

Les fictions en droit*

Christine Biquet**

— (SOMMAIRE) —

I. Les fictions entendues largement

II. Les fictions juridiques

1.-Selon le Professeur et Juge Jean-Louis Baudouin : «Le droit vit de fictions qui s'opposent au réel, officialise le mensonge et fabrique délibérément l'erreur».1)

Mais quelles sont ces fictions qui alimentent le droit? Que recouvre cette notion?

Il est **deux manières définir la fiction en droit**. La première consiste à la définir à partir du sens commun du mot fiction. La seconde consiste à la définir à partir du sens que reçoit ce mot dans le vocabulaire juridique.

Le sens commun du mot fiction désigne, selon le dictionnaire Larousse, une «*création de l'imagination ; ce qui est du domaine de l'imaginaire, de l'irréel*».2)

* C'est un immense honneur d'avoir été invitée ici à la prestigieuse Université de Hanyang dans le cadre de la Chaire de droit continental. J'adresse mes plus vifs remerciements au Professeur Soo-Gon PARK (Kyung Hee University), responsable de la Chaire de droit continental, au Professeur Hyo Soon NAM (Seoul National University), Président de l'Association Henri Capitant coréenne, au Professeur Joon-Hyong LEE (Hanyang University) ainsi qu'au Professeur Sool NAMKOONG (Gyeongsang National University), chargé de la délicate tâche de la traduction. Je les remercie, ainsi que leurs collaborateurs, pour leur chaleureux accueil et le temps précieux qu'ils ont aimablement consacré à la parfaite organisation de cette conférence, placée sous l'égide de la Fondation pour le droit continental et du Centre légal de Corée. C'est également un grand défi que je relève en toute humilité tant le sujet qui m'est imparti est vaste et délicat à cerner.

** Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Liège, Belgique

1) J.-L. BAUDOUIN, «Rapport général sur le thème : La vérité dans le droit des personnes-Aspects nouveaux», in *La vérité et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant 1987, t. 38, Paris, Economica, 1989, p. 22.

s'oppose ainsi au réel. Partant de cette définition, on pourrait être tenté de définir la fiction en droit comme tout écart entre le droit et la réalité, entre la vérité en droit et la vérité en fait. Dans cette définition très large, il y aurait fiction juridique chaque fois que le droit nie ou déforme le réel. Ainsi, si l'on s'en tient aux textes de notre Code civil, un enfant né d'une relation incestueuse ne peut pas avoir de père sur le plan juridique, alors que biologiquement il a un père.

Dans le vocabulaire juridique, la notion de fiction reçoit toutefois une définition plus étroite. On peut se référer au célèbre *Vocabulaire juridique* publié sous la direction du Professeur Gérard Cornu et de l'Association Henri Capitant. La fiction y est définie comme un «*artifice de technique juridique (en principe réservé au législateur souverain), 'mensonge de la loi' (et bienfait de celle-ci) consistant à 'faire comme si', à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit*».³⁾ Ainsi, l'enfant simplement conçu est considéré comme étant déjà né en vue de bénéficier de certains droits, notamment celui d'hériter. Il en résulte que «*le législateur met sciemment le faux à la place du vrai*»⁴⁾ en vue de produire un effet de droit.

Pour les besoins de l'exposé, nous retiendrons ces deux définitions de la fiction en droit, l'une que nous qualifierons de large induite à partir du sens commun du mot fiction, l'autre, que nous qualifierons de technique, reçue dans le vocabulaire juridique.

Dans l'une comme dans l'autre de ces définitions, la notion de fiction juridique, comme d'ailleurs l'identification des situations qui permettent de l'illustrer, est **source de discussions**. Cela se comprend dès lors que la notion de fiction implique une négation-ou, à tout le moins dans le sens large-une déformation de la réalité par le droit. Or, **il n'y a pas concept plus difficile à saisir que la réalité ou la vérité**. La réalité peut être plurielle selon l'angle sous lequel on se place. Elle peut dépendre des représentations que l'on s'en fait, lesquelles évoluent avec le temps. Il en découle une relativité dans l'appréhension de l'idée de fiction.

Quant au droit lui-même, sans entrer dans le débat entre positivisme et jusnaturalisme, il ne peut être nié qu'il est le résultat d'une construction, à tout le moins technique, avec ses concepts, ses classifications et ses règles. Or, il arrive que le droit se contredise et crée

2) <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/fiction>.

3) G. Cornu (sous la direction de) et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 6^{me} éd., Paris, Quadriga, Presses Universitaires de France, 2004, p. 402.

4) P. Delnoy, *Éléments de méthodologie juridique*, 3^{me} éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 273, n° 77.

des fictions en son sein même.

De là, il découle que les fictions peuvent consister tantôt dans un écart entre le droit et la réalité extérieure qu'il entend régler, tantôt dans une contradiction au sein même du système juridique. Dans l'un comme dans l'autre cas, les fictions sont sources de discussions, la réalité des choses comme la réalité juridique étant souvent délicates à appréhender et sujettes à évolution.

Notre exposé se divisera en deux parties. Dans un premier temps, nous émettrons plusieurs considérations en lien avec le concept de fiction entendu largement. Dans un second temps, nous envisagerons plusieurs mécanismes juridiques parmi les plus souvent cités pour illustrer la notion de fiction au sens technique du terme.

I . Les fictions entendues largement

2.-Abordons immédiatement la première partie consacrée aux fictions entendues largement. Nous situerons d'abord le concept de fiction par rapport au concept de présomption légale (1). Nous observerons ensuite qu'il arrive que la fiction soit le résultat d'un détour de langage (2), en particulier lorsqu'il s'agit d'exprimer l'autorité du droit lui-même (3). Nous illustrerons alors, au travers de la matière de la filiation, la difficulté d'appréhender la réalité souvent plurielle ainsi que la nécessité pour la loi d'opérer des choix politiques (4). Nous observerons aussi que la souveraineté du législateur est aujourd'hui tempérée par l'essor des droits fondamentaux (5).

1. Fiction et présomption légale

3.-La notion technique de fiction, telle qu'elle est reçue dans le vocabulaire juridique, se distingue de la notion de présomption légale. Lorsqu'il énonce une fiction, le législateur met sciemment le faux à la place du vrai tandis que lorsqu'il énonce une présomption, le législateur demeure dans la ligne du vrai.⁵⁾

Ainsi, il y a fiction lorsque le législateur décide que l'enfant simplement conçu doit être considéré comme déjà né lorsqu'il y va de son intérêt (selon l'adage «*Infans conceptus pro*

5) Voy. J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruylant, Bruxelles, Sirey, Paris, 1935, p. 275.

nato habetur quoties de commodis ejus agitur»). Il s'agit de faire bénéficier l'enfant simplement conçu de certains droits, notamment celui d'hériter. Le législateur décide ainsi que l'enfant simplement conçu doit être considéré comme déjà né alors que tel n'est pas le cas. Par là, le législateur feint de croire que l'enfant est déjà né.

A l'inverse, lorsqu'il édicte la présomption que le père est le mari de la mère, le législateur se fonde sur des probabilités, sur une vraisemblance. Très souvent, en effet, lorsqu'une femme mariée met un enfant au monde, elle a conçu cet enfant avec son mari et non avec un autre homme. Envisagée au regard de la généralité des cas, la présomption, même irréfragable, est dans la ligne de la réalité. C'est la raison pour laquelle elle se distingue, enseigne-t-on, de la fiction.

Toutefois, lorsque le législateur ne permet pas de renverser la présomption alors qu'il est patent que, dans un cas donné, elle n'est pas conforme à la réalité, la présomption apparaît comme une fiction. La présomption apparaîtra d'autant plus comme une fiction, lorsque c'est sciemment que le législateur fait obstacle à la preuve contraire. Aussi bien, dans une conception large de la notion de fiction, on peut ranger sous la notion de fiction les présomptions qui sont démenties par les faits sans que la preuve puisse en être apportée.⁶⁾ Il en va ainsi des présomptions irréfragables, pour lesquelles le législateur n'admet jamais la preuve contraire, comme aussi des présomptions réfragables pour lesquelles le législateur réduit à dessein la possibilité de fournir la preuve contraire. Lorsqu'il n'est pas permis de prouver contre la présomption alors qu'il est patent qu'elle n'est pas conforme à la réalité, la présomption est constitutive d'une fiction au sens large.

2. Fiction et détours de langage

4.-Il arrive que des règles de fond soient exprimées par le détour d'une fiction ou d'une présomption alors qu'elles auraient pu être exprimées directement comme telles.

Tel est le cas de la clause «réputée non écrite» alors qu'il aurait suffi de la déclarer «nulle». Tel est le cas de la condition «réputée accomplie» alors que la sanction aurait pu être exprimée sous la forme d'une déchéance. Tel est le cas de la présomption d'interposition de personne en matière de libéralités alors que la règle aurait pu être exprimée sous la forme d'une incapacité de recevoir. Tel est le cas de la règle que «nul

6) Voy. L. BERGEL, « Le rôle des fictions dans le système juridique », *Revue de droit de McGill*, 1988, p. 362, n° 4.

n'est censé ignorer la loi» alors qu'il aurait suffi d'énoncer que l'ignorance de la loi ne fait pas obstacle à son application. Tel est encore le cas de la «vérité» de la chose jugée alors qu'il suffit de parler en termes d'«autorité» de chose jugée.

L'énoncé de la règle par un détour de langage peut poursuivre différents objectifs. Tantôt il s'agit de faire comprendre par une métaphore le résultat de la règle elle-même. Tantôt il s'agit d'exprimer la raison d'être de la règle en même temps que la règle elle-même. Tantôt encore il s'agit de fonder l'autorité du droit.

5.-Le détour de langage peut tout d'abord consister dans une métaphore pour mieux faire comprendre l'effet de la règle. Il ne s'agit pas d'expliquer la raison d'être de la règle mais le résultat auquel elle aboutit.

Tel est le cas chaque fois que la loi «répute» une clause «non écrite» au sein (d'un acte juridique unilatéral ou) d'un contrat. Par là, le législateur indique que la clause est «nulle» ou, plus simplement, pour reprendre l'expression du législateur européen en matière de clauses abusives, que la clause «ne lie pas» et n'a dès lors aucune force obligatoire.⁷⁾

Tel est encore le cas de la condition suspensive que le Code civil «répute accomplie» lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché la réalisation (art. 1178 C. civ.). Ainsi, la condition suspensive d'obtention d'un crédit est généralement prévue en faveur de l'acheteur dans le cas de la vente d'un immeuble. Si l'acheteur s'abstient de solliciter le crédit ou de communiquer les renseignements sollicités par la banque de sorte que le crédit lui est finalement refusé, c'est lui qui a empêché la réalisation de la condition. Aussi bien, la condition sera réputée accomplie, c'est-à-dire que la vente sera pure et simple comme si la condition s'était réalisée, en l'occurrence, comme s'il avait obtenu son crédit. La sanction est en réalité une déchéance qui consiste dans la perte du bénéfice de la condition. Le texte aurait dès lors pu être rédigé comme suit : «Le débiteur, obligé sous condition, est déchu du droit de se prévaloir de la défaillance de la condition lorsqu'il en a empêché l'accomplissement».⁸⁾ Le recours à la fiction de la condition réputée accomplie

7) Au sujet des distinctions que peuvent recouvrir ces différentes notions (clause nulle, clause qui ne lie pas, clause réputée non écrite), voy. not. P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générales des contrats*, Larcier, 2010, p. 327, n° 333 et s.

8) Comp. ISSA-SAYEGH, *Les Fictions en droit privé*, Thèse de doctorat soutenue en 1968 à l'Université de Dakar, p. 90, n° 207, qui propose de réécrire l'article 1178 C. civ. comme suit : «Si le débiteur a empêché la réalisation de la condition, il sera néanmoins tenu des obligations auxquelles il avait consenti sous cette condition» ; cet ouvrage est disponible sous le lien : www.sist.sn/gsd/collect/butravau/archives/HASHb119.dir/THD-15.pdf.

permet simplement d'illustrer par une métaphore l'effet de la sanction : le débiteur est tenu comme si la condition s'était réalisée. La fiction a là une valeur pédagogique pour faire comprendre le résultat de la règle.

Il arrive que la doctrine recoure elle aussi à ce type de fictions à vertu pédagogique. Ainsi, en va-t-il de l'idée fictive de la continuation de la personne du défunt par ses héritiers qui permet d'illustrer par une métaphore la règle selon laquelle les héritiers (à vocation universelle) succèdent en principe à tout le patrimoine du défunt en ce compris à ses dettes (même au-delà de l'actif de la succession).

6.-Dans d'autres hypothèses, **l'énoncé de la règle par un détour de langage permet d'exprimer la raison d'être de la règle.** Le détour par la présomption irréfragable permet d'exprimer le fondement de la règle en même tant que la règle elle-même.

On songe à la présomption d'interposition de personne qui complète les règles que le Code civil édicte en matière d'incapacité de recevoir. Le médecin est incapable de recevoir la donation que le patient, finalement décédé, lui a faite durant sa dernière maladie (art. 909). Une telle donation est également nulle si les parties ont eu recours à une simulation par interposition de personne, en faisant intervenir un proche du médecin à la place du médecin lui-même. L'héritier qui entend faire annuler la donation faite à un proche du médecin doit alors prouver l'interposition de personne ; il doit ainsi prouver que, dans l'intention de toutes les parties, la donation était en réalité destinée au médecin. Une telle preuve n'est guère aisée. Aussi bien, pour faciliter la tâche de l'héritier, le Code civil présume qu'il y a interposition de personne chaque fois que le patient a fait la donation au conjoint du médecin ou aux père, mère, enfants ou autres descendants du médecin (art. 911). Cette présomption a pendant longtemps été irréfragable en France;⁹⁾ elle est toujours irréfragable en Belgique. En raison de son caractère irréfragable, il n'est pas permis de l'écarter en prouvant que le patient avait réellement l'intention de gratifier le proche du médecin et non le médecin lui-même. La règle aurait en conséquence pu être formulée directement, en déclarant les conjoint, père, mère, enfants et autres descendants du médecin incapables de recevoir.¹⁰⁾

9) Voy. l'article 911 du Code civil français, tel qu'il a été modifié par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités ; à cette occasion, la présomption d'interposition de personne est devenue réfragable.

10) G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 13, n° 3.2.

Mais, quelle que soit la forme, directe ou indirecte, sous laquelle la règle est exprimée, demeure la question de l'opportunité du choix politique qu'elle renferme, à savoir en l'occurrence qu'il n'est jamais permis aux conjoint, père, mère, enfants et autres descendants du médecin d'échapper à l'incapacité de recevoir, même quand il serait prouvé qu'il n'y a pas eu volonté de gratifier le médecin lui-même. Aussi bien, même lorsque la règle est exprimée directement, sans détour de langage, la fiction resurgit chaque fois qu'il y a inadéquation entre la raison d'être de la règle et sa portée absolue.

Il convient d'observer que c'est précisément en raison de pareille inadéquation que le législateur français a supprimé le caractère irréfugable de la présomption d'interposition de personne pour ne plus lui imprimer aujourd'hui qu'un caractère seulement réfragable.

3. La fiction : fondement de l'autorité du droit?

7.-Plus fondamentalement, il est recouru à la fiction pour asseoir l'autorité du droit en ses deux composantes que sont la loi et la décision de justice. En témoignent les maximes : «Nul n'est censé ignorer la loi» et «Ce qui a été jugé doit être tenu pour la vérité», fictions qui ont pu être qualifiées de «vertigineuses». ¹¹⁾

La maxime «Nul n'est censé ignorer la loi» («*Nemo censetur ignorare jus*»), en même temps qu'elle prétend la justifier, énonce en réalité la règle qu'il est interdit de se prévaloir de son ignorance de la loi pour échapper à son application. Or, il ne peut pas être sérieusement prétendu aujourd'hui que tout citoyen connaisse la loi, même dans la sphère limitée de ses domaines de vie et d'activités. Les lois émanent de différents niveaux de pouvoir, elles se multiplient, se font et se défont à une vitesse vertigineuse, leur lisibilité et leur articulation sont chaque jour plus délicates même pour les juristes les plus avertis. Aussi bien, en ce qu'elle repose sur une fiction, la prétendue connaissance des lois est impuissante à justifier leur application à ceux qui les ignorent.

L'application des lois même à ceux qui les ignorent se justifie pourtant par la nécessité de préserver l'autorité de la loi. En effet, s'il suffisait d'invoquer son ignorance pour échapper à la loi, le fonctionnement du système juridique serait compromis. Cela étant, le désordre législatif qui règne actuellement risque, si l'on n'y prend garde, de mener à l'implosion du système.

11) O. CAYLA, « Le jeu de la fiction entre 'comme ci' et 'comme ça' », *La fiction, Droits-Revue française de théorie juridique*, n° 21, P.U.F., 1995, p. 11.

Une nuance a été admise en droit pénal, en ce sens que l'ignorance invincible de la loi constitue une cause de justification de nature à écarter la culpabilité. Le caractère invincible de l'ignorance, qui découle généralement du fait d'avoir été induit en erreur par une administration publique, est strictement apprécié par les tribunaux : il convient de vérifier si tout homme raisonnable et prudent placé dans les mêmes circonstances n'aurait pas dû s'apercevoir de l'erreur de l'administration.

En matière contractuelle, il est par ailleurs admis que le consentement puisse être vicié en raison d'une erreur de droit. En ce cas, il s'agit uniquement d'obtenir l'annulation d'un contrat ; il ne s'agit pas d'échapper à l'application de la loi que l'on ignorait. La maxime « Nul n'est censé ignorer la loi » n'a donc pas lieu de s'appliquer.

8.-La maxime : « Ce qui a été jugé doit être tenu pour la vérité » (« *Res judicata pro veritate habetur* ») exprime la règle de l'autorité de la chose jugée. Sous réserve des voies de recours, il est interdit de remettre en question devant les tribunaux ce qui a été précédemment jugé par eux. En classant la règle de l'autorité de la chose jugée parmi les présomptions (art. 1351 C. civ.), les auteurs du Code civil ont entendu la justifier par la présomption irréfragable de vérité qui s'attache à toute décision de justice.¹²⁾

Il arrive toutefois que des juges n'apprécient pas correctement les faits qui leur sont soumis ; il arrive aussi que des juges se trompent sur le choix ou l'interprétation de la règle de droit à appliquer. Lorsque tel est effectivement le cas, la présomption de vérité qui s'attache à la décision est une fiction, partant impuissante à justifier l'interdiction pour le justiciable d'invoquer l'erreur qui entache le jugement qu'on lui oppose. La vérité de la chose jugée peut tout au plus être considérée comme une métaphore permettant de faire comprendre le résultat de la règle, à savoir qu'à l'image de la vérité si on peut la découvrir, le jugement est incontestable. Mais, en ce qu'elle constitue une fiction, elle ne permet pas de justifier la raison d'être de la règle.

L'interdiction de contester les décisions de justice autrement que par les voies de recours se justifie pourtant par la nécessité d'éviter des procès à répétition. L'instance étant épuisée, il convient d'assurer la stabilité des rapports juridique et la paix sociale. Il y va d'une saine administration de la justice et partant du bon fonctionnement du système juridique. La conciliation de l'intérêt général ainsi décrit et des intérêts particuliers des

12) R. PERROT et N. Fricéro, « Autorité de la chose jugée au civil sur le civil », in *JurisClasseur Code Civil*, Art. 1349 à 1353, Fasc. 20, août 2010, n° 3.

justiciables doit être recherchée au travers d'un système équilibré de voies de recours comme aussi en amont par le recrutement de juges de haut niveau, appelés à œuvrer dans un cadre qui assure tout à la fois la rapidité de la justice et de la qualité des jugements rendus.

4. Réalité en droit, réalités en fait : l'exemple de la filiation

9.-Il arrive que le droit refuse de prendre en compte la réalité ou, du moins, une réalité. Tel est le cas du principe du nominalisme monétaire qui, tantôt pour des raisons tenant à la simplification des rapports juridiques, tantôt pour des raisons de politique économique, nie la réalité économique de la dépréciation monétaire. Tel est également le cas, ainsi que nous allons le développer, de la filiation juridique lorsqu'elle refuse de prendre en compte la filiation biologique.

Le refus du droit de prendre en compte sinon la réalité, du moins une réalité, s'explique par un choix politique. Il constitue une fiction au sens large du terme, mais non une fiction au sens technique de la notion, telle qu'elle est reçue dans le vocabulaire juridique. Encore la distinction entre choix politique et choix de technique juridique n'est-elle pas parfaitement étanche.

L'appréhension des fictions au regard de la conformité du droit à la réalité des faits est aussi malaisée que l'appréhension de la réalité elle-même. La réalité est rarement univoque, elle peut être plurielle selon l'angle sous lequel on se place. Aussi bien, le constat que le droit ne correspond pas à une perception de la réalité n'implique pas nécessairement qu'il ne corresponde pas à une autre perception de la même réalité. Le concept de fiction s'en trouve relativisé. La matière de la filiation permet d'illustrer ce propos.

10.-La filiation juridique ne correspond pas nécessairement à la filiation biologique. Une telle dichotomie entre filiation juridique et filiation biologique se rencontre en cas d'adoption. L'adoption crée, par un mode purement volontaire (consacré dans un jugement), un lien de filiation entre deux personnes (en principe) biologiquement étrangères l'une à l'autre. S'il s'agit d'une adoption plénière, la plus fréquente de nos jours, le lien nouveau de filiation, loin de s'additionner à la filiation d'origine, est purement et simplement substitué à celle-ci ; l'enfant adopté cesse d'être lié juridiquement à sa famille d'origine pour n'entretenir un lien de filiation qu'avec sa nouvelle famille.

En cas d'adoption plénière, on se trouve de prime abord en présence d'une double fiction :

création d'un lien de filiation avec la famille de l'adoptant et effacement complet de la filiation d'origine.¹³⁾ La première-création d'un lien de filiation avec la famille de l'adoptant n'est cependant pas une fiction si l'on admet que la filiation n'est pas que d'ordre biologique, qu'elle peut également être socio-affective. La seconde apparaît en revanche comme une fiction, puisqu'il s'agit de supprimer juridiquement la filiation biologique de l'enfant. Il appartient cependant au législateur de choisir la réalité de la filiation, en l'occurrence socio-affective ou biologique, qu'il entend consacrer juridiquement. Qu'elle soit qualifiée ou non de fiction, la règle est le résultat d'un choix politique. Mais, comme nous le verrons, les choix politiques du législateur n'échappent plus aujourd'hui à tout contrôle du juge.

11.-La dichotomie entre filiation juridique et filiation biologique peut exister en dehors de l'adoption. Soit un enfant né d'une femme mariée. Le Code civil érige en présomption que l'enfant d'une femme mariée a pour père le mari de sa mère. Cette présomption légale est fondée sur le fait que très souvent l'enfant d'une femme mariée a effectivement pour père le mari de sa mère. Il est cependant des hypothèses où le père de l'enfant n'est pas le mari de la mère. Tel est le cas lorsque la mère a conçu l'enfant avec un autre homme que son mari dans le cadre d'une relation adultère.

Soucieux de préserver la paix des familles, le Code civil de 1804 limitait très strictement les hypothèses dans lesquelles le mari, et à l'époque lui seul, pouvait contester sa paternité ; les possibilités de contestation de la paternité du mari étaient strictement limitées, voire quasi-inexistantes. Il en résultait des cas flagrants où la filiation juridique (le mari de la mère) ne coïncidaient pas avec la filiation biologique (l'amant de la mère). La présomption débouchait alors, de prime abord, sur une fiction au sens large.

Aujourd'hui, le législateur, nous songeons en particulier au législateur belge, quant il ne paralyse pas purement et simplement la présomption de paternité en cas de situations démontrant une crise conjugale (séparation de fait, domiciles séparés, ...), ouvre beaucoup plus largement les possibilités de contestation de la paternité du mari ; il élargit par ailleurs les titulaires du droit de contestation, à savoir non seulement le mari lui-même, la mère et l'enfant mais encore, du moins en Belgique, le père biologique.¹⁴⁾

13) Voy. Cl. Neirinck, « Filiation adoptive-Généralités », in *JurisClasseur Code Civil*, Art. 343 à 370-2, Fasc. 10, février 2003, n° 1. En Belgique, l'adoption plénière n'a pas d'effet rétroactif ; la filiation d'origine est maintenue pour le passé ; voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 659, n° 723 ; p. 652, n° 704.

14) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 583, n° 610 et s.

Il n'en demeure pas moins des situations dans lesquelles filiation juridique (le mari de la mère) et filiation biologique (l'amant de la mère) ne coïncident pas. D'une part, des délais sont prévus pour agir. D'autre part, la possession d'état de l'enfant à l'égard du mari fait obstacle à la contestation de la paternité du mari. Il faut entendre par possession d'état le fait que l'enfant a toujours été traité par le mari de la mère comme son enfant et réciproquement que l'enfant a toujours considéré le mari de sa mère comme son père, qu'il a toujours été considéré comme tel par les proches et la société toute entière.

En faisant obstacle à toute contestation, la possession d'état conforte la filiation juridique au mépris de la filiation biologique. S'agit-il pour autant d'une fiction ? Oui, si l'on considère que la filiation ne peut être que biologique. Non, si l'on admet que la filiation peut recouvrir autre chose que la réalité biologique, en l'occurrence la réalité socio-affective dont témoigne la possession d'état.¹⁵⁾ En toute hypothèse, la solution résulte d'un choix politique, cependant, nous le verrons, susceptible aujourd'hui d'un contrôle marginal.¹⁶⁾

12.-Pour illustrer la dualité entre la filiation juridique et la filiation biologique à l'égard du père, on peut encore citer l'exemple de la femme mariée qui, dans le cadre de la procréation médicalement assistée, recourt à une insémination artificielle avec le sperme d'un donneur, soit avec le sperme d'un autre homme que son mari. Biologiquement, l'enfant a pour père le donneur de sperme alors que juridiquement, le père est le mari de la mère.

Si le mari a donné son consentement à l'insémination artificielle, sa paternité ne pourra pas être contestée, ni par lui-même, ni par autrui. S'agit-il d'une fiction ? Tout dépend encore une fois de la façon dont on appréhende la parentalité : réalité exclusivement biologique ou projet socio-affectif. La réalité socio-affective n'est ici qu'en l'état de projet, puisque le consentement du père au moment de la procréation suffit.

13.-A l'égard de la mère, la notion de filiation est également susceptible de recouvrir diverses réalités : filiation biologique au sens de génétique, filiation gestatrice étant ainsi pris en compte le fait d'avoir porté l'enfant, filiation socio-affective, filiation socio-affective

15) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 599, n° 627.

16) Pour une condamnation de la règle qui fait de la possession d'état un obstacle absolu à toute demande en contestation de paternité du mari de la mère, voy. C. Const., arrêt n° 20/2011, 3 février 2011, disponible sous le lien <http://www.const-court.be/public/f/2011/2011-020f.pdf> : « L'article 318, § 1er, du Code civil viole l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans la mesure où la demande en contestation de paternité n'est pas recevable si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari de la mère ».

en l'état de projet.¹⁷⁾ Le Code civil belge définit la filiation maternelle comme une filiation gestatrice : la mère est celle qui a porté l'enfant et qui a accouché. Lorsque la mère a recouru, dans le cadre d'une procréation médicalement assistée, à un don d'ovocyte et qu'elle a porté l'enfant, elle est considérée juridiquement comme étant la mère alors que biologiquement ou, pour le dire autrement, génétiquement, l'enfant est celui de la femme qui a fait don de l'ovocyte.

A l'inverse, lorsqu'une femme souhaitant un enfant fait appel à une mère porteuse et que l'enfant a été conçu avec un ovocyte de la femme en désir d'enfant, la mère qui a porté l'enfant est la mère juridique, alors pourtant que biologiquement, l'enfant a pour mère la femme en désir d'enfant qui a donné son ovocyte. L'attitude à adopter face à de tels cas de figure pose à l'évidence des questions éthiques, que le droit se doit de trancher.

5. La souveraineté du législateur tempérée à l'aune des droits fondamentaux—Encore l'exemple de la filiation

14.—Le législateur, enseignait-on, est tout puissant en sorte qu'il peut refuser de consacrer juridiquement une situation qu'il condamne ou qui perturbe l'ordre qu'il entend établir. Le Code civil de 1804 considérait l'institution du mariage comme le socle de la famille ; pour cette raison, il réservait un statut discriminatoire aux enfants nés d'une mère célibataire, appelés alors enfants naturels ; il refusait par ailleurs que soit établie la filiation des enfants adultérins et incestueux.

Envisageons d'abord le cas des enfants dits naturels. Sous l'empire des anciens textes, la femme célibataire qui accouchait d'un enfant conçu par elle n'était pas, contrairement à la femme mariée, automatiquement considérée comme la mère de l'enfant qu'elle avait mis au monde. Il fallait, pour que la filiation de la mère soit juridiquement établie, qu'elle procède à la reconnaissance de son enfant. Mais même reconnu par sa mère, l'enfant naturel ne disposait pas des mêmes droits que l'enfant issu du mariage de sa mère : sa parenté naturelle avec sa mère ne lui permettait pas de voir établi son lien de parenté avec les autres personnes de la famille de sa mère ; en matière d'héritage, ses droits étaient bien moindres. Tel était le choix du législateur français et, à sa suite, du législateur belge.

17) Voy. J.-L. BAUDOUIN, « Rapport général sur le thème : La vérité dans le droit des personnes—Aspects nouveaux », in *La vérité et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant 1987, t. 38, Paris, Economica, 1989, p. 26.

Entre-temps, cependant, l'un et l'autre pays ont adhéré à la Convention européenne des droits de l'homme, dont le respect est assuré par la Cour européenne des droits de l'homme qui siège à Strasbourg. La Cour européenne des droits de l'homme a condamné un tel système sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.¹⁸⁾ Elle a jugé qu'un tel système, qui oblige la mère célibataire à reconnaître son enfant, qui prive l'enfant naturel de parenté au-delà de sa mère et qui réduit les droits successoraux de l'enfant naturel méconnaît le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8) et est source de discrimination injustifiée fondée sur la naissance (article 14). L'Etat belge a en conséquence été condamné.

Les Etats européens ont par la suite modifié leur législation sur la filiation pour se mettre en conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le concept d'enfant naturel a disparu des textes législatifs.

15.-Envisageons maintenant le cas des enfants adultérins. On entend par enfant adultérin, un enfant qui est le fruit d'un adultère de son père et/ou de sa mère biologique, soit un enfant issu de la relation d'une personne mariée avec une autre personne que son conjoint. Sous l'empire du Code civil de 1804, la filiation des enfants adultérins ne pouvait pas être établie juridiquement. Les mentalités ont, là aussi, évolué si bien qu'il est aujourd'hui parfaitement possible, notamment en France et en Belgique, d'établir une filiation adultérine.

En revanche, s'agissant des enfants incestueux, il demeure des discriminations dans les textes. Pour faire bref, on parlera d'enfant incestueux lorsque l'enfant est issu d'une relation entre ascendants, entre descendants ou entre frère et sœur. Tel est ce que l'on nomme l'inceste absolu. En l'état actuel des textes, le Code civil refuse, tant en France qu'en Belgique, la possibilité d'établir le second lien de filiation d'un enfant lorsque l'établissement de ce second lien ferait apparaître le caractère incestueux de la relation dont il est issu.

Le plus souvent, la filiation de l'enfant est d'abord établie, dès sa naissance, à l'égard de sa mère. Aussi bien, un enfant incestueux ne peut-il pas voir sa filiation ensuite établie à l'égard de son père biologique. Pour des raisons touchant à l'ordre des familles et à la moralité publique, l'enfant incestueux n'a pas et ne peut pas avoir juridiquement de père. Il s'agit d'une fiction, entendue dans son sens large, visant à préserver l'ordre public et les bonnes mœurs. A l'image des discriminations qui touchaient les enfants naturels et adultérins, cette fiction a cependant pour effet de priver un enfant innocent de filiation

18) Voy. C.E.D.H., *Marcks c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979.

paternelle. En Belgique, cette discrimination qui touche les enfants incestueux a été condamnée par la Cour constitutionnelle au nom des principes d'égalité et de non discrimination inscrits dans la Constitution.¹⁹⁾

Dès lors que les lois qu'il édicte sont susceptibles d'un contrôle à l'aune notamment de la Convention européenne des droits de l'homme ou de la Constitution, le législateur n'est plus tout puissant pour appréhender les réalités ou refuser de les consacrer juridiquement. L'élaboration des lois est le résultat d'un choix politique mais ce choix politique se trouve encadré par des normes supérieures.

II . Les fictions juridiques

16.-Nous en venons maintenant à la seconde partie de notre exposé. Il s'agit d'envisager, sans aucune prétention d'exhaustivité, les mécanismes juridiques les plus souvent cités pour illustrer la notion de fiction envisagée comme un artifice de technique juridique. Nous évoquerons successivement la personnalité juridique des personnes morales (1), la représentation (2), le mandat apparent et l'apparence (3), la rétroactivité (4), le paiement subrogatoire (5), la représentation successorale (6) et l'immobilisation par destination (7). Pour la plupart de ces mécanismes est néanmoins discutée la question s'ils sont ou non constitutifs d'un tel artifice.

1. La personnalité juridique des personnes morales

17.-Le droit reconnaît la personnalité juridique ou, pour le dire autrement, la qualité de sujet de droit, c'est-à-dire l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations, aux personnes physiques ainsi qu'à des groupements de personnes physiques ou autres entités, appelés personnes morales.

Alors qu'historiquement, le droit romain refusait la qualité de sujet de droit à certaines personnes physiques (les esclaves), le droit dote aujourd'hui toutes les personnes physiques de la personnalité juridique. La personnalité juridique débute avec la naissance (si l'enfant est né vivant et viable) et se termine avec la mort. C'est dans le contexte de la difficulté

19) C. Const., arrêt n° 103/2012, 9 août 2012, disponible sous le lien : <http://www.const-court.be/public/f/2012/2012-103f.pdf>.

de saisir le début de la vie humaine qu'il convient de situer la fiction de l'adage «*Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*», à savoir que l'enfant simplement conçu est considéré comme étant déjà né lorsqu'il y a va de son intérêt. La fiction constitue une exception à la règle que la personnalité juridique d'une personne physique débute avec sa naissance.

Le droit reconnaît aussi la personnalité juridique à des groupements de personnes physiques ou autres entités, appelés personnes morales. Lorsqu'elles sont dotées de la personnalité juridique, les personnes morales constituent des sujets de droit. Elles sont directement dépositaires d'un patrimoine, se trouvent titulaires de droits et d'obligations, peuvent être liées par des contrats et voir leur responsabilité engagée. Les tiers ont juridiquement pour interlocuteur un sujet de droit unique, distinct de la collectivité de ses membres. Les relations sociales et économiques en sont facilitées.

La controverse fut âpre entre partisans de la thèse de la fiction des personnes morales et ceux de la thèse de la réalité des personnes morales. Que faut-il en penser ? Les personnes morales sont-elles des êtres fictifs ? Les personnes morales ne constituent pas des êtres fictifs si on prend en compte leur réalité, à savoir le groupement ou l'entité qui constitue un fait social. Les personnes morales constituent au contraire une fiction si on prétend que c'est par une fausse assimilation aux personnes physiques que le droit leur octroie la personnalité juridique. Le droit peut toutefois parfaitement octroyer la personnalité juridique à des groupements et autres entités sans les considérer comme des personnes physiques.²⁰⁾

Là où la fiction se fait jour, c'est lorsque, cédant à la tentation de l'anthropomorphisme, on se convainc que la personne morale, à l'image de l'être humain, est un être doté d'une conscience et d'une volonté propres, qui transcenderaient la volonté, individuelle ou collective, des personnes physiques qui la composent.²¹⁾ La personne morale n'agit pas par elle-même ; elle agit nécessairement par l'entremise de personnes physiques. Son intérêt n'est pas totalement distinct des intérêts particuliers de ses membres.

20) Voy. L. François, « Les syndicats et la personnalité juridique », note sous Cass., 28 avril 1966, *Rev. Crit. Jur. B.*, 1968, spéc. pp. 39 et 40, note 1, p. 48, n° 9.

21) L. François, *Le cap des tempêtes*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 152, n° 88, note 32, p. 240, n° 141 ; V. WESTER-OUISSE, « Dérives anthropomorphistes de la personnalité morale : ascendances et influences », *J.C.P.*, éd. G., 2009, n° 16, I, 137 ; R. Aydogdu, « Conflits d'intérêts et sociétés commerciales : la déontologie dépasse la fiction », in *L'avocat et les conflits d'intérêts*, Limal, Anthemis, 2011, p. 101 et s.

Et c'est ainsi que se posent de délicates questions touchant au régime juridique des personnes morales, dont la moindre n'est pas la question de leur responsabilité pénale, aujourd'hui consacrée dans plusieurs Etats. Dès lors qu'elle punit en définitive les personnes physiques sous-jacentes, même celles qui sont innocentes (par exemple les actionnaires minoritaires), il y a assurément lieu de s'interroger sur la façon de concilier la responsabilité pénale des personnes morales avec le principe de la personnalité des peines.

2. La représentation

18.-C'est également à propos du mécanisme de la représentation que l'idée de la fiction a été avancée.

Il arrive qu'une personne se trouve liée par un acte juridique ou un contrat alors que c'est une autre personne qui y a consenti en son nom et pour son compte. Tel est le mécanisme de la représentation. Si on fait abstraction de la représentation des personnes morales par leurs organes, le mécanisme de la représentation puise sa source tantôt dans un contrat, le contrat de mandat, tantôt dans la loi, tantôt encore dans une décision de justice. Ainsi, par le mécanisme de la représentation, le mandant, le mineur, la personne fragilisée placée sous un statut d'incapacité, le failli, ... se trouve partie à un acte juridique ou à un contrat auquel il ou elle n'a pas consenti personnellement ; c'est une autre personne, le mandataire, le tuteur, l'administrateur provisoire, le curateur, ... qui a consenti en son nom et pour son compte.

S'agit-il là d'une fiction ? Oui, si l'on considère que la personne représentée est partie à l'acte parce que la volonté de son représentant doit être considérée comme la sienne propre. L'assimilation de la volonté du représentant à la volonté de la personne représentée est une fiction à vertu pédagogique. Elle permet à l'étudiant ou au non-juriste de comprendre la portée du mécanisme et la situation qui en résulte. Mais au-delà de sa valeur d'image, l'assimilation de la volonté du représentant à celle du représenté ne justifie pas qu'une personne se trouve engagée juridiquement par la volonté d'une autre personne. Certes, la fiction est atténuée dans l'hypothèse du contrat de mandat puisque, dans ce cas, c'est par la volonté du mandant que le mandataire, qui dispose cependant d'une marge de manœuvre, a été investi du pouvoir d'agir au nom d'autrui. La fiction de l'assimilation de la volonté du représenté à celle du représentant demeure en revanche entière dans l'hypothèse où la représentation est imposée par la loi ou par une décision judiciaire.²²⁾

Il est cependant possible de dépasser le stade de la fiction en mettant l'accent sur le pouvoir de représentation. Si le représenté est lié par l'acte, c'est parce que le pouvoir d'exercer ses prérogatives a été confié à une autre personne soit volontairement, soit d'autorité par la loi ou par une décision de justice. Il faut alors admettre que, si la formation de l'acte juridique requiert une volonté, cette volonté ne doit pas nécessairement être celle du titulaire du droit subjectif à la base de l'acte ; elle peut également émaner d'un tiers auquel les prérogatives se rapportant au droit subjectif exercé ont été transférées par application du mécanisme de la représentation.²³⁾

3. Le mandat apparent et l'apparence

19.-Il arrive qu'une personne se présente comme le mandataire d'une autre personne alors qu'elle ne l'est pas et qu'elle ne dispose d'aucun pouvoir de la représenter ; aucun mandat ne lui a été consenti par la personne qu'elle prétend représenter, aucune disposition légale, ni aucune décision de justice ne lui confère un quelconque pouvoir de représentation.

Ce prétendu mandataire conclut un contrat de vente ou de service au nom et pour le compte de la personne qu'il prétend représenter. Faute de pouvoir de représentation, ce contrat ne peut pas voir le jour. Une personne ne peut pas être engagée par une autre si cette dernière ne dispose pas du pouvoir de la représenter. Libre à elle de ratifier par la suite le contrat de vente ou de service prétendument conclu en son nom. Elle demeure cependant libre de ratifier ou de ne pas ratifier ce qui n'est qu'une apparence de contrat conclu avec elle.

20.-Il arrive cependant que le droit ait égard à cette apparence de contrat en vue de protéger l'acheteur ou le client qui a cru contracter avec le vendeur ou le prestataire au nom duquel le pseudo mandataire prétendait agir. La croyance légitime du cocontractant en l'existence du pouvoir de représentation de la personne avec laquelle il a traité va lui permettre de considérer cette apparence de pouvoir de représentation comme un véritable pouvoir de représentation ; il pourra ainsi considérer l'apparence de contrat conclu comme un contrat effectivement conclu. Il en résulte que le vendeur ou le prestataire au nom

22) Ou, s'agissant de la représentation des intérêts collectifs, lorsque les décisions sont prises à la majorité ; voy. Ch. HANNOUM, « Les fictions en droit économique », *Droits-Revue française de théorie juridique*, n° 21, P.U.F., 1995, p. 86.

23) Voy. G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1997, spéc. p. 69, n° 62, p. 78, n° 73.

duquel le soi-disant mandataire a agi va se trouver lié par un contrat de vente ou de service auquel il aurait normalement dû rester étranger. Le contrat est considéré comme valablement conclu non point sur le fondement d'un pouvoir de représentation en l'occurrence absent mais sur le fondement d'une apparence de pouvoir de représentation.²⁴⁾ Au nom de l'apparence, les intérêts du cocontractant abusé sont préservés au mépris des intérêts du soi-disant mandant, lui aussi abusé.

Il est d'autres hypothèses où le droit prend en compte l'apparence au mépris des intérêts du véritable titulaire du droit : paiement dans les mains du créancier apparent ; héritier apparent ; acquisition de la propriété d'un bien meuble corporel par la prise de possession de bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance que le vendeur n'en était pas le propriétaire ; acquisition de la propriété par la prescription acquisitive encore appelée usucapion, ce qui suppose l'écoulement d'un délai.

Toutes ces hypothèses où le droit prend en compte l'apparence constituent-elles des fictions ? La prise en compte de l'apparence par le droit constitue une fiction si on considère que la seule réalité à prendre en compte est la réalité qui découle de l'application des règles de principe : le paiement n'est valablement effectué que s'il a lieu dans les mains du créancier et non d'un tiers ; le transfert de la propriété ne peut s'opérer que si le vendeur était lui-même propriétaire. En revanche, la consécration de l'apparence par le droit n'est pas une fiction si on admet que l'apparence constitue elle aussi une réalité. La réalité, on l'a dit, peut être plurielle, selon l'angle sous lequel on l'appréhende. Il appartient au législateur de départager les uns et les autres et de consacrer, s'il l'estime opportun, la réalité découlant de l'apparence au mépris des règles de principe.²⁵⁾ Dans un système où la création des règles relève au premier chef du pouvoir législatif, la prise en compte de l'apparence par le juge en l'absence de disposition légale à cet effet pose cependant question ; on parle alors pudiquement, comme dans l'hypothèse du mandat apparent, de l'œuvre créative de la jurisprudence.

24) En Belgique, la Cour de cassation requiert non seulement la croyance légitime du cocontractant mais encore que l'apparence de mandat soit imputable au pseudo-mandant, condition d'imputabilité qui ne requiert cependant pas une faute dans le chef de ce pseudo-mandant (Cass., 20 janvier 2000, *Rev. Dr. Comm. B.*, 2000, p. 483, note P.A. Foriers).

25) Voy. J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruylant, Bruxelles, Sirey, Paris, 1935, p. 147.

4. La rétroactivité

21.-Il y a rétroactivité chaque fois qu'un acte ou un fait juridique produit ses effets à partir d'une date antérieure à celle à laquelle il est intervenu. La situation ancienne est alors considérée comme n'ayant jamais existé.²⁶⁾ Tel est le cas lorsqu'un contrat est annulé ou résolu.

Prenons l'exemple d'un contrat de vente entre A et B. Il se peut que ce contrat soit par la suite annulé pour un problème touchant à sa conclusion ; par exemple le consentement du vendeur avait été vicié en raison des menaces que l'acheteur avait proférées à son égard. Il se peut aussi que le contrat ait été valablement conclu mais qu'il soit par la suite résolu en raison du non paiement du prix par l'acheteur. Il se peut encore que le vendeur ait vendu son bien sous la condition résolutoire que l'acheteur décède avant lui ; or, il s'avère que l'acheteur décède avant le vendeur de sorte que la vente est anéantie par l'effet de la réalisation de la condition résolutoire.

Dans chacune de ces trois hypothèses, le contrat entre A et B est anéanti avec effet rétroactif. L'annulation du contrat, sa résolution pour inexécution fautive ainsi que la survenance de la condition résolutoire emportent l'anéantissement du contrat au jour de sa conclusion. *Le contrat est juridiquement effacé, en ce compris pour le passé.* Il y aura, le cas échéant, lieu à restitution entre les parties.

22.-La rétroactivité est susceptible de porter préjudice aux tiers. En présence d'un contrat qui, telle la vente, est translatif de propriété, l'annulation ou la résolution du contrat emporte anéantissement avec effet rétroactif du transfert de propriété qui en avait résulté. Or, il se peut qu'avant que son titre de propriété ait disparu, l'acheteur B ait revendu le bien à un sous-acquéreur C. Si, après cette seconde vente, la première vente entre A et B est annulée ou résolue, le transfert de propriété disparaît avec effet rétroactif. L'acheteur B sera censé n'avoir jamais été propriétaire du bien. N'ayant jamais été propriétaire, B. n'a pas pu en transmettre la propriété au sous-acquéreur C. Ainsi, le sous-acquéreur C, qui est tiers à la première vente entre A et B, sera considéré *a posteriori* comme n'ayant jamais pu acquérir la propriété du bien qui lui a été revendu. Pour le dire autrement, on «feint l'hypothèse du défaut de propriété».²⁷⁾

26) G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 245, n° 255.

27) Voy. J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruylant, Bruxelles, Sirey,

Même si les tiers ne sont pas toujours démunis face à elle, la rétroactivité efface le contrat, en ce compris pour le passé. Or, il est matériellement impossible de remonter le temps, d'effacer le passé. En conséquence, la rétroactivité apparaît comme une fiction.

Il y a fiction par rapport à la réalité du contrat conclu ou, du moins, par rapport à son apparence. Un contrat avait été conclu et par suite de sa conclusion, l'acheteur était devenu propriétaire du bien acquis. La rétroactivité de l'anéantissement du contrat conduit à nier cette réalité et à faire comme si elle n'avait jamais existé. Il y a donc fiction à nier un état de fait qui a existé dans le passé.

23.- Cette idée de fiction de la rétroactivité doit cependant être relativisée au regard de l'institution dans laquelle elle s'insère.

Tel est le cas en cas d'annulation du contrat. L'annulation sanctionne un défaut au stade de la formation du contrat. Dans le cas du consentement du vendeur extorqué sous la menace, l'annulation du contrat sanctionne un vice de consentement du vendeur ; le consentement du vendeur n'était pas libre puisqu'il avait été donné sous la menace. Il existait un défaut qui affectait un élément essentiel du contrat, en l'occurrence le consentement du vendeur. Dans les systèmes français et belge, la nullité du contrat n'a pas lieu de plein droit ; il faut qu'elle soit prononcée par le juge. Cependant, le juge qui annule le contrat ne fait que constater qu'il présentait un défaut lors de sa formation, et que, en conséquence, le contrat n'a pas été valablement conclu. C'est donc logiquement que les effets de l'annulation du contrat remontent à sa conclusion. Juridiquement, il n'y a pas rétroactivité.

Aussi bien, si l'on s'interroge sur l'existence d'une fiction au regard de la réalité du contrat conclu, il faut décider qu'il n'y a pas fiction : le contrat n'était pas valablement formé puisqu'un de ses éléments essentiels était vicié. De fiction, il est en revanche bel et bien question si on prend en considération l'apparence de contrat valablement conclu.

Comme on l'a dit, cette apparence est parfois prise en considération par le législateur. Il arrive que le législateur tienne compte de l'apparence en vue de permettre au tiers, en l'occurrence le sous-acquéreur C, de faire échec à l'action en revendication que le vendeur initial A tenterait par suite de la disparition rétroactive de la première vente. Il convient ainsi de réserver le cas où le sous-acquéreur C. pourrait se prévaloir de la prescription acquisitive, encore appelée usucapion, ce qui suppose toutefois l'écoulement d'un délai (10,

Paris, 1935, p. 335.

20 ou 30 ans selon les cas en Belgique). Pour les biens meubles corporels, il n'y a pas de délai ; si le sous-acquéreur C en a pris possession de bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance que son vendeur n'en était pas le propriétaire, il en devient immédiatement propriétaire par l'effet de la loi.

24.-La fiction de la rétroactivité peut, en revanche, difficilement être déniée en cas de résolution du contrat pour inexécution fautive. Alors que l'annulation sanctionne un défaut dans la formation du contrat, la résolution sanctionne un problème au stade de son exécution. Dans l'hypothèse de la résolution, aucun défaut n'affectait la formation du contrat. Avant sa résolution, le contrat existait bel et bien, l'acheteur B. était effectivement propriétaire du bien acquis ; le contrat comme le transfert de propriété qui en résultait constituaient bien plus qu'une apparence. La partie victime de l'inexécution aurait d'ailleurs très bien pu choisir de demander l'exécution du contrat à charge de la partie récalcitrante plutôt que de poursuivre sa résolution. Certes, la sanction de la résolution et le retour au pristin état se justifient par le caractère synallagmatique du contrat, par le fait que les prestations réciproques se tiennent lieu mutuellement de contreparties. Certes aussi, il plane au dessus de tout contrat synallagmatique l'éventualité d'une résolution pour inexécution fautive. Toutefois, l'existence de cette éventualité ne nous paraît pas de nature à dénier le caractère rétroactif de la résolution, ni partant la fiction qui en résulte.²⁸⁾ En toute hypothèse, c'est au législateur qu'il appartient de trancher entre, d'une part, l'intérêt du vendeur impayé qui entend récupérer son bien et, d'autre part, l'intérêt du sous-acquéreur C, qui ayant acquis le bien de B, est désireux de le conserver. L'effet rétroactif de la résolution permet en principe de sauvegarder les intérêts du vendeur A. Nous disons «en principe» car il convient de réserver les cas où, par exception, la loi accorde quand même, s'agissant spécialement des biens meubles corporels, la propriété au sous-acquéreur de bonne foi.

De même, il plane au dessus de tout contrat conclu sous une condition résolutoire, le risque de la réalisation de cette condition résolutoire et partant de l'anéantissement avec effet rétroactif. Certes, le droit de propriété acquis sous une condition résolutoire est fragile. Certes aussi, le sous-acquéreur qui acquiert un droit précédemment acquis par son auteur sous condition résolutoire ne saurait avoir plus de droit que son propre vendeur. L'éventualité de

28) Comp. G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 283 et s., n° 301 et s., qui explique qu'au regard de la notion de cause qui se prolonge au stade de l'exécution du contrat, la rétroactivité n'est une fiction ni dans l'hypothèse de la résolution, ni dans l'hypothèse de la réalisation de la condition résolutoire.

sa réalisation ne nous paraît toutefois pas de nature à remettre en cause le caractère rétroactif de l'anéantissement du contrat par suite de la réalisation de la condition résolutoire, ni partant la fiction qui en résulte. Cela, à moins que la fiction ne consiste, alors que la condition est toujours pendante, à considérer comme étant pur et simple le droit acquis sous condition résolutoire.

Pour illustrer le concept de rétroactivité et la fiction qui en résulte, on peut encore citer l'effet déclaratif du partage. Chacun des héritiers «est censé» avoir recueilli seul et immédiatement du défunt les biens qui lui ont été attribués par le partage (art. 883 C. civ.). Il en résulte que les actes de disposition accomplis par des cohéritiers pendant la durée de l'indivision en lien avec des biens finalement attribués à un autre cohéritier disparaissent avec effet rétroactif. L'héritier reçoit ces biens libres des charges qui auraient été créées sur sa part par un autre cohéritier.

Nous aurions pu encore citer la rétroactivité de la réalisation de la condition suspensive ainsi que la rétroactivité de la ratification d'un acte juridique accompli sans pouvoir.

5. Le paiement subrogatoire

25.-C'est encore à propos du paiement subrogatoire qu'il a été question de fiction. Avant d'envisager le paiement subrogatoire, il nous faut définir la notion de subrogation personnelle.

La subrogation personnelle est définie comme la : «substitution d'une personne à une autre dans un rapport de droit en vue de permettre à la première d'exercer tout ou partie des droits qui appartiennent à la seconde».²⁹⁾ Le paiement subrogatoire est une hypothèse de subrogation personnelle.

Le paiement subrogatoire suppose un paiement effectué par une autre personne que le débiteur. En ce cas, il arrive que le tiers qui a payé, lequel est dénommé tiers *solvens*, soit subrogé à l'égard du débiteur dans les droits du créancier qu'il a désintéressé. Tout paiement effectué par un tiers n'emporte pas subrogation. Pour que le paiement soit subrogatoire, il faut soit une convention, soit une disposition légale spécifique. Parmi les hypothèses de paiement subrogatoire en vertu de la loi, on peut citer l'hypothèse de la caution qui, par le paiement de la dette qu'elle garantit, est immédiatement subrogée dans les droits du créancier contre le débiteur garanti ; on peut citer aussi l'hypothèse de

29) G. Cornu (sous la direction de) et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 6^{me} éd., Paris, Quadriga, Presses Universitaires de France, 2004, p. 873.

l'assureur qui, par le paiement de l'indemnité à son assuré, est immédiatement subrogé dans les droits de son assuré contre le tiers responsable du sinistre. Par l'effet du paiement subrogatoire, le tiers *solvens* prend la place du créancier à l'égard de la créance qu'il a payée ; il est admis à exercer contre le débiteur la créance même qu'il a payée.

Le paiement subrogatoire constitue une fiction si on l'analyse comme une forme particulière de paiement. Le paiement par sa nature a un effet extinctif. C'est donc une fiction de considérer que la créance payée renaît immédiatement, par l'effet de la subrogation, au profit du tiers *solvens*. Il y a là une rupture logique au sein du système juridique lui-même. Ou bien la créance est éteinte, ou bien elle ne l'est pas.

Le paiement subrogatoire ne constitue pas, en revanche, une fiction si on l'analyse comme un mode particulier de transfert de créance fondé sur un paiement. Telle est l'analyse qui domine aujourd'hui. Par le transfert de la créance découlant du paiement, le créancier originaire perd sa qualité de créancier au profit du tiers *solvens* qui le devient à sa place. Dans l'opinion qui met en avant le caractère translatif du paiement subrogatoire, il n'y a rien d'illogique à ce que le tiers *solvens* devienne titulaire de la créance qu'il a payée.³⁰⁾

6. La représentation successorale

26.-Il arrive que la loi elle-même indique qu'elle recourt à une fiction. Tel est le cas de la représentation successorale (art. 739 C. civ.). Le but de cette fiction est de déroger à la règle de la proximité des degrés dans la dévolution successorale. Dans le Code civil de 1804, il s'agissait, pour faire bref, de permettre aux descendants d'un successible prédécédé de se voir attribuer la part que ce successible aurait recueillie s'il avait survécu au défunt. En vertu de ce mécanisme, les petits-enfants peuvent recueillir dans la succession de leur grand-père la part que leur père prédécédé aurait recueillie s'il n'était pas décédé avant le grand-père. Grâce à l'exception qui est ainsi apportée à la règle de la priorité des degrés, le fait que d'autres enfants, toujours en vie, du grand-père soient appelés à la succession n'a pas pour effet d'éliminer les petits-enfants dont le père est prédécédé.

Pour parvenir à cet objectif que nul ne conteste, le Code civil recourt à la fiction de la représentation successorale. Par définition, l'héritier prédécédé est mort. Il ne saurait donc pas être représenté au sens où l'on entend en droit des obligations. Il n'est évidemment pas

30) J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, Paris, L.G.D.J., 1979, p. 698, n° 639 et 640.

question d'agir au nom et pour le compte d'une personne décédée. Il s'agit pour les descendants d'occuper la place laissée vacante par l'héritier prédécédé dans la succession et partant d'exercer pour eux-mêmes les droits qui seraient revenus à leur auteur prédécédé s'il était toujours en vie.

En France, le mécanisme a été étendu en faveur des descendants d'un héritier vivant mais indigne comme aussi en faveur des descendants d'un héritier vivant mais qui a renoncé à la succession. Dans ce dernier cas, il s'agit de permettre la transmission de patrimoine trans-générationnelle. Mais c'est par une nouvelle fiction que l'on prétend que les descendants occupent la place et exercent les droits de l'héritier indigne ou renonçant. «Comment admettre», en effet, «que l'enfant de l'indigne ou du renonçant exerce les droits de son auteur, alors que celui-ci en a été déchu ou les a abdiqués?».31)

Aussi bien, sur le plan de la technique utilisée, certains auteurs français proposent d'abandonner la fiction de la représentation successorale pour consacrer directement la règle du partage par souche.³²⁾ Avec une telle modification, le recours à la fiction de la représentation successorale deviendrait inutile.³³⁾

7. L'immobilisation par destination

27.-C'est enfin le concept d'immobilisation par destination qui est souvent cité pour illustrer la notion de fiction juridique.

Le Code civil distingue les biens immobiliers et les biens mobiliers (art. 516 C. civ.). Par là, il se réfère à un critère physique : alors que les immeubles ne peuvent pas être déplacés (fonds de terre, construction incorporée au sol, ...), les meubles peuvent être transportés d'un endroit à un autre.

Le Code civil opère ensuite une rupture logique avec la distinction qu'il a précédemment énoncée. Alors qu'ils peuvent facilement être transportés, certains meubles, dits immeubles par destination, sont classés parmi les immeubles à côté du sol et des bâtiments (art. 517

31) Voy. M. Grimaldi, « La représentation de l'héritier renonçant », *Defrénois*, 2008, art. 38698, p. 28, n° 5.

32) Cela, dans les cas où la *fiction* avait lieu de s'appliquer.

33) Voy. M. Grimaldi, *op. cit.* ; S. Gaudemet, « La représentation successorale au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *Defrénois* 2006, art. 38447, p. 1379, n° 21 et s. ; A. BERTRAND-MIRKOVIC, « La représentation de l'héritier renonçant-À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Droit de la famille* n° 12, Décembre 2006, étude 56, n° 47 et s.

C. civ.). Ne visant ici que le seul cas des meubles immobilisés par destination économique,³⁴⁾ nous citerons à titre d'exemples : le mobilier professionnel, le matériel informatique, l'outillage, les véhicules servant à la livraison des biens produits ainsi que, s'il s'agit d'une ferme, le tracteur, la moissonneuse-batteuse, les vaches laitières et autres animaux d'élevage. Ces biens meubles que le propriétaire a affectés à l'exploitation située sur son fonds, spécialement aménagé à cet effet, sont qualifiés d'immeubles par destination, en l'occurrence d'immeubles par destination économique.

Il convient de souligner que les meubles ainsi cités ne deviennent immeubles par destination économique que si tant ceux-ci que l'immeuble qui abrite l'exploitation appartiennent au même propriétaire. C'est ce que l'on nomme la condition d'unicité de propriétaire. Dans le cas contraire, si le commerçant, l'artisan, l'agriculteur, ... n'est pas propriétaire mais simplement locataire de l'immeuble qui abrite son exploitation, le mobilier professionnel, le matériel informatique, l'outillage, les véhicules servant à la livraison, le tracteur, ... ne sont pas immobilisés par destination et demeurent des biens meubles. Ainsi, la qualification (meuble ou immeuble) de biens d'équipement professionnel, pourtant identiques, varie selon que le professionnel qui les a affectés à son activité professionnelle est ou non propriétaire de l'immeuble dans lequel il exerce celle-ci.

28.-Le fait de considérer des meubles, parfaitement transportables, comme des immeubles est à l'évidence une fiction. Le législateur entend par là que ces meubles soient traités, s'il y a unicité de propriétaire, comme s'ils étaient des immeubles et partant soumis au même régime juridique que les immeubles. Il entend plus précisément que les meubles ainsi affectés à l'exploitation dans l'immeuble soient soumis, en cas d'unicité de propriétaire, au même régime que l'immeuble auquel ils se trouvent immobilisés par destination. La raison d'être de cette fiction repose sur l'unité économique qui existe entre l'immeuble qui abrite l'exploitation et les meubles que le propriétaire a mis au service de l'immeuble ainsi aménagé.

Il en résulte qu'en cas de vente de l'immeuble sans autre précision, le vendeur s'oblige à délivrer non seulement l'immeuble par nature mais aussi les meubles qui y sont immobilisés par destination, notamment le matériel d'équipement professionnel. L'immobilisation permet

34) A côté des meubles immobilisés par destination économique, il existe les meubles immobilisés par attache à perpétuelle demeure. Au sujet des immeubles par destination, voy. P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 19 à 39.

ainsi de préciser l'objet de la vente en cas de silence des parties.

Il en résulte aussi que l'hypothèque qui grève l'immeuble par nature s'étend aux meubles qui y sont ou y seront immobilisés par destination. En cas de réalisation de l'hypothèque, le créancier hypothécaire peut exercer son droit de préférence non seulement sur le produit de réalisation du sol et des constructions qui y sont incorporées mais encore sur le matériel d'équipement professionnel que le propriétaire y a affecté. Grâce à cette extension de l'hypothèque, le débiteur obtiendra plus facilement du crédit.

A l'inverse, la fiction de l'immobilisation devrait aboutir à l'exclusion du matériel professionnel de l'assiette des sûretés mobilières lorsque le professionnel est également propriétaire de l'immeuble dans lequel il exerce son activité professionnelle. Le matériel professionnel étant de ce fait devenu fictivement immeuble, il ne devrait pas pouvoir être grevé d'une sûreté mobilière qui, comme son nom l'indique, ne peut grever que des meubles. Il arrive cependant que la loi ou, en cas de silence de la loi, la jurisprudence déroge à cette conséquence de la fiction en permettant la constitution³⁵⁾ ou, moyennant certaines conditions, la sauvegarde³⁶⁾ de sûretés mobilières sur des meubles pourtant devenus, par l'effet de la fiction, immeubles par destination. La nécessité de sauvegarder l'unité économique existant entre l'immeuble par nature et les meubles qui y sont immobilisés trouve ainsi de nombreuses exceptions en matière de sûretés mobilières, étant entendu que, pour chacune de ces exceptions, le législateur doit régler le conflit de rang susceptible de surgir avec l'hypothèque.

29.-Il n'est pas contesté, en raison de l'unité économique que l'immobilisation par destination entend préserver, que la procédure de saisie immobilière permet de saisir l'immeuble, ensemble avec les meubles qui y sont immobilisés par destination. Cependant, la procédure de saisie immobilière, longue et coûteuse, n'est pas indiquée lorsque la créance qui doit être recouvrée par la voie de la saisie est de loin inférieure à la valeur de

35) Ainsi, en Belgique, le gage sur fonds de commerce, dont ne fait pas partie l'immeuble par nature, englobe cependant le matériel et l'outillage, même s'ils sont immobilisés par destination économique.

36) Ainsi, en Belgique, le vendeur de biens mobiliers ou le créancier qui a exposé des frais pour la conservation de biens mobiliers est doté par la loi d'un privilège sur le bien qu'il a vendu ou qu'il a contribué à conserver. Ce privilège disparaît en principe en cas d'immobilisation chez l'acheteur ou le client ; cependant, il est possible au vendeur ou au conservateur d'effectuer une formalité pour sauvegarder son privilège en cas d'immobilisation s'il porte sur du matériel professionnel.

l'immeuble. Aussi bien, en pareille hypothèse, s'est posée la question de la possibilité pour le créancier de diligenter une saisie mobilière sur quelques biens d'équipement professionnel, c'est-à-dire de limiter l'assiette de sa saisie à ce qui est nécessaire à l'apurement de sa créance. Suivant en cela la tradition et la doctrine majoritaire, la Cour de cassation belge a refusé que du matériel d'équipement professionnel immobilisé par destination économique, par exemple un véhicule de livraison, puisse faire l'objet d'une saisie mobilière. Ainsi, le matériel et les véhicules immobilisés ne peuvent faire l'objet que d'une saisie immobilière ensemble avec l'immeuble au service duquel ils sont affectés.³⁷⁾

Il convient de s'interroger sur l'opportunité de protéger l'unité économique en cas de saisie. S'agit-il, en vue d'en préserver la valeur, d'interdire la réalisation séparée de l'immeuble par nature et des biens meubles qui y sont affectés ? Pourtant, il arrive que la saisie immobilière de l'ensemble débouche quand même, en vue d'obtenir un prix plus important, sur une vente par lots séparés.³⁸⁾ S'agit-il de créer une insaisissabilité relative du matériel professionnel immobilisé ? On ne comprendrait pas toutefois qu'une telle faveur soit réservée au seul débiteur qui est propriétaire de l'immeuble dans lequel il exerce son activité, à l'exclusion du débiteur, qui exerce la même activité mais qui n'est pas propriétaire de l'immeuble dans lequel il l'exerce. S'agit-il de contraindre le créancier d'une somme modeste à élargir sa saisie à l'immeuble et à la totalité du matériel d'équipement professionnel ? L'effet en serait pervers puisque cela reviendrait à priver le débiteur de la possibilité de poursuivre son exploitation.

Détachées de la propriété immobilière, les notions de fonds de commerce ou d'entreprise qui depuis lors ont fait leur apparition sont également fondées sur une unité économique. Pourtant, nul n'a jamais songé à interdire la saisie d'éléments isolés du fonds de commerce, ni partant à obliger le créancier qui entendrait saisir un élément du fonds de commerce à étendre sa saisie à l'intégralité des éléments qui le composent.

Aussi bien, si la fiction de l'immobilisation par destination économique avait assurément pour but en 1804 d'interdire que des éléments du matériel professionnel (à l'époque essentiellement agricole) soient saisis séparément de l'immeuble (à l'époque essentiellement la ferme) au

37) Cass., 15 février 2007, disponible sur le site <http://www.cassonline.be>.

38) Voy. M.-C. de Lambertye-Autrand, « Biens-Immeubles par destination-Immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent », in *JurisClasseur Code Civil*, Art. 522 à 526, janvier 2012, n° 132, où il est question de l'adjudication d'un lot séparé de machines dans le cadre d'une saisie immobilière d'une usine.

service duquel ils sont affectés, une telle conséquence ne nous paraît plus justifiée aujourd'hui. De la même manière que les conséquences de cette fiction ont été relativisées à l'égard des sûretés mobilières, elles devraient être relativisées en matière de saisies.³⁹⁾

Sur le plan de la technique utilisée, on soulignera que la fiction de l'immobilisation par destination a un caractère transversal en ce qu'elle est susceptible d'irradier le champ d'application de toutes les dispositions, dans le Code civil mais aussi ailleurs, qui traitent des meubles ou des immeubles. Cependant, à une époque où les législations se multiplient en tous sens et où, par la force des choses, les juristes ont une connaissance de plus en plus parcellaire du droit, une telle technique de législation ne nous paraît plus indiquée. En raison tout à la fois de l'artifice qu'elle implique et de son caractère diffus, la fiction à large spectre rend l'accès au droit malaisé, du moins, lorsqu'il n'y est pas fait écho dans les dispositions qui s'y réfèrent.

* * *

30.-Au terme de cet exposé, force est de constater le caractère hétérogène des fictions.

Tantôt la fiction ne constitue qu'une métaphore pour exprimer l'effet de la règle sans cependant en expliquer le fondement : clause réputée non écrite, condition défaillie réputée réalisée, continuation de la personne du défunt par ses héritiers, représentant censé extérioriser la volonté même de la personne représentée. Envisagées comme de simples métaphores, ces fictions ne posent pas problème si, du moins s'agissant des dernières citées, on les considère bien pour ce qu'elles sont : des fictions et non la réalité : la personnalité juridique est intransmissible, le défunt ne revit pas au travers de ses héritiers, la personne représentée n'exprime pas sa volonté au travers de son représentant. Cela vaut aussi pour les représentations anthropomorphiques des personnes morales : les personnes morales, si elles correspondent bien à une réalité, ne sont cependant pas des êtres humains, doués de conscience et de volonté propres.

Tantôt la fiction fonde prétendument l'autorité du droit, s'agissant de l'adage : «Nul n'est censé ignorer la loi» et de la «vérité de la chose jugée». On ne peut que déplorer de telles formules. Les règles qu'elles expriment, à savoir l'interdiction de se prévaloir de

39) Voy., en ce sens, G. de LEVAL, La saisie immobilière, Répertoire notarial, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 107, n° 66.

son ignorance de la loi pour échapper à son application et l'autorité de la chose jugée, ne sont pas fondées sur des fictions mais sur la nécessité d'assurer le bon fonctionnement du système juridique ; elles sont du reste quelque peu nuancées.

Tantôt la fiction résulte du refus du droit de consacrer sinon la réalité, du moins une réalité. Le constat de pareille fiction renvoie alors à la question de l'opportunité du choix politique à la base de ce refus. Tel est le cas du principe du nominalisme monétaire en matière de dettes de somme. Tel est également le cas des dichotomies qui peuvent exister entre filiation juridique et filiation biologique. Encore, la filiation biologique n'est-elle qu'une des facettes de la filiation, celle-ci pouvant également être socio-affective, socio-affective en l'état de projet ou gestatrice. Au risque d'être condamnés par la Cour européenne des droits de l'homme ou le juge constitutionnel, les choix politiques portés par les lois doivent respecter les droits fondamentaux ainsi que les principes d'égalité et de non-discrimination.

Tantôt les fictions, réelles ou prétendues, relèvent de la technique juridique. Il arrive que les problèmes qu'elles suscitent soient purement techniques sans que les résultats qu'elles consacrent ne donnent lieu à discussion : enfant simplement conçu considéré comme déjà né lorsqu'il y va de son intérêt, paiement subrogatoire. Mais il arrive aussi qu'elles suscitent un questionnement qui dépasse la simple technique : rétroactivité et protection des tiers, immobilisation par destination économique et possibilité de saisir isolément un meuble ainsi immobilisé. C'est que la distinction entre choix politique et choix de technique juridique n'est pas parfaitement étanche

(논문투고일자: 2013. 2. 15 / 심사 및 수정일자: 2013. 3. 13 / 게재확정일자: 2013. 3. 21)

Mots-clés: la fiction, la réalité, la présomption légale, le détour de langage, l'autorité du droit, la souveraineté du législateur, le mandat apparent, la rétroactivité, la représentation successorale, l'immobilisation par destination

〈Indications bibliographiques〉

- Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Le problème des fictions en droit civil*, Journées de droit civil de Liège, 24 et 25 novembre 1947, t. 3, Paris, Dalloz, 1950, pp. 235-323.
- La fiction*, *Droits-Revue française de théorie juridique*, n° 21, P.U.F., 1995, pp. 3-103
- J.-L. BERGEL, «Le rôle des fictions dans le système juridique», *Revue de droit de McGill*, 1988, pp. 358-386.
- J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruxelles, Bruylant, Sirey, Paris, 1935, pp. 275-345.
- P. Delnoy, *Eléments de méthodologie juridique*, 3^{me} éd., Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 270-273.
- R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé-Essai critique*, Paris, 1911, pp. 238-251.
- F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, Paris, 1921, pp. 360-447.
- J. ISSA-SAYEGH, *Les Fictions en droit privé*, Thèse de doctorat soutenue en 1968 à l'Université de Dakar, disponible sous le lien : www.sist.sn/gsd/collect/butravau/archives/HASHb119.dir/THD-15.pdf
- Jean-Jacques Sueur (sous la direction de), *Le faux, le droit et le juste*, Actes du colloque international des 13 et 14 novembre 2008, Faculté de droit de Toulon, Centre d'études et de recherches sur les contentieux, Bruxelles, Bruylant, 2009, 442 p.
- G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1997, 441 p.
- G. Wicker, V° Fiction-*Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. Alland et S. Rials-Lamy, Presses Universitaires de France, pp. 716-720.

〈국문초록〉

법에 있어서의 의제

크리스틴느 비계*

‘법에서의 의제’에 관한 정의(définition)는 이를 설명하고자 하는 ‘상황들을 판별하는 것’만큼 많은 논쟁의 원인을 제공한다. 다양한 의제들은 어느 정도 상호간에 이질적이라는 특징을 갖는다.

경우에 따라 의제는, 그 근거를 제시하지 않으면서도, 제 규칙의 효과를 표현하는 일종의 은유일 뿐이다 : 작성되지 않은 것으로 간주되는 조항, 실현된 것으로 보는 상실조건, 상속인에 의한 망자의 인격의 지속, 추정대리인에 의한 본인 의사의 표시 등이 그러하다. 단순한 은유로 볼 때, 적어도 위의 인용과 관련하여 만약 우리가 이러한 인용을 그 자체로 본다면, 이 은유에는 아무런 문제가 없다. 이는 단지 의제이며 실체가 아니다. 이는 법인의 의인법적 표현의 경우에도 마찬가지이다. 법인이 현실에 잘 부합한다 할지라도, 법인은 고유한 의식과 의지력을 가진 인간이 아니다.

경우에 따라 의제는 소위, 다음의 법 격언과 관련하여, 법의 권위에 근거를 제공한다. “어느 누구도 법률을 모른다고 인정될 수 없다.” “판결의 진리”에 관한 것도 물론이다. 우리는 그저 이러한 표현방식을 유감스럽게 여길 뿐이다. 즉 법의 적용과 기판력을 회피하는 수단으로 법의 무지를 원용하려 하는 것을 금지한다는 것을 내용으로 하는 이러한 표현방식에 의한 규율은 의제 자체가 아닌 법체계의 순기능을 보장할 필요성에 그 근거를 두면서도 약간의 뉘앙스를 남긴다.

때에 따라 의제는 실제, 아니면 「하나의 실체를 시인하는 법」을 거부하고자 등장한다. 이 의제는 이러한 거부에 근거한 정책적 선택의 적절성이라는 질문으로 돌아간다. 물론 생물학적 친자관계는 친자관계의 일면에 불과하지만, 법적 친자관계와 생물학적 친자관계의 양분화가 바로 그러하다.

때에 따라, 실제이든 아니든, 의제는 법적 기술(技術)에서 비롯된다. 의제가 만들어낸 결과가 논란을 야기하지 않더라도, 의제는 단순히 기술적인 문제를 발생시킬 수 있다. 그러나 또한 의제는 단순한 기술을 넘어 하나의 의문을 불러일으킬 수 있다.

주제어: 의제, 실제, 법적 추정, 언어의 우회, 법의 권위, 입법자의 힘, 표현대리, 소급효, 대습상속, 용도상 부동산 취득

* 벨기에 리에취대 교수

