF Pléiade, *Oeuvres complètes*, tome I, p. 1101 ; (cfr *Phèdre ou de la Beauté* et *Parménide ou des Idées*).

(76c) Perelman et Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation, La nouvelle rhétorique*, 2e éd., Bruxelles, 1970, p. 534, 550 et s., 591.

Le mot n'est pas la notion qu'il recouvre. Dans le domaine que nous étudions, «personne» et «personnalité» peuvent s'appliquer à plusieurs notions. Il faut s'arrêter à une définition ; si l'on retient la plus simple : «celui qui a des droit *et* des obligations», ce cumul, droits et obligations, pourrait suffire à écarter les choses et les animaux.

Que faut-il en penser, dès que l'on admet que l'enfant conçu ne peut avoir que des droits et n'a pas d'obligations ?

Qu'en réalité la question n'est pas aussi simple qu'on pourrait le croire à première vue, et que même pour la personne physique, la personnalité pose des problèmes qui n'ont pas reçu de solution définitive.

III. Les personnes morales

1. *Rappel historique*

Le droit romain connaissait déjà la distinction essentielle entre la societas, groupement personnel, juxtaposition d'individualités contractantes et le collegium, ou corpus ou sodalitas, considéré comme un corps, ayant une existence juridique indépendante des individualités qui le composent. Si dans la societas, l'un des sociétaires disparaissait, la société était détruite. En revanche, dans le collegium, les individus passent et se succèdent, sans que l'existence ou même l'essence juridique du corps ou la collectivité en soit affectée. L'organisme reste le même ; sa composition peut changer, son administration passer en d'autres mains, peu importe, sa vie juridique n'en est pas modifiée pour autant, l'être ou l'institution qu'elle constitue sur le terrain du droit reste la même (77).

L'État était la première et la plus haute de toutes les collectivités organisées, qui subsistaient intactes, en dépit des changements de personnes.

Dès le moment où existe une association de ce genre, il y a plus qu'une simple juxtaposition de personnes, qu'un simple groupement d'individus, il y a, suivant les termes de Saleilles, une institution, un établissement permanent qui survit aux personnes elles-mêmes.

On dépasse ainsi la sphère du droit individuel et du droit privé, puisque celui-ci concerne les individus en tant qu'individus.

(77) Saleilles, *La personnalité juridique*, 3e leçon, p. 47, Paris, 1922 ; Hölder, *Natürliche und Juristische Personen*, p. 169 et sq. ; Binder, *Das Problem der Juristischen Persönlichkeit*, p. 1 et sq., 104 et sq. ; Waltzing, *Corporations professionnelles chez les Romains* ; Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*.

L'existence et l'admissibilité des associations intéressent le droit de la communauté, le droit de l'État, c'est-à-dire d'une façon générale le droit public.

Dès lors, le point de savoir sous quelles conditions les associations seront permises et seront licites, restera une question qui ressortira au droit public en principe. Une fois déterminé le droit à l'existence, l'association étant supposée licite au regard de la loi, se pose une autre question, celle de la capacité juridique : l'association sera-t-elle, dans le domaine du droit privé, un sujet de droit ? Sera-t-elle considérée comme un être juridique ayant la jouissance des droits privés comme l'aurait un particulier ? Cette question supplémentaire paraît appartenir au domaine du droit privé.

C'est ainsi que, très longtemps, *en France*, s'est maintenu le système de l'autorisation de l'autorité administrative, doublée par une autorisation du conseil d'État, cette dernière étant constitutive de la capacité et de la personnalité (78).

Si dans le droit antique on retrouve des personnes morales, des collèges auxquels on a donné à certaines époques, sous la République, une autorisation générale, à certaines autres des autorisations spéciales, la Révolution et les codes du début du XIX^e^ siècle ont supprimé, à côté de l'État, collectivité centralisatrice, toute autre espèce de communauté organisée.

Par crainte de la main-morte d'une part, par conviction philosophique, juridique et politique, les hommes de la Révolution ont en effet, suivant en cela les philosophes du XVIII^e^ siècle, reconnu uniquement les droits individuels.

L'existence de corporations était pour eux une anomalie philosophique parce que l'homme seul peut avoir des droits. De plus, une anomalie juridique car si le droit reconnaît l'existence de collectivités, sociétés, etc. avec une propriété distincte et un patrimoine séparé, il crée dans cette optique, une fiction échappant à toute réalité. Enfin, une anomalie politique car tout organisme étranger à l'État, bénéficiaire de droits distincts, et capable d'avoir des biens, d'augmenter indéfiniment son patrimoine, apparaissait comme un danger considérable, la répétition des erreurs commises en maintenant la main-morte de l'Église.

2. Après l'universalitas, puis la fondation en droit romain, l'association du droit germanique est «corporative».

(78) SALEILLES, *Personnalité juridique*, p. 67.

Sans vouloir nous arrêter au Moyen Age, rappelons que tant le droit ancien que le droit moderne, ont connu la fondation. Les établissements privés et les sociétés de commerce ont au moins existé depuis l'époque moderne.

Puffendorf aurait été le premier à parler de «personnes morales».

La notion de personnalité juridique remonte en réalité en France à la deuxième moitié du XIX[e] siècle. En France, on parlera pour la première fois de «personnalité morale» dans une loi de 1884 ([79]).

Von Savigny a souvent été considéré comme «l'inventeur» de la théorie de la fiction. En réalité, des auteurs coutumiers avaient déjà envisagé cette hypothèse ; von Savigny en a précisé les termes et a construit la théorie d'une manière cohérente.

Dans son optique, la capacité juridique serait étendue artificiellement à des êtres fictifs, auxquels on reconnaîtrait la personnalité en leur accordant des droits propres.

La théorie de la «propriété collective» défendue par certains, est en contradiction directe avec l'idée de personnalité.

On a défendu également une «théorie institutionnelle», puis la «réalité technique», enfin la «réalité juridique» des personnes morales.

3. Dans son *Traité de droit civil belge* ([80]), Laurent publiant le fruit d'un enseignement de plus de 30 ans, écrivait en 1869 que «Les personnes sont des êtres capables de droits. Tous les hommes sont aujourd'hui des personnes ...». Il ajoutait : «Les jurisconsultes divisent les personnes en physiques et morales ou civiles». «Cette classification est de pure doctrine, elle est étrangère à nos lois : le mot de personne civile ou morale ne s'y trouve pas. Donc dans le langage de la loi, les hommes seuls sont des personnes».

Pour lui, ce que les auteurs appelent «personnes civiles, sont des corps politiques, l'État, la province, la commune, ou des établissements d'utilité publique, tels que les hospices ...».

Ainsi, au milieu du XIX[e] siècle, l'auteur belge dont l'avis fait autorité, estime que c'est par un abus des jurisconsultes que l'on parle de personnes civiles en visant certains «corps» jouissant de quelques droits appartenant aux hommes.

Tout le monde est d'accord semble-t-il pour admettre que les personnes dites civiles sont des êtres fictifs.

(79) RIPERT et BOULANGER, *Traité de Planiol, Droit civil*, tome I, 1956, n° 411.
(80) LAURENT, *Traité de Droit civil belge*, tome I, n° 287, p. 367.

Le législateur seul peut créer des personnes civiles. «A la voix du législateur, un être sort du néant et figure sur un certain pied d'égalité, à côté des êtres réels créés par Dieu».

Après Laurent et von Savigny, tenants de la théorie de la fiction, Gierke en Allemagne, estime que l'on ne peut plus que difficilement parler de fiction si on considère la réalité de certaines sociétés commerciales importantes. On se trouve plus près de la réalité pure et simple que de la réalité juridique.

Saleilles ([81]) et Michoud ([82]) étudiant l'un et l'autre les différentes thèses en présence, ont formulé leur théorie de la réalité technique.

Pour Seriek ([83]) les normes de l'ordre juridique, conçues en première ligne dans l'intérêt des individus, deviennent applicables à la personne juridique, celle-ci étant considérée comme sujet de droit. La capacité juridique lui est attribuée par la technique du droit.

Avant la naissance

4. La loi du 6 mars 1973 a mis fin, à une situation équivoque, en reconnaissant la possibilité à la société en formation d'acquérir des droits, à la condition que les fondateurs le précisent au moment de la constitution de la société commerciale ou immédiatement après ([84]).

Si l'acte constitutif de la société peut fixer une date ultérieure pour la naissance de la société, il ne pourrait en revanche fixer celle-ci à une date antérieure, ayant ainsi un effet rétroactif.

La publication de l'acte au Moniteur Belge, dans les formes et délais prescrits par les articles 6 à 10 des lois coordonnées relatives aux sociétés commerciales, est destinée à révéler cette naissance aux tiers. L'existence de la société ne leur sera cependant opposable que le 5[e] jour après la date de l'insertion de l'acte aux annexes du Moniteur (art. 10 alinéa 4).

5. Même avant la loi du 6 mars 1973 s'est posée la question de savoir s'il était possible d'engager la société et de lui faire acquérir des droits pendant sa période de formation. La doctrine française l'a admis, con-

(81) *De la personnalité juridique*, Paris 1909.

(82) *La théorie de la personnalité morale*, Paris, 1906.

(83) GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, n° III, Berlin, 1880, page 227.

(84) Loi du 6 mars 1973, article 7 modifiant l'article 13bis des lois coordonnées relatives aux sociétés commerciales.

sidérant que la société avait pendant cette période une «personnalité embryonnaire».

La question s'est également posée en Belgique, mais de manière moins fréquente.

La question paraissait pouvoir être résolue au moyen de la stipulation pour autrui ou de la convention de porte-fort, permettant en pratique d'acquérir des droits ou d'assumer des obligations au profit d'un bénéficiaire futur. Une fois constituée, la société accepte la stipulation ou ratifie l'engagement. Escarra ([85]) considère qu'avant la publication de ses statuts, qui lui conférera sa «pleine» personnalité juridique, la société est douée d'une personnalité morale embryonnaire et est représentée par les fondateurs, personnes physiques, agissant isolément ou groupés en syndicats ou en sociétés d'études.

On estime qu'ils stipulent au nom et pour le compte de la société future, conçue mais non encore née. Ripert considère qu'il faut admettre que la société en formation a déjà la personnalité morale et assimile également la société future à un enfant simplement conçu.

Naissance des personnes morales

6. La personne morale peut naître soit en vertu d'une disposition spéciale, soit en vertu d'une disposition générale.

Le législateur ou le pouvoir délégué peut, dans certains cas, reconnaître à un groupement déterminé certains droits, ou lui conférer la personnalité.

Ce système existe encore en Belgique notamment pour les fondations ou établissements d'utilité publique. En vertu de la loi du 27 juin 1921 accordant la personnalité civile aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique, toute personne peut affecter par acte authentique ou par testament olographe tout ou partie de ses biens, à la création d'un établissement d'utilité publique. Il faut cependant l'approbation du gouvernement qui se donne par un arrêté royal.

De même, les associations internationales peuvent être créées en Belgique moyennant une autorisation identique. En revanche, lorsque les associations sans but lucratif et les sociétés commerciales sont créées suivant le modèle prévu par le législateur, d'une part, dans la loi de 1921 concernant les ASBL, d'autre part dans les lois coordonnées relatives aux sociétés commerciales (société anonyme, société de personnes à respon-

(85) *Traité de droit commercial.*

sabilité limitée, société coopérative etc.), il faut mais il suffit que les conditions requises par la loi et les formalités imposées soient respectées pour qu'automatiquement sans qu'il soit nécessaire de recourir à une autorisation, l'être nouveau ainsi constitué acquière la personnalité morale.

7. En parcourant quelques arrêts de la Cour de Cassation de Belgique, on constate cependant une évolution progressive dans la manière dont la personnalité pourra être acquise.

Dans son arrêt du 30 juin 1854 ([85b]), la Cour de Cassation avait décidé : «que la liberté d'association, proclamée et garantie par l'art. 20 de la constitution, n'engendre point pour les sociétés qui se forment sous l'égide de cette disposition, la capacité civile et les droits qui en dérivent ; que ce n'est qu'en vertu de l'autorisation légale que les corporations ainsi établies peuvent exercer collectivement les droits qui se rattachent à la personnification civile ; attendu que l'ordre des Jésuites, légalement supprimé en Belgique, n'y a jamais été rétabli comme personne civile ...».

Près d'un siècle plus tard, dans son arrêt du 12 novembre 1935 ([86]), la Cour s'exprimait d'une manière différente ; «Attendu qu'aucune action judiciaire ne peut être exercée au nom d'une personne dont l'existence et la capacité d'agir ne sont pas reconnues. Que c'est la loi seule qui fixe les conditions d'existence des personnes morales et l'étendue de leur capacité ; qu'elles ne peuvent donc avoir de capacité autre que celle que la loi a entendu leur reconnaître».

Les autres considérations de cet arrêt, très intéressantes pour ce qui concerne la jurisprudence en France et en Belgique, et l'interprétation juridique consacrent le principe, admis à cette époque, que la jurisprudence n'est pas la loi.

En 1941, la Cour de Cassation fut moins explicite, dans un litige relatif à l'application des lois fiscales ([87]) : «Qu'ainsi que le relève à bon droit l'arrêt, aucune disposition légale n'accorde aux sociétés ou communautés de fait, la personnification civile et qu'il ne peut être inféré d'aucun texte qu'une exception à ce principe aurait été créée en vue de l'établissement ou de la perception de l'impôt ; qu'en matière d'impôts, en dehors des cas expressément prévus, l'administration n'est pas maîtresse de ses droits et

(85b) *Pas.*, 1854-1-336.
(86) *Pas.*, 1936-1-48.
(87) 20 janvier 1941, *Pas.*, 1941-1-13.

qu'il ne saurait lui appartenir d'attribuer par une reconnaissance bénévole, même expresse, le caractère de personne morale à une communauté de fait qui ne la possède pas ...».

Dans son arrêt du 28 avril 1966 ([88]) la Cour a décidé que les syndicats, bien que jouissant en vertu de la loi de certains droits, n'ont cependant pas la personnalité civile en droit belge.

La Cour a en effet estimé que l'intervention de l'ordre juridique ne pouvait en cette matière être que celle de la loi, les Cours et Tribunaux ne pouvant pour leur part, reconnaître la personnalité juridique à une association.

8. A cet égard, la comparaison mérite d'être faite avec le cheminement de la pensée de la Cour de Cassation de France.

Le 30 avril 1853, elle avait déjà reconnu la personnalité morale à une société civile, contraire, en cela, à la jurisprudence belge.

Dans un arrêt du 28 janvier 1954, la Cour de Cassation de France a décidé que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ... elle «appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés» ([89]).

9. Dans son avis précédant l'arrêt de la Cour de Cassation de Belgique, du 12 novembre 1965 ([90]), l'avocat général F. Dumon examine la jurisprudence belge en la matière. Elle diffère singulièrement de la jurisprudence française.

La différence entre le système belge où les syndicats refusent d'accepter la personnalité et où la Cour de Cassation admet cette attitude, et la thèse française reconnaissant la personnalité aux groupements ayant une possibilité d'expression collective et pour la défense d'intérêts licites, est considérable.

Comme l'écrit François ([91]), la nécessité d'une intervention de l'ordre juridique n'équivaut pas à la nécessité d'une intervention de la loi ; il serait

(88) *R.C.J.B.*, 1968, p. 34.

(89) Cassation française, 28.1.1954, 217, Note Levasseur ; COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, thèse Nancy, 1950, p. 89 et sq.

(90) *R.C.J.B.*, 1966, p. 392 ; *Rechtskundig Weekblad*, 1966, col. 873 et sq.

(91) *R.C.J.B.*, 1968, p. 46.

dès lors parfaitement concevable qu'en Belgique comme en France, les Cours et Tribunaux reconnaissent la personnalité à certains groupements.

Aux Pays-Bas, un autre système semble se dessiner : les cours et tribunaux paraissent admettre que même des groupements non personnalisés puissent être assignés en justice. Comme en France ils admettent que les associations, qui comportent une organisation telle que sa représentation par certains organes ou par certaines personnes est prévue ou possible, soient assignées comme telles en justice. Ils semblent admettre qu'en pratique il faut permettre une telle procédure, plutôt que de rendre la chose très difficile en exigeant d'assigner tous les membres individuellement.

Cette solution est, sans l'exprimer clairement et, le plus souvent, sans reconnaître la personnalité juridique, comparable à celle de la Cour de Cassation de France.

Vie des personnes morales

10. On distingue les personnes morales de droit public des personnes morales de droit privé.

En droit privé, avec certaines distinctions de degrés dans l'affectation du patrimoine, on peut énumérer :

— les fondations
— les associations sans but lucratif et les unions professionnelles
— les sociétés de capitaux de droit commercial
— les sociétés de personnes de droit commercial
— les sociétés civiles, auxquelles le droit belge ne reconnaît pas la personnalité civile sauf si elles adoptent l'une des formes des sociétés de droit commercial.

Nous verrons ci-après le problème que posent les syndicats politiques et les fédérations sportives.

En droit public,

— l'État
— la Province
— la Commune
— les établissements publics
— les sociétés parastatales
— etc.

La nature de ces deux derniers types de personnes pose d'autres problèmes que nous n'avons pas la place d'étudier ici.

En droit international on connaît des personnes internationales de droit privé. Le traité signé le 1er juin 1956 à La Haye concernant la reconnaissance de la personnalité juridique aux sociétés, associations et fondations étrangères, n'est pas encore entré dans le droit positif belge (92).

On connaît aussi des personnes de droit international public : l'Organisation des Nations Unies, la Communauté Economique Européenne, l'Office Mondial de la Santé etc., dont l'existence ou les statuts ne sont rattachés a aucun droit national (93).

Le conseil fédéral suisse peut par arrêté fédéral reconnaître la personnalité juridique aux organisations internationales installant leur siège sur le territoire helvétique. Ce pouvoir lui a été reconnu par l'assemblée générale de la confédération suisse par un arrêté fédéral du 30 septembre 1955.

11. Pour certains, comme Waline (94), il n'est pas de groupe qui absorbe jamais la totalité des intérêts de ses membres, même pas l'État. Le plus souvent d'ailleurs, la société ou l'association ont pour objet principal de créer un être juridique ayant des intérêts distincts de ceux de ses membres et permettant à ceux-ci soit de limiter leur mise, soit de limiter leur responsabilité à ce qui est investi dans le groupement.

La société d'une personne (Einmanngesellschaft) qui n'existe que dans certains pays est à la limite de la fiction. On considère souvent qu'elle n'est en réalité qu'une fraude, qui en raison de la théorie de la simulation, entrainerait sa nullité.

Dans certains pays cependant, elle existe au même titre que les autres sociétés.

La société ne contracte d'obligations que dans le cadre du patrimoine qui y a été affecté au moment de sa constitution, accru par ses opérations ultérieures. Certaines sociétés de personnes comme la société en nom collectif bien qu'ayant un patrimoine distinct, ne font pas disparaître la responsabilité personnelle et solidaire des associés.

(92) Projet de loi portant approbation du traité, chambre des représentants, Session 1960-1961, nº 659-1 et session extraordinaire 1961, nº 170-2 ; comparez JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *La 7e session de la conférence de La Haye*, dans *Revue Critique de droit international privé*, 1952, p. 20.

(93) Pour la reconnaissance de la personnalité juridique dans le droit communautaire, voir WAELBROECK, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1971, p. 409 et sq., 513 et sq.

(94) *Droit administratif*, nº 403.

12. Passant de la fiction à la réalité, on en est arrivé à un mythe de la personnalité morale dans lequel on a assimilé autant que possible l'être moral à une personne physique.

Pour Hamel (95), la notion de personne morale est essentiellement une notion de droit des biens et des obligations. Pour beaucoup, la société ou l'association ne sont pas vraiment des personnes au sens étymologique du mot ; leur personnalité reste un masque derrière lequel il conviendrait de découvrir la réalité c'est-à-dire les meneurs de jeu, les personnes humaines qui y sont associées, les individus dont la personne morale est seulement destinée à amplifier la voix.

L'assimilation a cependant été très loin et même la convention de Rome sur les droits de l'homme, signée le 4 novembre 1950, est applicable aux personnes morales (96). Un protocole additionnel à cette convention, daté du 20 mars 1952, a prévu en son article 1er que toute personne physique *ou morale* a droit au respect de ses biens : nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique.

Certains droits comme le droit à l'instruction, à des élections libres ne concernent évidemment pas les personnes morales.

13. Nous avons vu ci-dessus que la société ou l'association ayant la personnalité juridique, sont créées soit par une intervention du législateur ou de son émanation, soit par les associés, en se conformant à un cadre établi par la loi.

Encore faut-il savoir à quel régime légal les sociétés vont obéir. De Visscher (97) a écrit que : «La nationalité est une notion qui ne s'applique qu'aux individus. Le national est un citoyen, c'est-à-dire un membre d'un État. Il est donc clair que cette notion ne peut s'appliquer intégralement à un être moral tel qu'une société : le terme «nationalité» implique toujours un lien d'allégeance politique».

Cependant la question a son importance non seulement pour déterminer quels sont les droits et obligations de l'être moral, mais également pour déterminer à quelles règles il est soumis.

(95) *La personnalité morale et ses limites*.

(96) *Colloque des droits de l'homme et la personne morale*, intervention de HUBERLANT, p. 85 ; idem VELU : La convention européenne protège les droits des individus et non des collectivités. Cependant, les droits de l'homme et la liberté fondamentale, peuvent être applicables à d'autres que des hommes, par exemple à des personnes morales.

(97) *Protection diplomatique des actionnaires de société*, dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 1934, p. 642.

La loi belge (98) précise que les sociétés dont le principal établissement est en Belgique, sont soumises à la loi belge.

La doctrine et la jurisprudence ont décidé en général qu'il faut entendre par «principal établissement» le siège réel de direction (99).

Une solution identique a été adoptée en France. Le Luxembourg applique également la théorie du siège (siège réel de direction).

En revanche, en Allemagne, une tendance importante s'est dessinée en jurisprudence et en doctrine pour substituer à la théorie du siège, celle de l'«incorporation».

La loi néerlandaise du 25 juillet 1959 décide explicitement : «Nederland is niet een land welks wet de werkelijke zetel in aanmerking neemt als bedoeld in artikel 2 van het op 1 juni 1956 gesloten verdrag nopens de erkenning van vreemde vennootschappen».

En droit international privé italien, les facteurs de rattachement pris en considération sont au nombre de 3 : le lieu du siège administratif, le lieu de l'objet principal de l'exploitation, le lieu de la constitution de la société.

En Suisse, les dispositions législatives concernant le droit international privé, prescrivent le rattachement au droit de l'incorporation et du siège statutaire, non à celui du siège réel.

Le droit anglais, où les sociétés sont soumises à la formalité de l'inscription au registre des sociétés, considère qu'elles restent soumises à ce droit alors même que l'administration ou l'exploitation sont uniquement situées à l'étranger (100).

L'arrêt de la Cour de Cassation de Belgique du 12 novembre 1965 suivant l'avis très détaillé de l'avocat général F. Dumon, a décidé que la société, constituée valablement suivant les règles du droit anglais, mais qui a transféré son principal établissement en Belgique, n'a pas cessé ainsi, d'après le droit anglais, d'être une personne juridique ; l'arrêt décide également : «Qu'il ne résulte d'aucune disposition de la loi belge que du seul fait du transfert de son principal établissement dans les conditions

(98) L'article 197 des lois coordonnées relatives aux sociétés commerciales.

(99) VAN BOXSOM, *Rechtsvergelijkende studie over de nationaliteit der vennootschappen*, p. 23-27 ; ABRAHAMS, *Les sociétés en droit international privé*, p. 104 et sq. ; DUMON, *Avis précédant l'arrêt de la Cour de Cassation du 12 novembre 1965*, dans *Revue pratique des sociétés*, 1966, p. 148.

(100) PALMERS, *Company Law* ; Thomas L. COLEMAN, *Transfer of Company's Principal Office*, dans *Rapports généraux du 5e congrès international de droit comparé*, p. 291 ; Maurice LEVEN, *De la nationalité des sociétés et du régime des sociétés étrangères en France*, p. 154.

susdites, pareille société aurait cessé au regard de la loi belge, d'être une personne juridique».

Cette jurisprudence contredit une partie de la doctrine. Niboyet avait écrit ([101]) : «Une société ne peut pas changer de pays sans se dissoudre et se reconstituer entièrement dans le nouveau pays, parce que son domicile est le siège de son statut juridique et que ce statut juridique ne peut pas continuer dans un pays alors qu'il a commencé dans un autre».

Batiffol avait pour sa part écrit ([102]) : «On verra dans le changement de la nationalité, la constitution d'une nouvelle société, si on admet que la personnalité morale est une fiction résultant d'une concession légale. Si au contraire on voit dans la société une réalité juridique, le changement de nationalité est un accident qui n'altère pas l'acte même de la société».

On peut donc en déduire sans crainte de se tromper que le droit belge écartant la théorie de la fiction, retient la réalité juridique des sociétés commerciales.

14. Un phénomène curieux mérite d'être examiné dans le cadre de notre étude. Il est de nature à y apporter, quelques éléments nouveaux.

Le sport est régi dans le monde par des fédérations sportives internationales, football, athlétisme, natation, sport hippique, basket-ball, etc. Chacune dans le sport qu'elle régit, élabore des règles applicables dans tout l'univers. Elles groupent les différentes fédérations sportives nationales de ce même sport.

Aucune, apparemment, n'a choisi un statut juridique déterminé, selon un droit national. Elles se sont cependant constituées en associations (de fait ou de droit ?) dans une ville déterminée, où le plus souvent elles ont installé leur premier siège.

Ultérieurement, elles ont parfois modifié leur siège, le déplaçant souvent au domicile du secrétaire général.

Ces fédérations sont essentiellement de droit privé et non de droit public. De groupements relevant à l'origine de la société d'agrément plutôt que de n'importe quelle autre notion, elles ont pris au fil des années, une importance de plus en plus grande, à mesure que le sport devenait plus populaire et était plus répandu.

La question s'est posée de savoir si ces fédérations disposent de la personnalité juridique. Très souvent, elles n'ont même pas eu la possibilité

(101) *Cours de droit international privé français*, 2e édition, p. 251, nº 277.
(102) *Traité élémentaire de droit international privé*, 2e édition, p. 235.

d'ouvrir un compte bancaire, ne s'étant pas coulées dans le moule d'une des formes juridiques reconnues dans le pays de leur siège (secrétariat général) ou du domicile de leur trésorier.

Cependant, certaines personnes peuvent avoir intérêt à pouvoir les assigner en justice et ont prétendu dès lors, qu'elles disposaient de la personnalité juridique.

Si celle-ci appartient en principe, comme le dit la Cour de Cassation française en 1954, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective, pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés, ces fédérations auraient la personnalité morale.

En effet, elles organisent tous les ans une assemblée générale, élisent un président, un secrétaire général, un trésorier, éventuellement un comité exécutif, elles ont donc une possibilité d'expression collective. Les intérêts des sportifs sont licites, dignes par conséquent de protection.

Cependant la question se pose toujours de savoir selon quel droit elles sont organisées. Le transfert du siège social pose également le problème de l'adoption de la loi de l'incorporation ou celle du siège réel. Or si le droit français (et non la loi française) paraît admettre qu'il s'agisse d'une personne distincte, en revanche, la plupart des autres droits nationaux dénieront cette reconnaissance.

15. On opère généralement en droit français, en droit belge, en droit italien, une distinction entre l'association, qui suppose un but non lucratif, et la société, convenant à l'exercice d'une activité lucrative.

De cette distinction apparaît également une autre notion et se justifie une règle limitant l'activité des personnes morales ; le principe de la spécialité légale ([103]).

Si un groupement, coulé dans la forme adéquate, s'écarte de son but, et poursuit une activité étrangère à celui-ci, la sanction est la dissolution administrative ou judiciaire ou éventuellement le retrait de l'agréation ou de l'inscription, ce qui a pour effet de faire disparaître la personne morale. Éventuellement, ce principe peut être sanctionné par la nullité, à l'égard de la personne morale, des actes accomplis en violation de celui-ci.

(103) VAN OMMESLAGHE, *Observations sur les limites imposées à l'activité des personnes morales en droit comparé*, dans *Revue critique de jurisprudence belge*, 1958, p. 290.

Un arrêt de la Cour de Cassation de France du 3 avril 1912 (104) annule des actes de commerce accomplis par un syndicat qui par ce fait, était sorti du champ d'activité que lui trace la loi.

La Cour de Cassation de Belgique dans un arrêt du 31 mai 1957 (105) estime qu'à bon droit l'arrêt attaqué avait décidé que l'opération, étrangère à l'objet de la société, n'a pu procurer à cette société aucun droit notamment une créance de commissions dont elle réclamait paiement. Les personnes qui avaient accompli au nom de la société cet acte étranger à son objet, étaient sorties de leurs attributions et l'opération n'était par conséquent pas un acte de la société et ne pouvait lui profiter.

On a soutenu que la capacité des personnes morales n'est pas complète à l'image de celle des personnes physiques. Elles seraient limitées aux actes autorisés par la loi dont elles tirent leur personnalité (106).

La capacité est reconnue en principe aux personnes morales mais limitée en raison d'exceptions résultant soit de la loi (certaines opérations sont interdites à certaines personnes morales) soit de la nature même des choses (certains droits ne peuvent appartenir qu'à des personnes physiques).

La capacité de la personne morale peut également être restreinte par les statuts eux-mêmes : une société peut s'interdire d'accomplir tel ou tel acte, limitant ainsi sa propre capacité.

Le principe de la spécialité statutaire signifierait qu'un être moral ne peut concourir à la formation d'actes juridiques que pour autant que ceux-ci soient destinés à lui permettre la réalisation de son objet social. En dehors de la poursuite de cet objet la personne morale cesserait d'exister. Ce principe (théorie des actes *ultra vires*) est discuté dans ses effets, et une tendance existe même qui nie purement et simplement son existence.

Dans son arrêt précité, du 31 mai 1957, La Cour de Cassation de Belgique a affirmé la pleine capacité de principe des personnes morales, sous réserve des restrictions imposées par la loi ou par leur nature de personnes morales : elle n'a fait aucune allusion au principe de la spécialité statutaire ni même à une limitation de la capacité qui résulterait de l'objet social.

Cependant les êtres moraux n'agissant que par leurs organes, et le pouvoir de représentation de ceux-ci se trouvant limité par l'objet social,

(104) S. 1913-1-489.
(105) *R.C.J.B.*, 1958, p. 283.
(106) Van Ryn, *Traité de droit commercial*, tome I, n° 364 ; De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I, n° 510.

défini par les statuts, même si les organes déclarent agir au nom et pour compte de la personne morale, qu'ils administrent, l'assemblée générale est impuissante à ratifier un acte accompli pour compte de la société mais étranger aux statuts.

Comme l'écrit Van Ommeslaghe, dans sa note précitée, les personnes morales de droit privé ne peuvent sortir du champ d'activité que leur trace la loi. Elles ont une pleine capacité en vue d'accomplir les actes juridiques, hormis les restrictions imposées par la loi ou par leur nature de personnes morales. Il semble que les statuts puissent également restreindre cette capacité, encore que la règle ne soit pas unanimement admise.

16. On a dit et écrit que les syndicats refusent en Belgique la personnalité civile.

Le législateur a reconnu la personnalité civile aux Unions Professionnelles par la loi du 31 mars 1898, aux Associations sans But Lucratif par la loi du 27 juin 1921.

Il semble que les syndicats préfèrent s'abstenir de prendre une telle forme et de reconnaître qu'ils ont la personnalité juridique en raison d'un contrôle possible de la part des autorités judiciaires, d'une publicité de la liste des membres, de la responsabilité possible sur le plan civil ([107]).

On a considéré par conséquent les syndicats comme des associations «de fait» privées de la personnalité juridique, dépourvues de droits et d'obligations, irresponsables, incapables de conclure des contrat ou même des conventions collectives revêtues de la force obligatoire des contrats ([108]). Il en est de même des partis politiques. Le même phénomène existe dans d'autres pays, notamment aux Pays-Bas, pour les partis politiques (non pour les syndicats).

Cependant par une bizarrerie de la loi, elle a reconnu récemment aux organisations syndicales un certain nombre de droits, notamment celui d'agir en justice pour introduire une demande tendant à l'annulation des élections pour la désignation des délégués au conseil d'entreprise ou au comité de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux du travail ([109]).

(107) Voir MAGREZ, *Le statut des organisations syndicales des travailleurs salariés en droit positif*, Travaux et conférences de la Faculté de Droit de l'ULB, tome X, 1962, p. 5 et s. ; HORION, *Nouveau précis de droit social belge*, p. 138 ; FRANÇOIS, *Les syndicats et la personnalité juridique*, dans *R.C.J.B.*, 1968, p. 39 et sq. ; VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*.

(108) Cassation, 12 novembre 1935, *Pas.*, 1936-1-48.

Le droit leur a été reconnu de conclure des conventions collectives et d'ester en justice dans tous les litiges auxquels l'application de la loi donnerait lieu, et pour la défense des droits que les membres des syndicats trouveraient dans les conventions collectives.

A l'occasion d'un litige concernant l'application de l'une de ces lois, la Cour de Cassation (110) a estimé qu'aucune disposition légale ne prévoit que des organisations représentatives des travailleurs qui n'ont pas la personnalité, peuvent introduire auprès des juridictions compétentes, une demande relative à une contestation pareille à celle dont il s'agit ... Dans la mesure où elles attribuent, à des organisations professionnelles n'ayant pas la personnalité civile, la capacité d'ester en justice, ces règles sont exceptionnelles et partant d'interprétation stricte.

Contrairement à ce qu'a fait la Cour de Cassation française, la Cour de Cassation belge ne s'est donc pas estimée autorisée à reconnaître comme juge, la personnalité juridique à des associations. Elle a estimé qu'il s'agissait là d'une prérogative du législateur.

Cette thèse a été critiquée notamment dans l'étude précitée de François dans la Revue critique de jurisprudence belge (111).

17. *Décès.*

Les personnes morales ne décèdent pas. Elles arrivent à leur terme statutaire ou sont dissoutes et mises en liquidation.

La loi commerciale prévoit expressément (art. 178) qu'après leur dissolution, elles sont réputées exister pour leur liquidation.

18. *Conclusion.*

La personnalité morale pose un grand nombre de problèmes aux juristes et aux logiciens. La théorie de la fiction, invoquée encore à la fin du XIX^e^ siècle, a été progressivement abandonnée. Cependant lorsqu'il est question de personnes civiles, ou de personnalité morale, par une première réaction on considère encore qu'il s'agit de constructions de l'esprit et de fictions. C'est pour ce motif que la question trouve sa place dans le présent cycle d'études du Centre de Recherches de Logique du Droit.

(109) Loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie, art. 21, § 1, alinéa 1^er^, loi du 10 juin 1952 concernant la santé et la sécurité des travailleurs ...

(110) 28 avril 1966, *R.C.J.B.*, 1968, p. 34.

(111) *R.C.J.B.*, 1968, p. 34 et sq.

Nous venons de voir que la Cour de Cassation de Belgique admet implicitement la réalité des personnes morales. D'autre part la théorie générale de la protection des droits de l'homme, reconnaît l'existence, dans leur chef, d'un grand nombre de droits et d'obligations, comparables à ceux que l'on accorde aux personnes physiques.

Les deux notions doivent cependant être interprétées différemment puisque certains droits ne peuvent s'appliquer qu'aux hommes. En réalité, il semble que la plus grande partie de la confusion réside dans les divers sens que l'on donne au mot «personne». Dans le sens courant du terme, la personne a la valeur du terme générique «homme», agrémenté de certaines précisions supplémentaires. En droit, il n'en va pas de même ; le sens est beaucoup plus large, tout en étant plus restrictif. Les personnes morales sont, en droit, un aspect particulier, avec peu de variations, de la notion générale de personnes.

La spécialité des personnes juridiques, leur nationalité et les conséquences juridiques qui en découlent, nous amènent à constater que les cours et tribunaux admettent la *réalité* des personnes et leur *persistance*, même lorsqu'elles traversent des régimes juridiques différents et changent de siège et par conséquent de nationalité (dans le droit belge).

La théorie de la fiction paraît donc avoir été abandonnée par la jurisprudence.

La spécialité des personnes civiles nous amène d'ailleurs à d'autres constatations puisque, en définitive, elle limite d'une certaine manière, la capacité.

On en arrive à se demander si ce n'est pas là le véritable critère de la personnalité. Les différentes personnes morales ont une capacité plus ou moins étendue ou restreinte, en fonction de leur objet social et des droits et obligations qui leur sont reconnus par le droit positif.

C'est ainsi que par son arrêt du 12 novembre 1965, la Cour de Cassation de Belgique ([112]) reconnaît aux syndicats une capacité restreinte, limitée à un certain nombre de droits, à l'exclusion de tous autres ; en revanche ils n'ont aucune obligation.

Tant en droit privé, qu'en droit public, la capacité et par conséquent la personnalité peuvent, semble-t-il se retrouver à des degrés divers dans les différentes formes de personnes.

(112) *R.C.J.B.*, 1966, p. 392.

Conclusion générale

Cette dernière constatation nous ramène à celle que nous avions faite en général au sujet des personnes physiques.

Celles-ci présentent également à des degrés divers la personnalité ou la capacité puisque l'incapacité semblerait être la règle et la capacité l'exception.

On opère parfois à leur égard une distinction entre la capacité de jouissance et la capacité d'exercice.

Les incapables, comme les enfants, les déments, les prodigues, ont la première, dès la naissance, sauf exception ; ils n'ont pas la seconde. Ils ont une personnalité juridique réduite puisqu'ils n'ont pas la capacité de l'exercer.

La société commerciale voit sa capacité réduite d'une autre manière : elle n'a pas de personnalité aussi longtemps qu'elle n'a pas été reconnue légalement ; des tiers peuvent exercer en son nom les droits dont elle jouira ultérieurement. D'autre part, sa spécialité limite sa capacité à ce qui est nécessaire à la poursuite de son objet social.

Ne pourrait-on dès lors considérer que la personnalité juridique est, en droit, une autre manière d'exprimer la capacité juridique.

La personne physique et la personne morale sont toutes deux des êtres capables de droits, aptes à être titulaires de droits, si l'on suit les définitions de Laurent ([113]) et de Dabin ([114]).

Cette aptitude, c'est-à-dire cette capacité, est parfois étendue, parfois limitée.

L'enfant conçu a certains droits conditionnels ; le syndicat jouit de certains droits.

Dans cette mesure, tous deux peuvent être considérés comme des personnes. Le plus souvent, la loi ne distingue pas entre les personnes physiques et les personnes civiles : les droits et les obligations prévus par les lois s'appliquent aux uns comme aux autres.

Pour en revenir à notre problème logique, il semble qu'en droit positif, la personnalité ne relève plus de la fiction, mais de la réalité juridique, c'est-à-dire technique.

(113) *Principes de droit civil*, tome I, n° 287.
(114) *Le droit subjectif*, p. 106, note 4.

C'est en fonction de la reconnaissance d'un certain nombre de droits dont elle est apte à bénéficier qu'il y a ou non personne, physique ou morale.

Si l'on reprend le mot à son origine, on peut suivre les transformations qu'il a subies dans sa signification : d'un masque, puis d'un personnage de théâtre, on en arrive à désigner la personne elle-même. En droit, le mot a acquis un sens différent et gratifie le titulaire de droits et obligations. Le fait que des mots peuvent avoir plusieurs sens entraîne en droit une possibilité d'incertitude et de confusion.

Tentons dès lors d'oublier le sens du mot *personne* utilisé dans le langage courant. La définition légale est très simple ; elle devrait écarter les autres idées attachées trop étroitement à la notion qu'elles recouvrent. L'aptitude à être titulaire de droits est par elle-même une définition suffisante de la personne. Dans cette optique juridique et étroite, on peut écarter la théorie de la fiction et ne conserver que celle de la réalité juridique.

Université Libre de Bruxelles.

LA PERSONNALITÉ MORALE : FICTION OU RÉALITÉ ? (*)

par J. VAN COMPERNOLLE

> «Sur le terrain de la philosophie du droit, les titres respectifs de la personne physique et de la personne morale sont égaux». (J. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 151).

La controverse, qui depuis près d'un siècle, oppose aux partisans de la fiction les partisans de la réalité de la personne morale est-elle, comme on l'a affirmé, un «faux problème» (1) ? L'on convient assurément qu'il faut en cette matière se garder des querelles de terminologie et constater que, sous des formules parfois divergentes, nombre d'auteurs s'accordent aujourd'hui sur une certaine conception «réaliste» de la personnalité morale.

Il demeure que le problème ne se réduit pas à une simple question de mots et que, par delà les disputes de vocabulaire, deux conceptions s'affrontent dont l'opposition procède de divergences touchant aux notions les plus fondamentales du droit (2). Cette opposition, comme on le verra, n'a point perdu son actualité (3).

(*) Communication faite au C.N.R.L. le 7 novembre 1973.

(1) M. WALINE, *Droit administratif*, 7e éd., nº 405.

(2) L'on songe ainsi, notamment à la théorie dite de la «réalité technique» de la personnalité juridique (voy. *infra*, III, § 2).

(3) Dans les développements qu'il consacre à la notion de personnalité morale H. DE PAGE écrit que «toutes ces discussions sur la nature de la personnalité morale sont aujourd'hui complètement périmées» (*Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 2e éd., p. 547). Nous pensons pouvoir démontrer le contraire.

L'on n'entend point, faut-il le dire, reprendre ici, dans toute sa dimension, l'ensemble du problème de la personnalité morale. Ce serait, aussi bien, faire preuve de quelque présomption que prétendre renouveler un sujet dont l'ouvrage classique de Michoud (4), celui plus récent de P. Coulombel (5) et les œuvres magistrales de J. Dabin (6) ont, mieux que nous ne pourrions le faire, dégagé tous les aspects (7).

Enchaînant sur de précédentes études (8) notre propos est plus limité. Après avoir rappelé en quels termes se pose le problème (I) nous voudrions succinctement montrer en quoi et pourquoi nous faisons nôtre une conception «réaliste» de la personnalité morale (II). Nous verrons ensuite les conséquences que l'adoption de cette conception doit, à notre avis, entraîner sur le plan de la reconnaissance par l'ordre juridique positif de la personnalité juridique (III).

I. — Position du problème

La théorie de la personnalité morale, observe avec raison M. Waline, a été, pour une bonne part, obscurcie par l'entretien d'une équivoque visant, au départ, le sens même des termes «personne» et «personnalité» (9). Partisans de la fiction et partisans de la réalité sont, à l'origine, partis d'une idée commune : celle selon laquelle la personnalité juridique ne pourrait

(4) L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, 1906 (2 vol.).

(5) P. Coulombel, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Thèse, Nancy (1950).

(6) J. Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 123 et ss. ; voy. aussi, *L'État ou le Politique*, Paris, Dalloz, 1957, p. 214 et sq.

(7) On citera également : Saleilles, *De la personnalité juridique, Histoire et théories*, 2e éd., (1922) ; R. Clemens, *Personnalité morale et personnalité juridique*, Paris, 1935 ; H. Velge, *Associations et fondations en Belgique, Histoire et théories*, Bruxelles, 1942 ; P. Durand, *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, dans *Mélanges Ripert*, T. I, p. 139 et ss. ; Hamel, *La personnalité morale et ses limites*, dans D. 1949, Chron. 1941. Voy. aussi les pages que consacre à la notion de personnalité morale P. de Harven dans son ouvrage *Mouvements généraux du droit civil belge contemporain*, Bruxelles-Paris, 1928, pp. 11 et ss.

(8) On retrouvera dans la présente étude la substance de plusieurs développements déjà publiés dans un précédent ouvrage (*Le droit d'action en justice des groupements*, Bruxelles-Larcier, 1972) ainsi que dans une note d'observation sous un arrêt de la Cour de cassation du 8/10/1971 (*Rev. prat. soc.*, 1973 n° 5747).

(9) M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, 5e éd. p. 158. Voy. aussi, dénonçant cette équivoque, L. Michoud, *op. cit.*, n° 2, p. 6 et sq. ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 108.

être conférée qu'à l'être répondant à tous les caractères de la «personne» au sens qu'en donne le langage philosophique.

S'agissant de savoir si la personnalité juridique peut être reconnue à d'autres êtres qu'à l'homme — in casu aux groupements humains — pareil point de départ devait aboutir à l'opposition irréductible de deux conceptions.

Dans une première conception, pareille assimilation est scientifiquement et philosophiquement impossible et ne peut, dès lors, procéder que d'une fiction «bénévolement» octroyée par le législateur. Laurent voit dans cette fiction la manifestation d'un étrange et presque monstrueux pouvoir de création. «Le mot créer, dit-il, est un mot très ambitieux qui ne convient nullement à la faiblesse humaine : l'homme ne comprend pas même la création. Ici cependant le mot est à sa place en un certain sens. A la voix du législateur un être sort du néant et figure sur un certain pied d'égalité à côté des êtres réels créés par Dieu» ([10]).

Dans une seconde conception, l'assimilation de la personne morale à la personne physique s'imposerait de par la nature même de l'«être moral» lequel présenterait, tout aussi réellement et scientifiquement que l'être physique, les divers aspects de la personnalité. L'on peut lire ainsi, dans l'ouvrage de R. Clemens, ces propos: «la notion de personnalité est une notion analogique. Elle s'appuie sur les caractères communs à la personne humaine et à l'être social. L'un et l'autre diffèrent par la valeur d'être ... mais chacun, à sa manière, réalise les caractères de la personne ... un groupement est par nature une personne morale. Sa réalité est irréductible. L'être social et l'être individuel présentent analogiquement les caractères même de la personnalité» ([11]).

Le point de départ de l'une et l'autre de ces conceptions est inexact. Le mot personne, dans le vocabulaire juridique, n'est pas synonyme de personne au sens philosophique. Il désigne seulement l'être susceptible de revêtir la qualité de sujet de droit, c'est à dire l'être apte à être titulaire de droits subjectifs ([12]). «Du plan psychologique, philosophique, l'on passe

(10) LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, n° 288.

(11) R. CLEMENS, *Personnalité morale et personnalité juridique*, p. 256. Voy. aussi G. RENARD, *La philosophie de l'Institution,* Paris, 1939, p. 133 et sq. Compar. J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, pp. 209-211 et pp. 213 et sq. (dans son ouvrage *Le droit subjectif*, p. 108, note 4, cet auteur reconnait avoir lui-même partagé cette conception qu'il critique).

(12) M. WALINE, *op. cit.*, p. 158. Sur le concept de personnalité juridique entendu comme l'aptitude à être titulaire de droits subjectifs voy. notamment J. DABIN, *Le droit subjectif*, p. 106 ; du même auteur, *Droit subjectif et subjectivisme juridique*, dans *Archives*

au plan juridique. Or, sous ce dernier aspect, rien n'autorise à poser à priori quelque coïncidence ou équivalence entre la personnalité selon le droit et la personnalité selon la science. Dès lors, à supposer que l'on réserve à l'individu humain la qualité de personne (au sens philosophique) la question demeure pour les groupements humains : à défaut de personnalité selon la science sont-ils ou peuvent-ils être sujets de droit admis à jouer un rôle sur la scène juridique ? Dans l'affirmative, leur personnalité sera réelle, sans artifice ni fiction, mais sur le terrain du droit» (13).

A cet endroit cependant la question rebondit car le contenu du concept de sujet de droit est lui-même tributaire du contenu que l'on donne au concept de droit subjectif (14). Cette notion fondamentale est au cœur du problème de la personnalité morale et l'on ne s'étonnera pas dès lors que les solutions qui y sont apportées se ressentent nécessairement, dans les divergences parfois profondes qu'elles manifestent, de la manière dont ce concept est lui-même envisagé et défini.

Le lieu n'est certes point ici d'approfondir, avec les développements qu'il impliquerait, le vaste et difficile problème de l'existence et de la délimitation du concept de droit subjectif. L'on a, dans une précédente étude (15), donné les raisons qui nous conduisent à partager, sur ce point, les thèses de Jean Dabin et à définir avec lui le droit subjectif comme «la prérogative concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit de disposer, en maître, d'un bien qui est reconnu lui appartenir soit comme sien soit comme dû» (16).

Cette prise de position demeure la nôtre. D'où suit que nous définirons le sujet de droit comme étant l'être réunissant les conditions d'aptitude à l'attribution de droits subjectifs (au sens défini d'une appartenance-maîtrise garantie par le droit objectif).

de philosophie du droit, Dalloz, 1964, p. 31. *Adde* DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 3e éd. nº 233 ; CARBONNIER, *Droit civil*, t. I, 7e éd., 1967, p. 163 ; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, t. I, 7e éd., 1967, p. 163 ; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, t. I, 2e vol., 2e éd., p. 10. V. aussi L. FRANÇOIS, Obs. sub. Cass. 28/4/1966, dans *R.C.J.B.*, 1968, p. 52 et réf. cit.

(13) J. DABIN, *Le droit subjectif*, p. 109.

(14) Sur ce raisonnement voy. L. MICHOUD, *op. cit.*, nº 4 ; P. DEHARVEN, *Mouvements généraux du droit civil belge contemporain*, p. 24 et sq. ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, p. 139 («En logique, la définition du droit subjectif précède la définition de sujet de droit, ou plus exactement la détermination des êtres aptes à être reconnus sujets de droit»).

(15) J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, p. 9 et sq.

(16) *Le droit subjectif*, p. 105.

Si l'on convient sans peine que l'homme, personne physique, répond pleinement à cette définition, la démonstration est à faire en ce qui concerne les groupements ([17]) : ceux-ci réunissent-ils les conditions pour être titulaires de droits subjectifs ? Telle est la question qu'il nous faut aborder sur le plan de la philosophie du droit, tout d'abord ; au niveau de la translation du concept de personne morale en droit positif, ensuite.

II. — Le sujet de droit et la personne morale

Seul un être — c'est-à-dire une réalité douée d'une existence distincte — est de nature à former un sujet de droit. Ainsi l'implique la notion même de droit subjectif qui ne saurait être que l'attribut d'un sujet réel susceptible d'«avoir comme sien» (l'avoir présuppose l'être) ([18]).

Pour savoir si la qualité de sujet de droit peut revenir sans fiction — c'est à dire sans déformation du réel et sans artifice — aux groupements, une double question est à résoudre : il faut d'abord se demander si le groupement (l'on raisonnera dans les développements qui suivent en ayant égard à l'association) ([19]) constitue bien un être, c'est à dire une réalité distincte des personnes individuelles qui le composent ; il faut ensuite vérifier si cette réalité est apte à être titulaire de droits subjectifs.

§ 1. *L'association, réalité distincte.*

Si l'être humain — cette «molécule juridique indécomposable» ([20]) — proclame son titre à l'attribution de la qualité de sujet de droit par le seul fait de son apparition corporelle, il n'en est pas de même pour les groupements. C'est qu'en effet il manque à ceux-ci le critère simple que fournit l'existence physique de l'être humain.

Point n'est besoin cependant de longs développements pour rappeler que les vues actuelles touchant le problème de la réalité des groupements ne

(17) L'on vise sous ce terme volontairement vague les divers «agencements» que constituent, au sens le plus large, les associations et fondations. (Sur la justification de l'emploi de ce terme voy. aussi J. van Compernolle, *Le droit d'action* ..., p. xiii).

(18) J. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 110.

(19) Un raisonnement comparable peut être tenu en ce qui concerne les fondations. (Voy. à cet égard les développements que consacre à cet aspect du problème J. Dabin, *ibid.*, p. 153 et sq.).

(20) L. Michoud, *op. cit.*, n° 57, p. 124.

sont plus celles qui paraissaient incontestables aux tenants de doctrines farouchement individualistes. Ainsi que le relève H. De Page, il n'est plus guère d'auteurs qui en soient encore à nier purement et simplement la réalité objective et distincte du phénomène corporatif (21).

C'est, aussi bien, l'un des mérites de la sociologie contemporaine d'avoir dégagé la spécificité du «social» à l'égard de l'«individuel» et d'avoir mis en évidence l'impossibilité de réduire à une somme d'actions strictement individuelles les faits de la vie collective, singulièrement quand il y va d'une collectivité rassemblée au service d'une *fin* (intéressée ou désintéressée) en vue de la réalisation de laquelle tous les membres se groupent et qui se voit pourvue, à cet effet, d'*organes* capables à la fois de diriger et de représenter le groupement ainsi formé (22).

En toute association organisée il y a, en effet, bien autre chose que le nombre total des membres qui la composent. Matériellement, sans doute, l'association procède des individus associés, en sorte qu'elle ne peut naître et fonctionner que par eux. Elle ne se confond point avec eux cependant «en raison du phénomène de séparation qui est au principe de tout groupement organisé et d'où résulte que celui-ci, ayant une fin et une activité propres séparées de la fin et de l'activité propres des individus-membres, se pose comme doué d'une existence propre» (23).

Distinct du but social et des individus associés, l'association se présente ainsi comme un système organiquement structuré de relations entre les membres coopérant à une même œuvre. Cette union d'efforts et de forces groupés, coordonnés et organisés au service d'une commune entreprise est incontestablement une réalité.

Certes, cette réalité n'est pas (comme celle de l'être humain) corporelle. Mais il est d'autres réalités que physiques. Les idées, les œuvres, les créations de l'homme sont aussi des réalités, immatérielles sans doute, mais objectivement perceptibles par l'intelligence (24). La relation

(21) De Page, *Traité élém. dr. civil* (2e éd.), t. I, p. 547 ; *adde* Planiol et Ripert, t. I, n° 70.

(22) Sur cette analyse sociologique et, d'une manière générale, sur l'association en tant qu'être distinct, voy. J. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 124 et sq. ; voy. également L. Michoud, *op. cit.*, nos 53 et sq.

(23) J. Dabin, *L'État ou le Politique*, p. 223.

(24) J. Dabin, *L'État ou le Politique*, p. 223 ; du même auteur *Le droit subjectif*, pp. 134 et 135.

Il est d'autres réalités immatérielles que l'être moral. Les droits dits «intellectuels» ont un objet immatériel (De Page, *op. cit.*, n° 133). Il en est de même de l'achalandage et la clientèle du commerçant, du droit de l'agent de change sur son portefeuille ... (De Page, *ibid.*, n° 133).

associationnelle est une réalité de ce type. Sa reconnaissance ne recèle ni fiction ni artifice mais procède de la constatation pure et simple d'un fait, ce fait étant la mise en œuvre d'une idée (but social) dans une certaine organisation des rapports humains (25).

§ 2. *L'association, sujet de droit.*

Il ne suffit pas de dire que l'association est un être distinct, une réalité, il faut encore vérifier si cette réalité est apte à être sujet de droit. La réponse à cette question dépend, comme on l'a relevé plus haut, de la conception que l'on se fait du droit subjectif.

Deux grands courants partagent, à cet égard, la doctrine dite «réaliste».

Le premier voit dans la volonté collective la substance et le critère de la personne morale (au sens défini de sujet de droit). Ces théories partent de l'idée que la possibilité de vouloir est la caractéristique du sujet de droit (théorie du droit-volonté). On peut donc et l'on doit donc parler de personnalité morale lorsque existe dans un organisme la possibilité de former et d'émettre une volonté collective. On a pu, à juste titre (26), objecter à cette conception que le pouvoir de vouloir n'est pas davantage le critère du sujet de droit qu'il ne constitue celui du droit subjectif (27). L'absence de volonté a-t-elle jamais empêché de reconnaitre au fou ou à l'infans la qualité de personne juridique ?

Le second déduit la personnalité morale d'une définition du droit subjectif envisagé comme «intérêt protégé» (théorie du droit-jouissance). Défendue par Michoud (28), reprise par M. Waline (29), cette conception est celle à laquelle parait s'être ralliée, dans une certain mesure, la Chambre civile de la Cour de cassation de France dans son arrêt du 28/1/1954 dont il sera question plus loin (30). Dans cette conception, il doit y avoir personnalité quand existe, d'une part, un intérêt distinct des intérêts in-

(25) «Les personnes morales sont des réalités et non des fictions parce qu'elles sont l'œuvre de la volonté consciente de l'homme et répondent à un but normal de l'activité sociale» (De Page, *op. cit.*, nº 501, p. 547).

(26) Voy. à cet égard les excellentes pages de M. Despax, *L'entreprise et le droit*, Toulouse 1956, p. 382 et ss. auxquelles nous nous référons ici.

(27) Cette théorie a été défendue notamment en Allemagne par Windscheid, *Pandektenrecht*, t. I, 8e éd. par Kipp., Francfort, 1900, § 27 et sq. Sur la critique de cette théorie, voy. aussi Michoud, *op. cit.*, t. I, p. 98, nº 46 ; Coulombel, *op. cit.*, p. 32 ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 56 et sq.

(28) Michoud, *op. cit.*, t. I, p. 112 et sq.

(29) Waline, *Traité élém. de dr. adm.*, 4e éd., p. 151 et sq.

(30) Cass. 28/1/1954, D. 1954, J. 217 et note G. Levasseur. (Voy. aussi *infra*).

dividuels et, d'autre part, une organisation capable de dégager une volonté qui représente le groupement dans ses rapports juridiques (31). Bien que séduisante cette conception pêche cependant par une définition du droit subjectif qui nous paraît erronée : le droit subjectif n'est pas, comme le soutient Michoud (faisant siennes les thèses d'Ihering), un intérêt juridiquement protégé (32). Appliquée à la personne morale cette définition se heurte, aussi bien, à une objection fondamentale : peut-on jamais dire d'une association qu'elle soit appelée à jouir, à profiter d'un droit ? Il est bien certain qu'en fin de compte les bénéficiaires réels des droits reconnus à l'association sont les membres qui la composent. Mais, dès ce moment, comment ne point être contraint de reconnaître un caractère artificiel à la personnalité morale (33) ?

Définissant, pour notre part, le droit subjectif par référence au concept d'appartenance-maîtrise (34), il nous paraît que la personnalité morale n'est ni l'expression d'une volonté collective ni un centre d'intérêts protégés mais l'aptitude à être titulaire de droits, c'est-à dire *l'aptitude à avoir comme sien*. Cette aptitude ne doit pas seulement être reconnue à la personne physique ; elle doit être reconnue — parce que sa nature d'être distinct le réclame — à tout groupement dès lors que celui-ci possède les attributs constitutifs de sujet de droit «savoir une fin propre, une activité autonome et des organes appropriés» (35).

La personnalité appartiendra dès lors, selon ce critère, à toute collectivité vouée au service d'une fin à la réalisation de laquelle tous les membres contribuent et qui se voit nantie, à cet effet, d'organes capables de la

(31) MICHOUD, *op. cit.*, t. I, p. 113 et sq.

(32) Voy. sur cette conception qui enchaîne sur les idées d'Ihering, les critiques de J. DABIN dans *Le droit subjectif*, p. 65 et sq.

(33) C'est du reste la conclusion à laquelle est contraint d'aboutir Ihering : «La personne juridique comme telle est incapable de jouir ; elle n'a ni intérêts, ni buts. Elle ne peut donc avoir des droits ...» (IHERING, *L'esprit du droit romain*, Traduction de Meulenaere, 3e éd., t. IV, § 71, p. 342 et sq.).

(34) J. DABIN, *Le droit subjectif*, p. 80 et sq.

(35) «S'il est incontestable que l'être existant par soi et pour soi — hypothèse que réalise seule, sur terre, la personne humaine individuelle — est nécessairement sujet de droit, capable d'avoir comme sien, à commencer par sa propre existence, ni l'existence par soi, ni l'existence pour soi ne sont indispensables pour avoir comme sien, pour être en conséquence sujet de droit, au sens de la personnalité juridique. D'autres êtres, plus relatifs et plus contingents que la personne humaine individuelle — cet absolu dans l'ordre des valeurs créées — peuvent «avoir comme sien», à titre de droit, avec tous les effets caractéristiques du droit subjectif : inviolabilité, exigibilité et protection juridique. Ainsi les associations». (J. DABIN, *Le droit subjectif*, p. 145).

diriger et de la représenter. S'il réunit ces conditions objectives, le groupement constituera, sans artifice et sans fiction, un sujet de droit apte à avoir comme sien et à jouer, à ce titre, un rôle sur la scène juridique.

III. — Personnalité morale et personnalité juridique

§ 1 *Les données du problème.*

Les concepts de personnalité morale et de personnalité juridique ne sont pas à confondre (36). La personnalité morale est l'aptitude — selon la science du droit — à être titulaire de droits subjectifs. Mais une chose est la personnalité selon la science du droit et une autre la personnalité selon le droit positif. Car il ne suffit pas que l'être moral soit, de par sa nature, apte à avoir des droits (sujet de droit). Encore faut-il que le droit positif accrédite cette personnalité.

Or, de même que l'individu humain, personne physique réelle, pourrait n'être point nécessairement reconnu comme personne, selon le droit positif (37), de même la personne morale réelle pourrait se voir refuser ou retirer la qualité de sujet de droit (38). Ou encore la reconnaissance à certains groupements de la qualité de sujet de droit peut être subordonnée, par le droit positif, à la réalisation de certaines conditions (39).

Si la personnalité morale appelle la personnalité juridique (40), les deux concepts ne sont pas, ainsi, nécessairement jumelés. Il peut exister des per-

(36) Sur la distinction entre personnalité morale et personnalité juridique, v. J. Dabin, *L'État ou le Politique*, p. 232 ; du même auteur *Le droit subjectif*, p. 151 et sq. Rapproch. Waline, *op. cit.*, 6e éd., p. 175 et 176 ; v. aussi Clemens, *op. cit.*, p. 256 et sq.

(37) L'esclavage, la mort civile fournissent des exemples de telles négations (compar. Waline, *op. cit.*, 5e éd., p. 158).

(38) Ainsi parce que sa fin serait contraire au bien public (groupement de malfaiteurs, par exemple).

(39) Ainsi les conditions imposées par le droit positif à la constitution de sociétés commerciales.

(40) Sans doute convient-on qu'il existe des procédés obliques — fidei-commis par exemple, ou trust — permettant parfois à l'être moral de bénéficier, avec plus de profit, d'avantages comparables à ceux que procurerait l'attribution de la personnalité juridique. Mais il y va de procédés indirects dans lesquels, en fin de compte, le véritable sujet de droit demeure la personne physique.

Sur le trust voy. notamment l'ouvrage de De Wulf (*The Trust and corresponding Institutions in the civil Law*, Bruylant, 1965). L'on note cependant que si les anglo-saxons obtiennent des résultats intéressants avec le système des trustees, ils recourent néanmoins à la conception de la «corporation sole» pour les groupements auxquels une réelle autonomie doit être assurée (voy. les observations de Le Fur dans sa préface à l'ouvrage de Clemens précité, p. xvi).

sonnes morales sans personnalité juridique (41). Il peut arriver, en sens inverse, que le droit positif institue personnes juridiques des entités qui ne répondent pas au critère de la personne morale (sujet de droit) (42).

En bref, nous dirons avec Michoud que pour pouvoir jouer un rôle sur la scène juridique, il faut que le droit positif «accepte» (43), en la consacrant, la personnalité de l'être moral. La question qui, dès lors, se pose est de savoir si l'organe de cet ordre juridique positif doit nécessairement être le législateur. Cette question est, en Belgique, traditionnellement résolue par l'affirmative. Cette solution ne nous convainc cependant pas.

§ 2. *La théorie légaliste traditionnelle.*

Lorsque Laurent pouvait, au siècle dernier, déclarer sans être contredit que «tout le monde est d'accord que les personnes dites civiles sont des êtres fictifs» il pouvait logiquement conclure : «qui a le droit de créer des fictions ? Poser la question c'est la résoudre ... seul le législateur peut créer des personnes civiles» (44).

Les idées, depuis lors, ont fait leur chemin et, comme on l'a relevé, il n'est plus guère d'auteurs qui défendent encore, du moins dans ses justifications, la théorie dite de la fiction (45). L'on pourrait presque écrire qu'aujourd'hui tout le monde est bien d'accord pour considérer que «la personnalité morale correspond à une réalité sociale : l'existence de groupement ayant un but propre, une vie distincte de celle des membres» (46).

(41) Voy. ainsi l'art. 3 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales déniant la personnalité juridique aux associations momentanées et en participation.

(42) Auquel cas la personnalité devient effectivement une «pure fiction» (Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., p. 206 ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 111, note 3. Compar. Coulombel, *op. cit.*, pp. 54 et sq. et 174 et ss.).

(43) Michoud, *op. cit.*, t. I, p. 121.

(44) Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, 3e éd. (1878), nº 288.

(45) Voy. à cet égard les observations de H. Velge, in *Associations et fondations en Belgique*, nº 70. Certains auteurs cependant demeurent inébranlablement fidèles aux conceptions de Laurent (voy. ainsi A. Cordy, *Capacité des parties contractantes dans la conclusion des conventions collectives*, dans *Travaux et conférences U.L.B.*, 1968, p. 145 : «ces associations (les syndicats) participent de la fiction légale d'où résulte cette personnalité morale» ; J. Piron et P. Denis, *Le droit des relations collectives du travail en Belgique*, Larcier, p. 24 : «la personnalité juridique est une fiction par laquelle la loi fait de l'association ou du groupement un être juridique distinct des membres qui le composent»).

(46) Brèthe de la Gressaye, Obs. sub. Aix, 6/1/1953, dans *J.C.P.*, 1963, II, 7718.

Mais cela étant posé, la théorie de la fiction que l'on croyait chassée, réapparaît tout aussitôt. Sous le vocable ambigu de «réalité technique» (47) une conception strictement légaliste resurgit : l'on ne prétend plus que la loi est nécessaire pour tirer du néant un être fictif, mais l'on soutient que la loi seule peut faire accéder l'être moral à la vie juridique. Créateur ou «parrain» (48) de la personne morale, le législateur reste ainsi, dans les deux cas, le moteur indispensable.

1) Cette conception légaliste est assurément celle qui prévaut dans la doctrine belge. «C'est un principe bien établi dans notre droit, écrit ainsi A. Mast, que la personnalité civile n'est accordée que par la loi ou en vertu de la loi. Ou bien le législateur accorde directement la personnalité morale à telle association ou institution ou à tel service public ou bien il détermine à quelles conditions elle leur est acquise» (49).

Tout au plus certains auteurs admettent-ils que la personnalité juridique pourrait également résulter d'une «reconnaissance implicite» du législateur : tel sera le cas lorsque une disposition légale confère au groupement une prérogative qui présuppose l'octroi de pareille personnalité (50). Mais, sous réserve de ce correctif (qui, tout en procédant d'une conception de la personnalité juridique quelque peu assouplie, n'en demeure pas moins rigoureusement «légaliste»), l'on peut, semble-t-il, affirmer avec L. François que «la thèse traditionnelle a encore droit de cité

(47) Sur la théorie de la «réalité technique» et son ambiguïté voy. notamment L. François, Obs. sub. Cass. 28/4/1966, dans *R.C.J.B.*, 1968, p. 49 note 20. Voy. également J. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 150 et note 3.

(48) Selon l'expression de M. Albaut, cité par Levasseur, Obs. sub. Cass. fr. 28/1/1954, D., 1954, J., p. 219.

(49) Mast, *Précis de droit administratif*, Bruxelles-Gand, 1966, n° 42, p. 28. Avancée comme un «principe fondamental de notre droit public» (Vauthier, *Précis du dr. adm.*, 2e éd., n° 123) la proposition n'est guère discutée en Belgique. Ralliant aussi bien les partisans de la théorie de la fiction que les défenseurs de la théorie dite de la «réalité technique» de la personne morale, elle est admise par tous comme se passant de toute démonstration et presque comme allant de soi (v. à cet égard J. van Compernolle, *Le droit d'action en justice des groupements*, p. 136 et les nombreuses références doctrinales citées).

(50) Voy. en ce sens : Mast, *op. cit.*, n° 42 ; Buttgenbach, *Manuel de dr. adm.*, t. I (1966), p. 48, n° 44 ; Errera, *Traité de droit public belge*, Paris, 1918, § 382. L'on observe que l'une des prérogatives ainsi considérées par ces auteurs comme «impliquant» la personnalité juridique est le droit d'agir en justice (voy. ainsi Buttgenbach, *op. cit.*, n° 41, qui déduit la personnalité des communes du droit qui leur est reconnu par la loi communale d'ester en justice).

en Belgique que seul le législateur confère, fut-ce indirectement, la personnalité juridique à ce qui n'est pas l'être humain» (51).

2) Le postulat «pas de personnalité sans loi» est tout aussi fermement acquis en jurisprudence. L'analyse des divers arrêts traduisant, sur ce point, l'enseignement des Cours et tribunaux, excéderait assurément les limites de la présente étude (52). L'on cite seulement trois arrêts de la Cour de cassation qui paraissent particulièrement caractéristiques d'une conception légaliste de la personnalité juridique.

a) Se prévalant de la convention d'établissement franco-belge du 6/10/1927, la «S.A.C.E.M.» (société des auteurs dramatiques), société civile de droit français, avait introduit, en Belgique, une action en justice. Excipant de ce que «depuis 1891 la jurisprudence, en France, reconnait d'une façon unanime la personnalité aux sociétés civiles», la Cour d'appel de Bruxelles avait déclaré cette action recevable. Sur pourvoi, la Cour de cassation casse cet arrêt au motif «qu'aucune action en justice ne peut être exercée au nom d'une personne dont l'existence et la capacité d'agir ne sont pas reconnues ; que c'est la loi seule qui fixe les conditions d'existence des personnes morales et l'étendue de leur capacité ; ... que la jurisprudence n'est pas la loi ; qu'elle en diffère par les organes dont elle émane, par le caractère essentiellement relatif qui s'attache à ses décisions» (53).

b) Une contestation relative aux élections de délégués d'un conseil d'entreprise est portée par un syndicat devant le conseil de prud'hommes. La demande formée sort cependant du cadre des actions expressément attribuées par la loi, en cette matière, aux organisations professionnelles (54). Cassant la décision rendue (qui avait accueilli l'action) la Cour de cassation — après avoir relevé «qu'aucune disposition légale ne prévoit que les organisations représentatives qui n'ont pas la personnalité civile peuvent introduire auprès des juridictions compétentes

(51) L. François, Obs. précit. sub. Cass. 28/4/1966, dans *R.C.J.B.*, 1968, p. 51.

(52) Sur cette jurisprudence voy. J. van Compernolle, *Le droit d'action en justice des groupements*, pp. 138 et sq.

(53) Cass. 12/11/1935, *Pas.*, 1936, I, p. 49 (et conclusions conformes du premier avocat général Gesché).

(54) La matière est circonscrite par la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie (modifiée par les lois des 28 janvier 1963, 16 janvier 1967 et 17 février 1971) et par la loi du 10 juin 1952 concernant la santé et la sécurité des travailleurs ainsi que la salubrité du travail et des lieux du travail (modifiée par les lois des 17 juillet 1957, 28 janvier 1963, 16 janvier 1967 et 17 février 1971). Pour un commentaire de la capacité d'action en justice revenant en cette matière aux organisations «représentatives» voy. J. Van Compernolle, *Le droit d'action en justice des groupements*, p. 72 et sq.

une demande relative à des contestations pareilles à celle dont il s'agit» — déclare que les dispositions qui accordent «à des organisations professionnelles n'ayant pas la personnalité civile la capacité d'ester en justice» sont exceptionnelles et, partant, d'interprétation stricte (55).

c) Une compagnie d'assurance couvrant une organisation professionnelle (in casu la F.G.T.B.) pour ses dommages propres est amenée à payer à son assurée, à la suite d'un accident, une indemnité pour le versement de laquelle une quittance subrogatoire lui est délivrée par le secrétaire régional de cette organisation. Se prévalant de cette subrogation, la compagnie d'assurance réclame au tiers responsable de l'accident le remboursement de l'indemnité versée. Saisi du litige, le tribunal de première instance de Bruxelles, statuant en dernier ressort, rejette l'action introduite. Le motif essentiel de ce rejet est que la demanderesse ne peut s'autoriser valablement d'une subrogation consentie par une association dépourvue de personnalité juridique. Rejetant le pourvoi formé contre ce jugement, la Cour de cassation déclare que «ce motif (retenu par le tribunal) ne confond nullement l'existence d'un droit et son exercice mais constate légalement qu'une association sans personnalité juridique qui, en principe, n'a pas de capacité juridique, c'est à dire pas de droit subjectif, ne peut non plus transmettre un droit à un tiers» (56).

§ 3. *Critique de la théorie légaliste.*

Commentant un arrêt de la Cour d'Aix du 6/1/1953 qui, ayant à se prononcer sur le problème de la personnalité juridique des comités d'établissement, déclare «que les groupements n'ont la personnalité civile que si celle-ci leur a été expressément attribuée par la loi», M. Brèthe de la Gressaye note : «cette affirmation péremptoire ... est vraiment surprenante» (57).

Ce qui, en Belgique, surprend est que cette affirmation ait pu — et cela depuis plus d'un siècle — être considérée par la plupart des auteurs comme

(55) Cass. 28/4/1966, *J.T.*, 1966, p. 544 et obs. M. TAQUET et P. DENIS ; *R.C.J.B.*, 1968, p. 34 et ss. et obs. L. FRANÇOIS ; voy. dans le même sens Cass. 3 mai 1968, *J.T.*, 1968, p. 453.

(56) Cass. 8/10/1971, *Rép. prat. soc.*, 1973, n° 5757 et note J. VAN COMPERNOLLE.

(57) J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, Obs. sub. Aix 6/1/1953, dans *J.C.P.*, 1953, II, 7718.

l'énoncé d'une vérité à ce point première que d'aucuns n'hésitent pas à y voir «un principe fondamental de notre droit public» (58).

L'affirmation du principe se passe, il est vrai, le plus souvent de toute démonstration, comme s'il y allait d'une évidence.

Cette évidence nous convainc personnellement fort peu. Sous réserve du sort particulier qui est à faire aux personnes morales de droit public (59), nous persistons à penser que le principe dont s'agit se présente comme un postulat dont les assises autant que les justifications s'avèrent fort contestables et sont, du reste, comme nous l'avons montré, contredites par la jurisprudence elle-même (60).

Nous ne pouvons évidemment reprendre ici, dans leur ensemble, les divers aspects d'une critique de la théorie légaliste. C'est, de manière succincte, sur deux plans, que nous limiterons nos observations : celui d'une analyse de l'enseignement de la Cour de cassation (relatif à la condition juridique des groupements professionnels), tout d'abord ; celui de la défense d'une conception «réaliste» (par opposition à une conception légaliste) de la personnalité juridique, ensuite.

Al. 1. — Réflexions sur l'enseignement de la Cour de cassation.

Une observation s'impose à la lecture des arrêts des 28 avril 1966 et 8 octobre 1971 ci-dessus rappelés (61). Elle enchaîne sur cette proposition — énoncée dans le premier arrêt — selon laquelle «dans la mesure où elles attribuent à des organisations ... *n'ayant pas la per-*

(58) VAUTHIER, *Précis du droit administratif de la Belgique*, 3e éd., n° 123.

(59) L'on doit, semble-t-il, approuver, dans son principe, l'enseignement traditionnellement admis tant en France qu'en Belgique, selon lequel «seul le législateur peut créer des personnes publiques» (BUTTGENBACH, *Manuel de dr. adm.*, 3e éd., t. I, p. 48 ; DUEZ et DEBEYRE, *Traité de dr. adm.*, 1952, n° 770). Sans doute cette affirmation serait-elle contestable dans la mesure où elle n'entendrait exprimer rien d'autre que la conception légaliste que nous critiquons. Elle est en revanche justifiée dès lors qu'elle signifie, d'une part, que le législateur seul peut conférer à une personne juridique des attributs et des prérogatives de puissance publique (monopole, contrainte, pouvoir d'expropriation ...) et, d'autre part, qu'il n'appartient qu'au législatif de soustraire aux règles légales informant la gestion budgétaire des fonds publics, un élément du patrimoine de l'État à l'effet de l'incorporer dans une nouvelle entité se gérant comme personne de droit distincte et autonome (Compar. avec l'opinion de B. CHENOT, reproduite par DUEZ et DEBEYRE, *op. cit.*, p. 537 note 1 et justement critiquée par ces auteurs qui relèvent, au texte, la nécessité de l'intervention législative sur le plan du contrôle budgétaire).

(60) Voy. à cet égard les développements que nous avons consacrés à ce problème dans *Le droit d'action en justice des groupements*, p. 225 et sq.

(61) Voy. *supra*, notes 55 et 56.

sonnalité juridique la capacité d'ester en justice, ces dispositions sont exceptionnelles ...». Elle conduit à cette constatation qu'une capacité juridique (en l'occurrence celle d'agir en justice) pourrait exister au profit d'une entité qui serait, par ailleurs, dépourvue de toute personnalité juridique (62).

Que penser de cet enseignement ? Force est de constater qu'il soulève plus de questions qu'il n'en résoud.

a) Ainsi donc, pour la Cour de cassation, une capacité juridique peut coexister, dans le chef d'un groupement, avec l'absence de personnalité juridique. Pareille affirmation ne laisse point de surprendre.

N'est-il point, en effet, contradictoire de reconnaître à une entité (en l'occurrence à une organisation syndicale) une «capacité d'ester en justice» en lui déniant, dans le même moment, la personnalité civile» ? Un être moral peut-il se voir octroyer une capacité juridique, c'est à dire (selon la définition même qu'en donne l'arrêt du 8 octobre 1971) la jouissance de droits subjectifs, sans être, par là même, investi de la qualité de sujet de droit ? En réalité, si l'on admet que la personnalité juridique est la qualité reconnue par le droit positif de sujet de droit (63), l'on voit mal comment l'aptitude à être titulaire d'un droit déterminé (capacité de jouissance de ce droit) n'impliquerait pas la préalable possession par ce titulaire de la qualité de personne juridique.

b) Dira-t-on que la contradiction ainsi relevée disparaît si l'on veut bien considérer que l'action en justice ne constitue point nécessairement l'objet d'un droit subjectif (64). Outre que pareille conception nous paraît fondamentalement erronée (65), elle laisse, aussi bien, sans réponse les points d'interrogation. Si tel est, en effet, le raisonnement de la Cour,

(62) L'arrêt du 8/10/1971 précité (v. *supra*, note 56) confirme que telle est bien la pensée de la Cour de cassation. Qualifiant la F.G.T.B. d'association sans personnalité juridique et définissant pareille association comme étant celle «qui, *en principe*, n'a pas de capacité de jouissance c'est à dire pas de droit subjectif» cet arrêt formule, de manière implicite mais certaine, la proposition selon laquelle cette association pourrait, par dérogation (sous entendu : là notamment où la loi lui attribue une capacité d'action) et sans acquérir pour autant la personnalité juridique, être titulaire de droits subjectifs.

(63) Voy. *supra*, la définition de la notion de sujet de droit.

(64) Voy. en ce sens L. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 39 et sq. (spécialement pp. 56-58).

(65) Sur la critique de cette conception voy. J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice* ..., p. 202 et ss. Avec J. DABIN nous pensons que l'action en justice constitue toujours l'objet d'un droit subjectif distinct de tout autre droit ou intérêt antérieur : le droit d'action (voy. à cet égard les développements que nous consacrons à l'analyse de la nature de ce droit dans *Le droit d'action* ..., p. 9 et sq.).

pourquoi celle-ci fait-elle de l'action en justice l'objet d'une «capacité» (66) et définit-elle cette dernière notion comme étant l'aptitude à être titulaire de droits subjectifs ? Par ailleurs, en quoi cette conception permet-elle de résoudre le problème de la condition juridique des syndicats au regard des autres droits subjectifs qui (en sus de la capacité d'agir en justice) leur sont reconnus notamment par la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives (67) ?

c) L'on peut, il est vrai, se demander si la Cour de cassation n'entend point, par la formulation qu'elle adopte, consacrer (au moins implicitement) la thèse selon laquelle les syndicats seraient, en Belgique, des «personnes civiles à capacité restreinte» (68) : il ne s'agirait point d'associations de fait mais de sujets de droit dont la capacité serait strictement limitée aux droits conférés par le législateur.

A cet endroit, cependant, la question rebondit : dans quelle mesure peut-on en effet — «graduant», en quelque sorte, la personnalité morale — distinguer deux niveaux dans la capacité : un niveau supérieur de «grande capacité» pour l'être moral qui accéderait pleinement à la vie juridique (A.S.B.L., unions professionnelles ...) et un niveau inférieur de «petite capacité» pour l'être moral qui n'accéderait que partiellement à la qualité de sujet de droit (syndicat) ?

Dans le commentaire qu'il fait de l'arrêt précité du 26 avril 1966, M. L. François écrit justement que si l'on admet qu'accorder des droits aux syndicats revient à leur accorder la personnalité «il reste à savoir pourquoi en l'absence de précision dans la loi sur ses limites, il faut nécessairement que cette personnalité soit restreinte aux dits droits, c'est à dire plus restreinte que ne le commande le principe de la spécialité». Et cet auteur d'ajouter «la croyance à une telle nécessité paraît bien un effet de cette conception

(66) Dans sa note d'observation sous l'arrêt de cassation du 28 avril 1966, M. L. François convient lui-même qu'il est conjectural d'imputer à la Cour une telle conception alors que rien ne permet de considérer qu'en faisant référence à la notion de «capacité» la Cour suprême aurait donné à cette notion un autre contenu que celui «d'aptitude à être titulaire de droits subjectifs» (*R.C.J.B.*, 1968, p. 58). L'arrêt du 8.10.1971 confirme que tel est bien le contenu que le concept reçoit.

(67) La loi du 5 décembre 1968 permet ainsi aux syndicats non seulement d'agir en justice mais aussi d'affecter un élément de leur patrimoine à l'exécution de leurs obligations (art. 4, al. 2).

(68) Sur cette conception voy. notamment P. Horion, *R.P.D.B.*, *v°* Travail (Statut des syndicats), t. XV, n° 63 ; M. Magrez, *Le statut des organisations syndicales des travailleurs salariés en droit positif, loc. cit.*, p. 20 — Dans le même sens, voy. A. Cordy, *op. cit.*, p. 137 et sq. ; J. Piron et P. Denis, *Le droit des relations collectives du travail en Belgique*, Larcier, 1970, pp. 24 et 25. Sur la critique de cette conception l'on permet de renvoyer à notre ouvrage (spécialement pp. 221-224).

restrictive et légaliste de la capacité des êtres qui ne sont pas des personnes physiques» ([69]).

En réalité, c'est bien là le fond du problème. Sous-tendant la réflexion critique portée sur l'enseignement de la Cour de cassation, un reproche fondamental doit, nous paraît-il, lui être adressé : celui de n'avoir pu se départir, dans l'analyse de la condition juridique des syndicats, d'une conception strictement légaliste de la personnalité juridique. Nous persistons à penser que pareille conception est injustifiée. Par quoi l'on enchaîne ainsi sur le second volet de nos développements.

Al.2. — Pour une conception «réaliste» de la personnalité juridique.

Il n'est point exact, selon nous, de poser en postulat l'affirmation selon laquelle il ne pourrait appartenir qu'au législateur de consacrer, sur le plan du droit positif, la personnalité morale d'un groupement.

1. — Sans doute l'intervention du législateur demeure-t-elle, en cette matière, prépondérante. L'on a relevé déjà que celui-ci avait le pouvoir de priver de la qualité de sujet de droit telle ou telle catégorie de groupements ([70]). Il lui appartient, également, de reconnaître, par une disposition particulière la personnalité de tel groupement identifié ou, encore, de déterminer les «cadres» légaux dans lesquels, se moulant, certains groupements se verront attribuer *de plano* la personnalité juridique.

Mais ce serait, à notre avis, une erreur de prétendre qu'au regard des divers groupements aptes à être titulaires de droits, les «cadres légaux» seraient tous, indistinctement et nécessairement, «impératifs» ([71]) en telle

(69) L. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 55.

(70) Voy. *supra*.

(71) Il existe des «cadres impératifs». Ainsi pour les sociétés commerciales (VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, n° 145). Le caractère impératif des cadres sociétaires opère ici, du reste, non point comme un facteur d'exclusion mais d'incorporation forcée du groupement «réfractaire» dans le «cadre» de droit commun (étant la société en nom collectif). Ainsi que nous l'avons montré l'existence d'un «cadre obligatoire» ne se retrouve pas, selon nous, dans les dispositions de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif. L'on en déduit, d'une part, que pareille loi ne peut être invoquée comme consacrant en Belgique la thèse légaliste (voy. J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action* ..., p. 227 ; dans le même sens, rapproch. L. FRANÇOIS, *op. cit., R.C.J.B.*, 1968, p. 45). L'on en déduit, d'autre part, que la personnalité juridique pourrait être reconnue par le juge à une association à but non lucratif n'ayant point adopté la forme sociétaire fixée par la loi de 1921 (compar., en France, sur la possibilité pour le juge de reconnaître la personnalité d'une association non déclarée, LEVASSEUR, note sub. Cass. fr. 28/1/1954, D. 1954, J. p. 219 ; voy. aussi, *infra*, note 78).

sorte qu'un groupement qui n'adopterait point l'une de ces formes sociétaires préfixées serait, ipso facto, exclu de la vie juridique.

La loi n'est point, en effet, la seule source formelle de droit positif. La jurisprudence également est un mode d'expression de l'ordre juridique ([72]). Pourquoi, dès lors, sur le plan des principes, ne pourrait-on reconnaitre au juge le pouvoir d'accréditer la personnalité juridique de l'être moral (singulièrement en attribuant à ce groupement une capacité active ou passive d'action en justice) ?

Dans son arrêt du 28/1/1954 — dans lequel P. Durand n'hésite pas à voir affirmée «la conception d'un droit naturel des groupements à la personnalité juridique ([73]) — la Cour de cassation de France déclare «que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés» ([74]).

A l'inverse de la théorie légaliste dans laquelle la personne morale n'accède à la personnalité juridique qu'en vertu d'une autorisation légale de stricte interprétation, cet arrêt pose en norme que toute personne morale peut, en principe, sauf prohibition légale, être reconnue par le juge comme personne juridique. Au risque de paraître en Belgique audacieux, c'est dans cette voie, empruntée déjà par plusieurs auteurs ([75]), que nous estimons qu'il y a lieu de s'engager en rompant, une fois pour toutes, avec les conceptions légalistes et les résurgences tenaces de la théorie de la fiction ([76]).

(72) Sur la jurisprudence comme source du droit positif, voy. notamment J. DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, 1929, p. 8 et sq., p. 37 et sq. et p. 96 et sq. Commentant l'arrêt de la Cour de cassation du 12/11/1935 ci-dessus évoqué (v. *supra*, note 53), le professeur F. RIGAUX observe ainsi, à juste titre, que la motivation de cet arrêt «paraît négliger le caractère créateur de l'interprétation jurisprudentielle» (*Ann. Dr. sc. pol.*, 1959, p. 282).

(73) P. DURAND, note sub. Cass. fr. 28/1/1954, *Dr. soc., 1954, p. 161.*

(74) Cass. fr. 28/1/1954, D. 1954, J. 217 et note G. LEVASSEUR. Sur cet important arrêt voy. J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action* ..., p. 190 et sq.

(75) Voy. approuvant l'arrêt du 28/1/1954 et reconnaissant au juge le pouvoir d'accréditer la personnalité juridique de l'être moral : LEVASSEUR, note citée («c'est à la jurisprudence qu'il appartiendra ... finalement d'octroyer ou non la personnalité») : P. DURAND, obs. précit. in *Dr. Soc. 1954*, p. 161 ; DESPAX, *L'entreprise et le droit*, p. 338 et ss. Adde les références citées dans notre ouvrage pp. 192 et ss. et p. 232 (spécialement note 3).

(76) Relevons, du reste, que la jurisprudence belge elle-même, sans s'engager sans doute aussi résolument que la jurisprudence française dans une conception «réaliste» — loin s'en faut — a cependant manifesté, en certains cas, le souci de faire

2. — L'on ne se dissimule point que cette solution peut, au regard du rôle fondamental que nous reconnaissons de la sorte au juge, susciter plusieurs difficultés. L'exemple de la jurisprudence française nous incite cependant à penser qu'il est possible de les résoudre.

a) Un premier problème consistera pour le juge à s'exprimer sur la réalité même de l'être moral qui se présente devant lui (comme demandeur ou défendeur).

Si le groupement apparaît comme investi de droits et de prérogatives qui présupposent la personnalité, celle-ci devra assurément lui être reconnue (77).

Mais qu'en est-il en l'absence de texte octroyant pareils droits ? Selon nous, il appartiendra, en ce cas, au juge de vérifier, par une démarche comparable à celle qui sous-tend l'arrêt de la Cour de cassation de France du 28/1/1954, si les critères objectifs de la personnalité morale — savoir (comme on l'a vu) une fin propre et licite, une activité autonome et des organes appropriés — se retrouvent dans le groupement considéré. Dans l'affirmative, le juge constatera qu'apte à être titulaire de droits, ce groupement réunit toutes les conditions pour se voir reconnaître la qualité de sujet de droit sur le plan du droit positif.

b) Une seconde question peut se poser : celle de savoir comment déterminer la consistance du patrimoine du groupement «judiciairement» personnalisé, singulièrement là où «une condamnation ayant été prononcée contre l'association ou contre un dirigeant ès qualités, il s'agit de l'exécuter et où il est prétendu que les biens qu'on veut saisir appartiennent au dirigeant personnellement ou à un autre membre de l'association» (78).

triompher sur la théorie traditionnelle de la fiction, la théorie de la réalité de la personne morale. Ces exemples sont rares dans la jurisprudence judiciaire (voy. à cet égard, par ex. l'arrêt de cassation du 30/4/1853, *Pas.*, 1853, p. 287 qui eût pu marquer en Belgique l'avènement de la personnalité juridique des sociétés civiles. Sur cet arrêt voy. J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 145). Ils sont, en revanche, beaucoup plus nombreux dans la jurisprudence du Conseil d'État, sans cesse plus accueillant à l'action des groupements professionnels agissant en annulation d'actes portant atteinte à leurs prérogatives (voy. sur cette jurisprudence notre ouvrage, p. 176 et sq.).

(77) Ainsi qu'on l'a vu, même dans la conception légaliste, plusieurs auteurs admettent la personnalité juridique «implicite» là où des textes légaux accordent au groupement des droits et notamment le droit d'agir en justice (voy. *supra*, note 50 ; *adde* DEMBOUR, *Dr. adm.*, 1970, p. 69).

(78) P. ESMEIN, note sub. Poitiers 15 juin 1960, Dalloz, 1961, p. 114. Cet arrêt, faisant expressément application du principe consacré par l'arrêt de la Cour de cassation de France du 28/1/1954, considère qu'une association non déclarée (in casu la Fédération

Ce problème — qui ne surgit, du reste, réellement que là où l'action est mue au contentieux des droits subjectifs (79) — est assurément délicat. Il ne soulève cependant pas, à notre avis, un obstacle insurmontable. Outre les voies obliques permettant éventuellement au créancier d'obtenir satisfaction de manière indirecte (80), l'on doit, en effet, nous semble-t-il, reconnaître au bénéficiaire d'un jugement prononcé contre un groupement ou contre un organe de celui-ci, le droit de saisir, à son profit, non seulement toutes sommes mises en dépôt au nom de cette personne juridique (ainsi un compte en banque ouvert au nom du groupement ou au nom du dirigeant ès qualité), mais encore tout bien meuble ou immeuble acquis par un dirigeant de ce groupement agissant en cette qualité (81). Le patrimoine d'une personne morale aussi bien que cette personne morale elle-même sont, en effet, des réalités et il n'est point davantage admissible qu'un groupement puisse s'abriter, pour assurer son insolvabilité, derrière le «paravent» que constitueraient des personnes physiques qu'il n'est permis à une personne physique de se camoufler derrière une personne morale purement factice (82).

Sans doute des problèmes de preuve parfois difficiles pourront-ils, à cet égard, se poser. C'est une fois encore, au juge qu'il appartiendra de les

française d'escrime) est une personne juridique susceptible d'être assignée en responsabilité par la victime d'un accident survenu lors d'un tournoi.

(79) C'est assurément la raison pour laquelle la jurisprudence du Conseil d'État s'est engagée, beaucoup plus avant que les Cours et tribunaux dans une conception «réaliste» de la personne morale (voy. *supra*, note 76 et les renvois à notre ouvrage).

(80) Ainsi par une compensation, une saisie arrêt, une action subrogatoire (dans l'affaire soumise à la Cour de cassation et tranchée par elle dans son arrêt du 8/10/1971 précité — voy. *supra*, note 56 — il nous semble ainsi que l'on eût dû admettre l'exercice, par la compagnie d'assurance, de l'action subrogatoire).

(81) P. Esmein, note cit. p. 114 («une association non déclarée ne peut être, en son nom, propriétaire d'un immeuble ou titulaire de valeurs ni avoir un compte en banque. Cependant, si le directeur de l'association s'était fait ouvrir un compte en banque pour l'utiliser seulement en tant que directeur ou s'il avait acheté ou loué un immeuble en spécifiant qu'il le faisait pour le compte de l'association, il semble que, condamné ès qualité, il ne pourrait pas prétendre qu'il s'agit là de biens personnels lorsque l'exécution serait poursuivie sur ces biens»). Sur la pratique des banques et même des comptes chèques postaux d'accepter l'ouverture d'un compte au nom d'un dirigeant d'un groupement non «légalement» personnalisé, déclarant agir pour compte de celui-ci, voy. J. Patarin, Rapport aux Journées de Trieste (1969) de l'Association H. Capitant, *Les groupements ou organismes sans personnalité juridique* (p. 21) ; compar. 't Kint, *Les associations sans but lucratif*, p. 279, nº 625.

(82) Sur la tendance actuelle de rechercher la personne physique derrière le masque de personnes morales purement «factices» voy. les divers rapports reproduits dans *La personnalité morale et ses limites en droit comparé* (Paris, 1960).

résoudre en recherchant, par delà les apparences et les prête-noms, le véritable avoir du groupement personnalisé.

Il reste que ces problèmes — dussent-ils impliquer une certaine adaptation du droit des biens à la réalité de la personne morale — ne sauraient par eux-mêmes remettre en question le bien fondé théorique de nos conclusions. Ces problèmes et difficultés pratiques ne doivent, du reste, pas être excessivement grossis. N'est-ce point, en effet, précisément la nécessité (et l'utilité) ressentie de «débusquer» les groupements derrière le masque de leur prétendue inexistence juridique qui a conduit la jurisprudence française à leur reconnaître une capacité «passive» permettant à leurs créanciers de les assigner en la personne de leurs représentants ? (83)

3. — Faut-il ajouter que la conception réaliste de la personnalité juridique que nous défendons est assurément de nature à remettre en cause, dans une perspective nouvelle, le statut des organisations professionnelles. Au regard des attributions tant légales que règlementaires qui leur échoient (84) — et qui leur valent notamment de pouvoir agir en justice et d'affecter un élément de leur patrimoine à l'exécution de leurs obligations (85) — l'on ne peut plus, en effet, prétendre que ces entités seraient, en Belgique, des groupements «de fait» : il y va de personnes morales auxquelles la personnalité juridique ne peut plus être déniée. En l'absence de texte légal qui en limiterait formellement le contenu, cette personnalité conduit à reconnaître à ces groupements une capacité ne pouvant, à priori, être limitée aux droits et obligations qui expressément leur sont conférés (86). C'est dire que, sans préjudice d'immunisations (de responsabilité ou autre) pouvant leur être octroyées par une disposition légale particulière (87), rien n'empêche, selon nous, sur le plan des principes, de considérer et de traiter ces organisations professionnelles comme des personnes juridiques à part entière.

Université Catholique de Louvain

(83) Voy. sur ce point SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, pp. 266 et 267. Voy. aussi J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action* ..., pp. 186 et 187 (et les nombreuses références citées).

(84) Sur ces attributions voy. notamment J. PIRON et P. DENIS, *op. cit.*, p. 25 et sq.

(85) Art. 4 de la loi du 5/12/1968 sur les conventions collectives (sur le commentaire de cet article voy. notre ouvrage p. 106 et sq.).

(86) Sur le rejet de la conception qui voit dans les syndicats des personnes juridiques à capacité «restreinte» Voy. J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 221 et sq. (voy. aussi *supra*).

(87) Voy. ainsi l'article 4 al. 2 de la loi du 5/12/1968 sur les conventions collectives. Voy. aussi L. FRANÇOIS (*op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1968, pp. 63 et 64) qui relève, à juste titre, que la personnalité juridique est une chose et l'irresponsabilité une autre.

PRÉSOMPTIONS ET FICTIONS EN DROIT, ESSAI DE SYNTHÈSE (*)

par Ch. PERELMAN

Venant après tant d'exposés approfondis qui ont étudié les présomptions et les fictions en théorie générale du droit, dans différentes branches du droit et à propos de problèmes particuliers, mon propos consistera essentiellement en une réflexion méthodologique et philosophique prenant appui sur tout ce que nous ont apporté les communications et les discussions qui ont suivi. En effet, alors que les notions de présomption et de fiction sont reprises au sens commun, l'élaboration spécifique qu'elles ont subie en droit nous posera des problèmes fondamentaux concernant la place de la vérité en droit, le rôle de la preuve et de la qualification, la distinction entre la fiction et la fiction juridique, qui renvoie à la distinction corrélative entre la réalité et la réalité juridique, et de là aux rapports entre la science juridique, la doctrine et l'idéologie.

Notons, pour commencer, que la plupart des communications ont repris les définitions classiques des présomptions et de la fiction. Seul le professeur Wróblewski a tenté une reconstruction logique de la notion de présomption légale *juris tantum* définie comme une norme de comportement conditionnée par l'établissement d'un fait et l'absence d'une preuve contraire, quand il s'agit d'une présomption matérielle (par exemple la présomption de paternité) et uniquement par l'absence de preuve contraire, quand il s'agit d'une présomption formelle (par exemple la présomption d'innocence) (1). Cette analyse, fort intéressante, négligera aussi bien les présomptions de l'homme que les présomptions *juris et de jure*.

(*) Communication faite au C.N.R.L., le 12 janvier 1974.

(1) Cf. sa communication, *Structure et fonctions des présomptions juridiques*, ci-dessus, pp. 43-71.

En effet, les présomptions de l'homme, quelles que soient les précisions apportées par l'article 1353 du Code Civil, ne peuvent que reprendre la notion de présomption du sens commun : étant abandonnées «aux lumières et à la prudence du magistrat» et dépendant entièrement de son intime conviction, elles sont fondées sur des éléments de preuve, auxquels on pourra recourir chaque fois que la preuve testimoniale est admissible. Pratiquement, elles ne diffèrent en rien des présomptions de l'historien ou du détective, qui cherche à établir un fait inconnu à partir de simples indices. Celui qui a la charge de la preuve peut s'acquitter de sa mission en présentant un faisceau de présomptions qui seront «graves, précises et concordantes». Pourtant, comme l'a signalé P. Foriers, dans son excellente introduction, en se fondant sur des décisions de la Cour de Cassation de Belgique (2), «l'article 1353 n'exige pas la pluralité des présomptions ; mais prévoyant le cas où plusieurs faits ou indices seraient allégués, il exige pour lors leur concordance, sans mettre obstacle à l'invocation d'une présomption unique, lorsqu'elle a les caractères de gravité et de précision nécessaires». Notons que les présomptions de l'homme tendent à faire admettre certains *faits non qualifiés* : c'est la raison pour laquelle elles ne tombent pas sous le contrôle de la Cour de Cassation. Elles seront présentées par celui qui a la charge de la preuve et tendent à établir l'intime conviction du juge du fond.

Les présomptions légales, par contre, ne fournissent pas des éléments de preuve, mais dispensent de la preuve celui à qui elles profitent. En l'absence de preuve contraire, les présomptions *juris tantum* déterminent les effets juridiques d'une situation donnée : elles concerneront toujours des *faits qualifiés*. La présomption de paternité considère comme le père *légal* le mari de la mère de l'enfant. Le rôle de ces présomptions est de faciliter la tâche du juge ou de l'administrateur, de celui qui se trouve dans l'obligation de juger, de celui qui doit prendre une décision, alors que la preuve du fait est difficile à fournir. On voit que l'institution de la présomption légale *juris tantum* se justifie par des préoccupations de sécurité juridique. Mais créant une inégalité entre les parties, elle favorise nécessairement l'une d'entre elles au nom d'autres considérations et d'autres valeurs que la vérité ou la sécurité juridique. La présomption d'innocence protège l'individu contre la calomnie et les abus du pouvoir, la présomption de paternité protège l'ordre des familles et plus par-

(2) P. Foriers, *Présomptions et fictions*, ci-dessus, p. 10.

ticulièrement l'enfant conçu dans le mariage, la présomption de légalité de la chose décidée par l'administration facilite l'exercice de la fonction publique (3).

La présomption légale *juris tantum*, en admettant la preuve contraire, permet à la vérité de se faire jour, mais en tenant compte également d'autres valeurs que l'on ne veut pas négliger. Étant intimement liée au problème de la charge de la preuve, et à la possibilité de renverser cette charge, la présomption *juris tantum* différencie profondément le raisonnement juridique du raisonnement de l'historien, par exemple.

Quand il s'agit non de droit, mais de morale, des bruits incontrôlables suffisent pour porter atteinte à la réputation de quelqu'un : comme en morale tout le monde semble également compétent pour juger, il n'existe pas de procédure permettant d'acquitter ou de condamner moralement, et rien ne vient réglementer la charge de la preuve ; on voit, par antithèse, l'utilité des présomptions légales *juris tantum*, complément indispensable de la fonction judiciaire et de l'obligation de juger.

Le rôle des présomptions *juris et de jure* est fort différent : elles ne concernent pas la charge de la preuve d'un fait passé ; elles s'efforcent, au contraire, d'exercer une influence sur les événements futurs, de manière qu'ils se conforment le plus possible à la présomption établie.

Le rôle de la présomption *juris et de jure* est bien illustré par l'exemple cité par la professeur Rivero dans sa communication sur les fictions et les présomptions en droit public français (4). L'absence de réponse de l'administration, dans un délai de quatre mois, à une requête de l'administré, est considérée par la législation française comme une présomption *juris et de jure* du rejet de la demande, ce qui ouvre la voie à un appel contre cette décision. Si, avant l'instauration de cette présomption législative, l'absence de réponse pouvait être due à une négligence de l'administration, la présomption a eu pour effet d'obliger cette dernière à s'y conformer. Elle joue ainsi un rôle éducatif. De même les différentes présomptions de droit fiscal, qui ne se bornent pas à renverser la charge de la preuve au profit de l'administration, mais qui sont irréfragables, ont également pour effet de rapprocher la réalité de la règle qu'elles établissent. Conformément à l'article 188 du Code (belge) des Droits d'enregistrement « doit être considéré comme ayant acheté pour son propre compte et ne peut exciper de la qualité de mandataire ou de commissionnaire du vendeur, toute personne

(3) Cf. J. RIVERO, *Fictions et présomptions en droit public français*, ci-dessus, p. 108.
(4) Voir ci-dessus, p. 107.

qui négocie la vente d'un immeuble, lorsqu'il est établi que, dès avant la réalisation de cette vente, elle a payé ou s'est engagée à payer au propriétaire le prix ou toute somme à provenir de la vente». Il y a de grandes chances pour que l'agent immobilier, connaissant cette présomption, ne se mette pas dans les conditions qui rendraient les dispositions de cet article applicables à son cas et obligeraient à payer deux fois les droits d'enregistrement : il limitera réellement son rôle à celui de simple intermédiaire (5).

La règle «nul n'est censé ignorer la loi» établit-elle une présomption irréfragable ou une fiction contraire à la réalité ? C'est à une fiction qu'elle est assimilée par Me Bayart qui suggère de la traduire par la règle suivante : «sauf le cas d'ignorance invincible, la loi s'applique même à ceux qui l'ignorent» (6). Mais il y a deux raisons pour la traiter plutôt en présomption *juris et de jure*. La première est qu'elle a pour effet d'inviter les justiciables à s'informer du contenu de la loi. La deuxième est qu'elle *ne se caractérise pas* par une fausse qualification des faits : au contraire, quand la loi ne pouvait pas être connue faute de publication ou de diffusion (cas d'ignorance invincible), des exceptions à cette règle pourraient être admises, ce qui ne se conçoit pas s'il s'agissait d'une fiction (7). De même si l'adage *res judicata pro veritate habetur* avait été une fiction, on n'aurait pas pu admettre des voies de recours extraordinaires pour s'opposer à l'autorité de la chose jugée. Il ne suffit pas que la présomption *juris et de jure* affirme ce qui est faux pour qu'il s'agisse d'une fiction. Celle-ci, pour reprendre la définition de Henri Capitant, citée par P. Foriers, «est un procédé de technique juridique consistant à supposer un fait ou une situation différente de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques» (8).

Celui qui dit que tout le droit est une fiction, ou que le droit international public n'est que fiction, utilise cette notion dans un sens non juridique, comme quand on traite un roman d'aventures d'œuvre de fiction, car quelles conséquences juridiques résulteraient-elles d'une pareille assertion ?

(5) Cf. J. E. Krings, *Fictions et présomptions en droit fiscal*, ci-dessus p.164.

(6) A. Bayart, *Peut-on éliminer les fictions du discours juridique*, ci-dessus, p. 32.

(7) Cf. Ch. Huberlant, *La présomption de connaissance de la loi dans le raisonnement juridique*, ci-dessus, pp.187-228 ; G. Boland, *La publication des lois et arrêtés, condition du caractère obligatoire et du délai de recours en annulation : présomptions ou fictions ?*, ci-dessus, pp. 229-257.

(8) Cf. P. Foriers, ci-dessus, p. 16.

Quand le professeur Rivero considère que l'article 6 de la Déclaration française de 1789 («Tous les citoyens ont le droit de concourir à la formation de la loi soit personnellement soit par leurs représentants») affirme une fiction (9), celle-ci ne constitue une fiction *juridique* que si l'on pose comme règle de droit que toute loi doit être l'expression de la volonté, non des élus du peuple, mais du peuple lui-même. Si le système juridique ne reprend pas à son compte le principe fondamental de l'idéologie rousseauiste, le recours à la fiction devient superflu. L'article 25 de la Constitution belge («Tous les pouvoirs émanent de la nation. Ils sont exercés de la manière établie par la Constitution») nous dispense de recourir à une fiction pour établir le lien qui unit la nation à ceux qui exercent le pouvoir en son nom.

Cette remarque nous permet de préciser l'idée de fiction opposée à celle de réalité. Ceux qui parlent de nombres imaginaires, les opposent aux nombres réels, mais pour d'autres, pour qui tous les nombres sont des créations de l'esprit dépourvues de réalité, tous les nombres sont des entités imaginées. La fiction juridique s'opposera de même non à la réalité, comme telle, mais à la réalité juridique, quoique pour l'observateur extérieur la fiction juridique elle-même, en tant que procédé de technique juridique, puisse faire partie du droit, et donc d'une réalité juridique autrement définie.

Quand doit-on recourir à la fiction en droit ? Quand, pour l'une ou l'autre raison, les catégories et les techniques juridiques reconnues, celles qui font partie de la réalité juridique admise, ne fournissent pas de solution acceptable au problème de droit que l'on doit résoudre. Mais il suffit de modifier sur tel ou tel point la réalité juridique admise pour que le recours à la fiction devienne superflu pour résoudre tel problème particulier. Si selon le droit en vigueur, et conformément à la doctrine de la séparation des pouvoirs, les juges appliquent le droit, mais ne concourent pas à son élaboration, si l'on proclame que la loi est la seule source du droit et qu'un arrêt ne peut être cassé que pour violation de la loi, la Cour de Cassation sera de temps en temps obligée de motiver ses décisions en arguant fictivement que le jugement cassé a violé un article de la loi avec lequel il n'a qu'un rapport très éloigné. Il suffirait à la Cour de Cassation d'affirmer qu'elle peut casser un jugement qui viole une règle de droit pour qu'elle ne doive plus recourir à la fiction dans la motivation de ses arrêts (10). De

(9) Cf. J. RIVERO, ci-dessus, p. 104.

(10) Cf. P. FORIERS, ci-dessus, p. 25. Cf. aussi Ch. PERELMAN, *A propos de la règle de droit, réflexions de méthode*, dans *La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 314.

même, le recours à la fiction qui assimile l'étranger à un citoyen romain, pour pouvoir lui appliquer le *jus civile*, le droit romain, cesse d'être utile si, conformément à la réalité juridique, la loi romaine s'applique de plein droit aux étrangers. La fiction en droit rappelle les hypothèses auxiliaires que l'on doit inventer quand les théories physiques ne rendent pas suffisamment compte de la réalité, et dont on peut se passer quand on les remplace par des théories mieux adaptées à l'expérience. De même, en changeant de doctrine, en présentant autrement la réalité juridique, le recours à la fiction devient superflu. C'est ce qu'a bien indiqué Jean J. A. Salmon montrant comment la théorie de l'extraterritorialité, appliquée aux agents diplomatiques ou aux navires, oblige de recourir à des fictions, dont on peut se passer grâce aux théories de l'immunité diplomatique et du pavillon des navires (11).

Mais il y a des cas où le recours à la fiction résulte non d'une théorie inadéquate, mais de ce que l'application simultanée de deux règles à une même situation conduit à une antinomie que l'on ne peut résoudre autrement. Supposons que par le recours illégal à la force l'agresseur parvienne à s'annexer un État souverain ; deux solutions sont alors possibles : ou bien un État, refusant de s'incliner devant l'usage illégal de la force, maintient la fiction de l'indépendance de l'État annexé, en continuant à reconnaître ses représentants diplomatiques (cf. la situation des États baltes en Occident jusqu'aux années 1960) ou bien on niera fictivement l'illégalité de l'annexion (attitude des pays de l'Est de l'Europe à l'égard de ces mêmes États baltes). Chaque État choisira la fiction qui convient à sa politique, en niant même qu'il s'agit d'une fiction, qu'il fasse état d'une obligation juridique de ne pas reconnaître une situation illégale, ou qu'il nie qu'il s'agisse d'une situation illégale. Le même problème se pose quand il s'agit de reconnaître ou de ne pas reconnaître un gouvernement en exil. A ce propos on peut se demander quel est le rôle de la prescription en droit international public : s'il est normal que l'on continue à reconnaître un gouvernement, en exil depuis une semaine, doit-on continuer cette reconnaissance même si ce gouvernement n'exerce plus de pouvoir effectif depuis plus de trente ans ? Comme la réalité juridique, par rapport à laquelle on décrit la fiction juridique, résulte elle-même d'une prise de position idéologique, il est normal que, en l'absence d'un législateur international reconnu, des désaccords puissent subsister à ce sujet.

(11) Cf. Jean J. A. Salmon, *Le procédé de la fiction en droit international*, ci-dessus, p. 120.

Il se peut que ce qui constitue une fiction par rapport à la réalité politique ne le soit pas par rapport à la réalité juridique. Pour le professeur Salmon, «toutes les notions de droit international classique fondées sur les notions de liberté et d'égalité» sont bâties sur des fictions. Par exemple la liberté de contracter : «Quelle est la liberté de contracter», demande-t-il, «d'un État faible dominé économiquement ou militairement par un État puissant?» ([12]) Si l'on devait admettre qu'en l'absence d'égalité et de liberté ainsi comprises, les traités sont affectés d'un vice de consentement qui supprime dans le chef du contractant le plus faible l'obligation de le respecter — ce qui supprimerait par voie de conséquence l'obligation dans le chef de l'État le plus fort — on supprimerait du même coup la validité de la plupart des traités bilatéraux, et aussi d'un grand nombre de principes du droit international public, imposés à l'ensemble de la communauté internationale par les États les plus puissants. Une guerre victorieuse ne pourrait jamais se terminer par un traité en forme, car tout accord conclu dans de telles conditions devrait d'avance être considéré comme une fiction.

Peut-être le consentement du vaincu est-il contraire à la réalité politique, mais constitue-t-il une fiction en droit, dont on pourrait préciser les conséquences juridiques ? On ne peut, en l'occurrence, parler de fiction juridique, que si l'on indique la réalité juridique qui détermine les principes valables en droit international public. Ces principes seraient-ils l'expression d'un ordre idéalement juste, tout à fait indépendant de la puissance économique et militaire des États qui l'élaborent ? Nous nous trouverions devant une conception défendue traditionnellement par les protagonistes du droit naturel. Ce n'est qu'en le confrontant avec la réalité juridique constituée par un ordre idéal, conforme au droit naturel, que le droit international classique devient une fiction difficilement défendable. Mais présenter la réalité juridique de l'ordre public international comme entièrement indépendante des rapports de puissance, n'est-ce pas une utopie, basée sur une fiction qui identifierait le droit positif avec le droit naturel ?

Toute la controverse, longuement développée par MM. Silance et van Compernolle, concernant le caractère réel ou fictif des personnes morales ([13]), dépend essentiellement de l'idée que l'on se fait de la per-

(12) Cf. Jean J. A. SALMON, ci-dessus, p. 142.

(13) Cf. L. SILANCE, *La personnalité juridique, réalité ou fiction ?* ci-dessus, p. 314 et J. VAN COMPERNOLLE, *La personnalité juridique, fiction ou réalité*, ci-dessus, p. 334.

sonne comme réalité juridique. Si tout être humain possède la personnalité juridique, c'est par une fiction que l'on assimilera l'esclave à une chose, n'ayant ni droits ni obligations. Si, dans la réalité juridique romaine l'esclave est une chose, c'est grâce à une fiction qu'on lui accordera le droit d'ester en justice, quand sa liberté est en cause, ou qu'on lui permettra de disposer d'un pécule. La personnalité juridique est-elle liée à la conception ou à la naissance de l'enfant ? Le droit civil introduit une fiction qui assimile l'enfant conçu à un enfant déjà né, quand il s'agit de son intérêt ([14]). Mais cette fiction n'a pas été admise en droit pénal, où, normalement, on n'assimile pas l'avortement à un infanticide.

Faut-il accorder le droit d'ester en justice à des associations professionnelles qui n'ont pas de personnalité juridique ? Le fait que la sociologie reconnaît une certaine réalité à des groupements de toute espèce est-il une raison déterminante pour qu'on leur reconnaisse une personnalité juridique, même s'ils s'y refusent ? Des groupement professionnels pourraient-ils la revendiquer quand cela leur est utile et la refuser quand cela leur est préjudiciable ? Cette personnalité à éclipses, analogue à celle du foetus, aurait tous les caractères d'une fiction juridique. Faut-il suivre, sur ce point, la jurisprudence belge qui n'accorde qu'au législateur le droit d'imposer des fictions juridiques ? Faut-il, au contraire, suivre la jurisprudence française qui attribue aux tribunaux le droit de reconnaître la personnalité juridique à certains groupements bien constitués ? Il semble difficile de fournir, à cette question, une réponse scientifique. Car les sciences ont pour objet l'étude d'une réalité, et non pas sa constitution. La doctrine peut préconiser des solutions juridiques, mais n'a aucune autorité pour l'imposer : elle ne détermine pas la réalité juridique, mais peut orienter la législation ou la jurisprudence vers l'acceptation de ses thèses, ce qui peut avoir pour effet de transformer la réalité juridique et les fictions juridiques corrélatives.

M. Krings a excellement montré comment le recours à certaines théories, comme celle de la *transparence* — qui permet de ne taxer qu'une seule fois des dividences perçus par les fonds communs de placement et que ceux-ci distribuent à leur tour aux porteurs de certificat — permet de mieux cerner la réalité économique, ce qui n'empêche que la solution trouvée recourt à une fiction juridique indéniable ([15]).

(14) Cf. L. SILANCE, ci-dessus, p. 282.
(15) Cf. J. E. KRINGS, ci-dessus, p. 177.

Faut-il considérer comme des fictions toutes les dispositions juridiques qui traitent d'une façon uniforme, parfois contraire à la réalité, certains objets, telle la règle, analysée par M^me^ Weser, qui soumet la succession mobilière à la loi du domicile du défunt ? ([16]). Pour qu'il y ait fiction, il faut que la disposition déforme sciemment la réalité juridique. Si l'on pose une règle qui ne déforme pas explicitement l'état des choses effectif, il n'y a nullement fiction : ce sera à la rigueur une présomption *juris et de jure*, mais le plus souvent une simple assimilation de certaines situations à d'autres analogues ([17]).

C'est justement à la différence entre la fiction et le raisonnement par analogie qu'est consacré, en grande partie, l'exposé du professeur Delgado Ocando ([18]), selon lequel, contrairement à l'analogie, la fiction implique une différence de *nature* entre les cas assimilés l'un à l'autre. Je dirais personnellement que la fiction nie la différence, alors que le raisonnement par analogie insiste sur l'identité, non de la nature des objets, mais de la *ratio legis*, qui serait la même dans les deux situations, alors que les objets auxquels on l'applique seraient, par nature, différents.

Terminons enfin par certains exemples de fiction jurisprudentielle, et pour commencer, par le curieux problème que pose la présomption de constitutionnalité de la loi et du décret en droit belge ([19]).

Le but de cette présomption qui serait, dans l'état actuel de la jurisprudence, *juris et de jure*, est de permettre une interprétation de la loi ou du décret, de façon à les rendre compatibles avec les dispositions de la Constitution, à laquelle ils sont présumés se conformer. L'exception d'incompétence suffit pour empêcher le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, mais la présomption de conformité a été imaginée pour autoriser une interprétation de la loi contraire à la lettre. Ceci permet à M. Vanwelkenhuyzen de prétendre que la présomption de constitutionnalité n'est qu'une fiction, car elle n'est invoquée que dans les cas où la lettre de la loi semble violer une disposition constitutionnelle. Devant l'impossibilité où elle se trouve, en conformité avec la doctrine de la séparation des pouvoirs, de casser une loi inconstitutionnelle, la Cour se donne, grâce à la fiction, le droit de réinterpréter le texte de la loi, pour

(16) M. WESER, *Présomptions et fictions en droit international privé*, ci-dessus, p. 146.

(17) Cf. à ce propos, les remarques judicieuses de J. E. KRINGS, ci-dessus, p. 185

(18) Cf. J. M. DELGADO-OCANDO, *La fiction juridique dans le Code civil vénézuélien avec quelques références à la législation comparée*, ci-dessus, p. 81.

(19) Cf. A. VANWELKENHUYZEN, *La présomption de constitutionnalité de la loi et du décret en droit belge*, ci-dessus, p. 263.

rendre celle-ci compatible avec la loi suprême du pays. C'est un pis-aller qui disparaîtrait de son arsenal argumentatif le jour, peut-être pas trop lointain, où la présomption de constitutionnalité des lois serait *juris tantum*, et admettrait la preuve contraire.

Les fictions jurisprudentielles, qui ne sont ni erreur ni tromperie mais des procédés de technique judiciaire, sont utilisées parfois par des juges qui se refusent d'appliquer une disposition législative, parce qu'ils la trouvent inique ou déraisonnable, et qui n'ont pas le pouvoir légal de modifier le texte de la loi.

L'exemple le plus flagrant d'une telle fiction a été l'attitude des juges anglais devant une loi pénale de la fin du XVIII[e] siècle, qui condamnait obligatoirement à la peine de mort tous les coupables de *grand larceny*. Cette loi qualifiait, entre autres, de *grand larceny*, tout vol d'une valeur de deux livres au moins. Régulièrement, et pendant des années, les juges anglais ont estimé à 39 shillings tout vol, quelle que soit son importance véritable. Le comble de la fiction a été réalisé le jour où un tribunal, en 1808, a estimé à 39 shillings un vol de 10 livres anglaises ([20]). Ne pouvant modifier, explicitement, le texte d'une loi inadmissible, le juge modifie sa portée par une qualification fictive.

Le problème de la fiction juridique renvoie, pour sa compréhension, à celui de la réalité juridique, dont elle prend le contre-pied. Qui détermine cette réalité ? Est-ce le législateur, la jurisprudence, la doctrine, le droit naturel ? Selon la réponse que l'on donnera à cette question, l'on attribuera un autre rôle à la fiction, et on appréciera différemment le recours à celle-ci. Celui qui peut modifier, quand il le juge utile, la réalité juridique, n'aurait, en principe, nul besoin de la fiction. Mais c'est quand cette modification n'est pas possible, ou n'est guère souhaitable, ou ne peut pas se faire de façon rétroactive, que le recours à la fiction devient le dernier moyen du juge, qui ne peut pas s'accommoder de la loi pour des raisons intellectuelles ou morales.

Université Libre de Bruxelles.

(20) Cf. G. GOTTLIEB, *The Logic of Choice*, London, 1968, p. 44.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE

LISTE DES COLLABORATEURS

BAYART (André) Avocat à la Cour de Cassation	Avenue Messidor, 202 1180 Bruxelles
BOLAND (Georges) Premier auditeur au Conseil d'Etat	Avenue des Citrinelles, 84 1160 Bruxelles
DELGADO-OCANDO (José Manuel) Professeur à l'Université du Zulia	P. O. B. 526 Maracaibo (Venezuela)
FORIERS (Paul) Avocat à la Cour d'Appel Recteur de l'Université Libre de Bruxelles	Rue P. E. Janson, 15 1050 Bruxelles
HUBERLANT (Charles) Premier Auditeur au Conseil d'État Chargé de cours extraordinaire à l'Université Catholique de Louvain	Rue d'Oultremont, 1 1040 Bruxelles
KRINGS (Jules) Avocat Général à la Cour de Cassation Professeur à la Vrije Universiteit Brussel	Rue Copernic, 17 1180 Bruxelles
PERELMAN (Chaïm) Professeur à l'Université Libre de Bruxelles	Rue de la Pêcherie, 32 1180 Bruxelles
RIVERO (Jean) Professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris	Rue de l'Université, 150 75007 Paris
SALMON (Jean J. A.) Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles	Clos du Rouge Cloître, 3 1310 La Hulpe (Belgique)
SILANCE (Luc) Chargé de Cours à l'Université Libre de Bruxelles	Avenue Delleur, 29 1170 Bruxelles
VAN COMPERNOLLE (Jacques) Chargé de cours à l'Université Catholique de Louvain	Avenue Fr. Roosevelt, 10 1050 Bruxelles

VANWELKENHUYZEN (André)
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles
Avenue Chant d'Oiseau, 61
1150 Bruxelles

WESER (Marthe)
Professeur extraordinaire à la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles
Rue Defacqz, 109
1050 Bruxelles

WRÓBLEWSKI (Jerzy)
Professeur à l'Université de Łódż
Al. Kościuszki, 46 m. 9
Łódż I (Pologne)

TABLE DES MATIÈRES

Ch. P. Avant-propos 5

P. FORIERS, *Présomptions et fictions* 7

A. BAYART, *Peut-on éliminer les fictions du discours juridique?* .. 27

J. WRÓBLEWSKI, *Structure et fonctions des présomptions juridiques* 43

J. M. DELGADO-OCANDO, *La fiction juridique dans le code civil vénézuélien avec quelques références à la législation comparée* 72

J. RIVERO, *Fictions et présomptions en droit public français* 101

J. J. A. SALMON, *Le procédé de la fiction en droit international*.. 114

M. WESER, *Présomptions et fictions en droit international privé* .. 144

J. E. KRINGS, *Fictions et présomptions en droit fiscal* 162

Ch. HUBERLANT, *La présomption de connaissance de la loi dans le raisonnement juridique* 186

G. BOLAND, *La publication des lois et arrêtés, condition du caractère obligatoire et du délai de recours en annulation : présomptions ou fictions?* 229

A. VANWELKENHUYZEN, *La présomption de constitutionnalité de la loi et du décret en droit belge* 259

L. SILANCE, *La personnalité juridique : réalité ou fiction?* 278

J. VAN COMPERNOLLE, *La personnalité morale : fiction ou réalité?*.. 318

Ch. PERELMAN, *Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse* 339

Liste des collaborateurs 349

BIBLIOTHÈQUE ROYALE
B.J.

D/1974/0023/15

Etudes de logique juridique — publiées par Ch. Perelman.

Volume IV. Le raisonnement juridique et la logique déontique. Actes du Colloque de Bruxelles 22-23 décembre 1969, 1970, 272 p. Prix : 419 francs.

G. KALINOWSKI, Le raisonnement juridique et la logique juridique. — A. GIULIANI, Nouvelle rhétorique et logique du langage normatif. — O. WEINBERGER, Normenlogik anwendbar im Recht. — Z. ZIEMBIŃSKI, Conditions préliminaires de l'application de la logique déontique dans les raisonnements juridiques. — J. WRÓBLEWSKI, Statements on the Relation of Conduct and Norm. — K. OPAŁEK, On the Logical-Semantic Structure of Directives. — E. SOSA, On Practical Inference with an Excursus on Theoretical Inference. — A. R. ANDERSON, The Logic of Hohfeldian Propositions. — O. WEINBERGER, Allocution de clôture.

Etudes de logique juridique — publiées par Ch. Perelman.

Volume V, 1973, 296 p. Prix : 424 francs.

L. HUSSON, L'infrastructure du raisonnement juridique. — C. VARGA, On the socially determined nature of legal reasoning. — J. MIEDZIANAGORA, Droit positif et idéologie. — H. Ph. VISSER 'T HOOFT, Causalité et sens commun : esquisse d'une analyse conceptuelle. — O. WEINBERGER, Der Erlaubnisbegriff und der Aufbau der Normenlogik. — J.-L. GARDIES, Logique déontique et théorie générale des fonctions complétives. — K. OPALEK, Directives, optatives, and value statements. — L. W. ROSDORFF, Hohfeld's theory of fundamental legal concepts : a no-revision. — A. SOETEMAN, Some remarks about two famous paradoxes of deontic logic.

TRAVAUX DU CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT DE L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

L'Egalité. Volume I — Etudes publiées par Henri Buch, Paul Foriers et Ch. Perelman — 1971, 360 p. Prix : 562 francs.

L'Egalité. Volume II — Egalité et Justice dans l'Utilitarisme. Bentham, J. S. Mill, H. Sidgwick, par Evelyne Griffin-Collart — 1974, 380 p. Prix : 572 francs.

Le raisonnement juridique. Actes du Congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale. Bruxelles, 30 août-3 septembre 1971. Publiés par Hubert HUBIEN, chargé de recherches au F.N.R.S. 1971, 602 p. Prix : 885 francs.

I. Le raisonnement juridique : état général de la question.
II. Le raisonnement juridique dans l'histoire.
III. La justification de la décision en droit.
IV. La place du raisonnement juridique par rapport aux autres types de raisonnement théorique et pratique.

TABLE DES MATIÈRES

Ch. P. Avant-propos 5

P. Foriers, *Présomptions et fictions* 7

A. Bayart, *Peut-on éliminer les fictions du discours juridique?* .. 27

J. Wróblewski, *Structure et fonctions des présomptions juridiques* 43

J. M. Delgado-Ocando, *La fiction juridique dans le code civil vénézuélien avec quelques références à la législation comparée* 72

J. Rivero, *Fictions et présomptions en droit public français* 101

J. J. A. Salmon, *Le procédé de la fiction en droit international*.. 114

M. Weser, *Présomptions et fictions en droit international privé* .. 144

J. E. Krings, *Fictions et présomptions en droit fiscal* 162

Ch. Huberlant, *La présomption de connaissance de la loi dans le raisonnement juridique* 186

G. Boland, *La publication des lois et arrêtés, condition du caractère obligatoire et du délai de recours en annulation : présomptions ou fictions?* 229

A. Vanwelkenhuyzen, *La présomption de constitutionnalité de la loi et du décret en droit belge* 259

L. Silance, *La personnalité juridique : réalité ou fiction?* 278

J. van Compernolle, *La personnalité morale : fiction ou réalité?*.. 318

Ch. Perelman, *Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse* 339

Liste des collaborateurs 349

BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE

3 7502 00858424 7