

LE DROIT EST-IL UNE FICTION ?

Geoffrey SAMUEL

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

Dans un manuel publié en 1940 consacré à une introduction historique à la théorie du droit l'auteur, J. Walter Jones, a rédigé des chapitres qui aujourd'hui pourraient dérouter un peu le spécialiste contemporain de la théorie du droit. Bien sûr, un de ces chapitres traite des juristes du droit civil et un autre examine l'école historique et les codes. Cependant, les théories du droit sont, pour la plupart, distribuées à travers des chapitres qui ont pour titres, entre autres « les théories psychologiques », « les théories de souveraineté » et, ce qui intéresse les juristes d'aujourd'hui, « la théorie de fiction ». Peut-on défendre la théorie voulant que le droit soit une fiction ?

Si l'on pose cette question directement, une défense se révèle peut-être assez difficile, puisque la fiction est normalement considérée comme une contradiction d'une vérité de fait. Aussi la « fiction » se distingue-t-elle d'autres expressions, telles que le « concept » et la « présomption », avec la conséquence qu'il devient difficile de construire une grande théorie sur ce fondement. L'idée que le droit comme un tout soit une fiction semble un peu simpliste, voire idéologique.

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

Or, selon Vaihinger, recourir à la fiction, c'est faire « comme si » un modèle ou une théorie est vraie, sans qu'on n'ait à s'inquiéter de la réalité ou de la vérité elle-même. Comme l'a noté Christophe Bouriau, dans un livre récent consacré à Vaihinger, il s'agit d'« une certaine attitude épistémologique », dans laquelle on se concentre sur la question de la fécondité du modèle ou de la théorie, et non sur la réalité en tant que vérité. Si l'on adopte cette philosophie du « comme si », en mettant l'accent sur la perspective épistémologique, il devient possible d'apprécier à quel point la fiction s'inscrit dans la pensée juridique. Conséquence épistémologique de cela, les sous-domaines qui font partie de la discipline du droit permettent peut-être de nous informer sur la nature même du droit.

Quelques repères bibliographiques

- Borutti, S, Fiction, in S Mesure & P Savidan (sdd), *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, Presses Universitaires de France, 2006, p. 460
- Bouriau, C., *Le « comme si » : Kant, Vaihinger et le fictionalisme*, Les Éditions du Cerf, 2013
- Del Mar, M & Twining, W (sdd), *Legal Fictions in Theory and Practice*, Springer, 2015
- Fuller, L, *Legal Fictions*, Stanford University Press, 1967
- Jones, JW, *Historical Introduction to the Theory of Law*, Oxford University Press, 1940
- Mathieu, M-L, *Les représentations dans la pensée des juristes*, IRJS Éditions, 2014
- Vaihinger, H, *La philosophie du comme si*, Éditions Kimé, 2^e éd, 2013, trad. C. Bouriau