

LES FORMES DE L'ANALOGIE

Par

Benoît FRYDMAN

Aspirant F.N.R.S

Chercheur au Centre de Philosophie du Droit
de l'Université Libre de Bruxelles

Selon Chaïm Perelman, le raisonnement par analogie n'est pas de nature logique mais rhétorique car sa force de conviction repose non sur une structure formelle mais sur un contenu (1). On peut cependant observer que, dans la langue, tout message, tout contenu est porté par une forme et que les procédés rhétoriques, tels les tropes ou les figures, ont eux-mêmes une structure formelle identifiable (2). Nous nous proposons dans cet article d'analyser les formes qu'empruntent les analogies dans le discours juridique ainsi que les liens entre ces formes et les contenus normatifs qu'elles véhiculent afin d'évaluer leur portée épistémologique c'est-à-dire leur contribution à la connaissance du droit et à la construction progressive des systèmes juridiques.

1. - HOMOLOGIE DE RAPPORTS ET DROIT NATUREL

Dans un sens technique et fort, les philosophes et les rhétoriciens définissent l'analogie comme une figure établissant une homologie ou une similitude de rapports entre deux couples de termes (3). Elle obéit à la structure formelle "A est à B ce que C est à D" (A:B::C:D). Dans ce premier sens, l'analogie n'implique aucune

(1) Sur la thèse majeure de Chaïm Perelman de la nature rhétorique et non logique du raisonnement juridique, voyez notamment : "Qu'est-ce que la logique juridique ?" in *Éthique et droit*, Bruxelles, Ed. de l'U.L.B., 1990, pp. 596-605, spéc. sur l'analogie p. 598 et "Propos sur la logique juridique", in *Éthique et droit*, pp. 636-648, spéc. p. 638. - Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 5ème éd., Bruxelles, Ed. de l'U.L.B., 1988, § 83, p. 508 : "ce qui fait qu'elle diffère profondément de la simple proportion mathématique c'est que la nature des termes, dans l'analogie, n'est jamais indifférente".

(2) Voyez : Groupe μ , *Rhétorique générale*, Paris, Seuil, 1982 (col. Points) qui présente une tentative remarquable de formalisation de la rhétorique.

(3) Pour E. Kant, analogie "ne veut pas dire, comme on l'entend communément, une ressemblance imparfaite entre deux choses, mais bien la ressemblance parfaite de deux rapports entre des choses tout-à-fait dissemblables" (*Prolégomènes à toute métaphysique future qui pourra se présenter comme science*, Paris, Vrin, 1986, § 58, p. 137). - Ch. Perelman, "Analogie et métaphore en science, poésie et philosophie", *Revue internationale de Philosophie*, 1969, pp. 3-15, réédité in *Rhétoriques*, Ed. de l'Université Libre de Bruxelles, 1989, pp. 395-409, spéc. p. 396. - M. Dorolle, *Le raisonnement par analogie*, Paris, PUF., 1949, ch. 1er, pp. 1-16.

identité ou ressemblance entre les termes eux-mêmes (A/C ou B/D), ce qui la distingue de la métaphore (4). Au contraire, les couples mis en relation sont fréquemment empruntés à des champs sémantiques très éloignés, dont l'un est familier et l'autre non (5).

L'analogie permet ainsi au raisonnement de progresser du connu vers l'inconnu. Le scientifique y recourt notamment dans l'application de paradigmes confirmés à des champs d'application inédits (6), favorisant la généralisation progressive des théories scientifiques (7). Le métaphysicien en fait un usage par prédilection pour traiter des entités seulement intelligibles au départ des données sensibles. Platon mobilise déjà ses vertus pédagogiques pour enseigner l'idée du Bien dans la célèbre analogie de la ligne du livre VI de la *République* (509-510) (8). Dans *l'Éthique à Nicomaque* (E, 1131 a 30 et s.), la notion d'analogie permet à Aristote de définir les caractères de la justice distributive. Pour Saint Thomas, à la suite de Maïmonide, les attributs divins bibliques doivent être entendus comme des analogies. Celles-ci permettent de porter des jugements vrais sur Dieu sans rien révéler de son essence (9). L'analogie conservera jusque chez Kant cette fonction de lutte contre l'anthropomorphisme religieux (10) mais également d'instrument de la connaissance symbolique qui autorise "la transmission de la réflexion sur un objet de l'intuition à un tout autre concept, auquel ne peut jamais correspondre directement une intuition" (11), c'est-à-dire notamment aux idées de la raison. Enrôlée au service de la raison pratique, l'analogie assiste la réflexion sur les concepts de la moralité et du droit. Par exemple, Kant relève :

"une analogie entre le rapport juridique d'actions humaines et le rapport mécanique des forces motrices : je ne puis rien faire contre autrui sans lui donner le droit d'en faire autant contre moi dans les mêmes conditions, exactement comme aucun corps ne peut agir sur un autre avec sa force motrice sans être par là même cause que cet autre corps réagisse d'autant contre lui. Dans cet exemple, droit et force motrice sont des choses tout-à-fait dissemblables mais dans leur rapport il y a cependant ressemblance complète (12)".

Dieu, le Bien, la Justice, le Droit, l'histoire de l'analogie dans la pensée philosophique est liée à la spéculation sur les essences (13). L'analogie assure ce point de passage de la connaissance des phénomènes vers l'appréhension des essences et

(4) Perelman, *loc. cit.* - Comp. cependant Perelman et Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique, o. c.*, p. 533 plus nuancé.

(5) Le rapprochement des deux séries de termes sur un même plan produit souvent un effet comique ou de ridicule : l'analogie du rapport de l'évêque et ses fidèles à celui du pasteur avec ses brebis peut ainsi être détournée en assimilant les fidèles à un troupeau bêlant (métaphore) (Perelman et Olbrechts-Tyteca, *loc. cit.*).

(6) Dorolle, *op. cit.*, pp. 61-69 et les exemples cités. - Sur la notion de *paradigme* et son rôle dans la progression de la science normale : Th. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1983 (traduction française).

(7) Dorolle, *op. cit.*, pp. 70-82. - Ph. Secrétan, *L'analogie*, PUF (Que sais-je?), 1984, pp. 95-6.

(8) Voyez plus en détail : Grenet, *Les origines de l'analogie chez Platon*, Paris, Boivin, 1948, spéc. à propos de *La République* pp. 119-123 et p. 151 et s.

(9) Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, Dieu, Desclées, 6ème éd., 1958, t. 1er, Question 1, art. 9 : "il est naturel à l'homme de s'élever à l'intelligible par le sensible, parce que toute notre connaissance prend son origine des sens. Il est donc parfaitement convenable que dans l'Écriture sainte, les choses nous soient livrées au moyen de métaphores corporelles" et t. II, appendice II, pp. 386-8.- Maïmonide, *Le guide des égarés*, Paris, Verdier, 1979 (trad. Munk), 1ère Partie, § 46, pp. 99-105.

(10) *Prolégomènes, op. cit.*, § 58 et *Critique de la faculté de juger*, Paris, Gallimard (Folio), 1985, § 59, pp. 315-6.

(11) *Critique de la faculté de juger, o.c.*, § 59, p. 315.

(12) *Prolégomènes, o.c.*, § 58, note 1, p. 137. - Ce passage n'est pas sans évoquer la mécanique des passions dans le livre III de *L'Éthique* de Spinoza.

(13) En ce sens : Secrétan, *o. c.*, p. 77 : "l'analogie (...) est métaphysique de part en part".

donc de l'être (*Sein*) vers le devoir être (*Sollen*), des faits vers les normes (14). La théorie du droit naturel repose d'ailleurs toute entière sur une analogie puisqu'elle affirme une homologie théoriquement parfaite entre l'ordonnement du monde physique et celui du monde moral et juridique, qui fonde la possibilité d'une science exacte des normes à l'image des sciences physiques et mathématiques (15). La doctrine contemporaine, peu suspecte de jusnaturalisme, utilise cependant encore à l'occasion cet argument analogique (16) lorsqu'elle prétend tirer de la "nature des choses" des conséquences quant au contenu de l'ordre juridique, comme l'illustre l'exemple suivant (17).

2. - ILLUSTRATION. - LE LAPIN, LE COBRA ET L'O.P.A.

En janvier 1988, la société française Cérus lança une offre publique d'achat sur la Société Générale de Belgique, première holding du Royaume. A la suite de l'imbroglie judiciaire qui s'en suivit et dans la crainte d'une vague d'O.P.A., de nombreuses sociétés belges mirent au point des mesures de défense contre les attaques des "raiders" (18). La licéité de ces mesures de défense était cependant contestée judiciairement et une partie croissante de la doctrine se ralliait à la "rule of passivity", réduisant à l'inaction les organes de la société pendant le déroulement de l'opération. Dans une série de conférences (19), le Professeur van Ommeslaghe devait combattre cette position en arguant notamment que "la société cible ne doit pas demeurer face au raider comme le lapin paralysé devant le cobra". L'arrêté royal du 8 novembre 1989 (20), qui règle le régime des O.P.A., lui donna par la suite raison en autorisant assez largement les mesures de protection (21).

D'un point de vue formel, on repère bien une analogie au sens fort : la figure établit une homologie entre, d'une part, le comportement juridique de la société cible à l'égard du raider et, d'autre part, celui d'un animal face à son prédateur. Notons cependant que l'analogie est niée dans le moment même où elle est avancée (22) : la société cible ne doit pas se comporter comme le lapin. Tentons à présent de "décoder" l'argument en explicitant ses présuppositions (23). L'histoire qu'il nous

(14) Sans pour autant violer la *Loi de Hume*, qui prescrit de ne pas déduire un "doit" d'un "est" puisque l'analogie maintient intacte la distance entre les deux couples de termes mis en relation (v. *Prolégomènes*, loc. cit.).

(15) Par exemple, S. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, Londres, Nours, 1740, (traduit et commenté par J. Barbeyrac), L. 1er, ch. II, § 1, pp. 24-25, citant en outre Aristote. - Les théoriciens du droit naturel moderne se défient par contre de l'analogie juridique classique (*argument a pari*) car ils préfèrent fonder la solution sur la déduction des principes plutôt que sur la ressemblance jugée trompeuse des espèces (*infra* § 3)

(16) Comp. Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *o. c.*, § 82, p. 503 : "En droit, le raisonnement par analogie proprement dite se limite, semble-t-il, à la confrontation sur des points particuliers, entre des droits positifs distincts par le temps, l'espace géographique ou la matière traitée".

(17) L'analogie est également prisee par les théoriciens du droit pour ses qualités pédagogiques. Voyez, par exemple, l'analogie du roman à la chaîne (*Chain Novel*) par laquelle R. Dworkin rend compte de l'interprétation judiciaire dans *L'empire du droit (Law's Empire)*, Cambridge, Mass., 1986, trad. par E. Soubrenie, Paris, PUF, 1994, spéc. pp. 229-232 (250-254 de la traduction française).

(18) A. Bruyneel, "Les offres publiques d'acquisition - réforme de 1989", *Journal des Tribunaux*, 1990, pp. 141-160 et 165-183, spéc. § 24, pp. 148-9.

(19) Malheureusement demeurées inédites.

(20) En exécution de la loi belge du 2 mars 1989.

(21) Bruyneel, *o. c.*, § 46, p. 157 et § 70, pp. 167-8.

(22) Il s'agit d'un procédé classique déjà utilisé par Cicéron dans la *Rhétorique à Herennius*, liv. IV, § 59. - Voyez Perelman et Olbrechts-Tyteca, *o. c.*, p. 520.

(23) Sur la notion de présupposition en sémiotique : U. Eco, *Les limites de l'interprétation*, Paris, Grasset, 1992 (traduction), pp. 307-342.

raconte est à peu près la suivante. Dans la nature, où règne la loi de la jungle, les prédateurs s'attaquent à des proies mais ces proies se défendent et tentent de leur échapper, sauf dans l'hypothèse exceptionnelle, presque contre-nature, où elles en sont empêchées comme le lapin que fascine le cobra. Si la vie des affaires est pareille à la jungle (lieu commun), alors il est normal que des raiders tentent des O.P.A. mais non moins légitime que les sociétés visées cherchent à échapper à leur appétit. Le droit de la société cible de prendre des mesures de protection constitue une application particulière du droit naturel dont jouit celui qui est attaqué de se défendre. En priver la société cible reviendrait à créer une position asymétrique favorisant de manière peu loyale le raider. Comme on le voit, l'analogie véhicule bien en l'espèce, dans sa structure même, un argument de type jusnaturaliste, fondé sur un parallèle être / devoir être.

3. - ARGUMENT A PARI. - FONDEMENT ET ÉVOLUTION HISTORIQUE

En règle générale, les juristes utilisent le terme "analogie" dans le sens plus faible de similitude. Sous cette acception, le raisonnement par analogie s'identifie au raisonnement *a pari*, autrement nommé *a simili* (24). Il étend l'application d'une règle à une situation semblable sous un rapport pertinent à celle pour laquelle la règle est établie.

L'argument *a pari* s'appuie sur la *règle de justice*, laquelle exige le traitement égal des cas semblables (25). Il constitue un instrument privilégié pour la casuistique en permettant la solution des cas nouveaux par référence aux espèces jugées similaires. L'analogie autorise un raisonnement en quelque sorte horizontal, procédant d'espèce à espèce. Elle occupait un rang très important dans la pensée scolastique qui la rangeait avec les arguments *a fortiori* et *a contrario* dans la famille des raisonnements logiques. La dogmatique juridique leur a conservé ce titre jusqu'à nos jours (26).

Ce statut logique de l'argument *a pari* a cependant été contesté dès les jusnaturalistes modernes qui, spécialement avec Leibniz, jettent les bases de la logique déontique. Pour l'homme de science du XVIIème siècle, en rupture avec la pensée scolastique, la ressemblance n'est pas une idée de la raison mais un effet de l'imagination, source de confusion et de tromperie par les sens. Comme l'écrit Foucault, à l'âge classique "la similitude n'est plus la forme du savoir mais plutôt l'occasion de l'erreur" (27). Les jusnaturalistes préfèrent à l'interprétation extensive horizontale des textes ou des cas par le biais de leur similitude la déduction verticale depuis des principes certains jusqu'aux solutions particulières. Ce modèle déductif, inspiré des *Éléments* d'Euclide, représente pour eux la forme logique par excellence.

Au XIXème siècle, les jurisconsultes de l'école de l'Exégèse reprennent l'argument *a pari* dans les instruments de l'"interprétation logique" mais l'expression revêt ici un sens plutôt psycho-logique. En effet, selon la définition qu'en donnent

(24) J.L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 2ème édition, Paris, Dalloz, 1989, § 232, p. 244 et § 255, p. 273. - Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2ème édition, Paris, Dalloz, 1979, § 33, pp. 55-56.

(25) Ch. Perelman, *Logique juridique, o. c.*, § 7, p. 7. - Adde : "La règle de justice" in *Éthique et droit*, Bruxelles, Ed. de l'U.L.B., 1990, p. 108 et s.

(26) Ce statut logique de l'analogie est encore pris à la lettre par certains logiciens contemporains du droit notamment G. Kalinowski, *Introduction à la logique juridique*, Paris, L.G.D.J., 1965, pp. 148-9.

(27) M. Foucault, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966 (col. Tel), p. 65. - Don Quichotte est le type du personnage aliéné dans l'analogie et qui dès lors prend les moulins pour des guerriers etc. (*idem*, p. 63 et s.).

les traités, "[l'interprétation logique] fait connaître l'esprit de la loi, les motifs qui ont guidé ses auteurs" (28). Dans cet esprit, l'analogie permet d'"étendre (...) la sphère d'application d'une disposition légale, dont la rédaction, quoique claire et complète en elle-même, ne rendrait cependant pas exactement la pensée du législateur" (29).

La science du XX^{ème} siècle modifie encore le statut de l'analogie à qui elle accorde une valeur heuristique de guide dans la recherche et d'instrument de la découverte scientifique (30), rôle que lui reconnaît largement Gény dans la libre recherche scientifique en droit (31). Mais les scientifiques lui dénie toute prétention logique de même qu'une quelconque valeur probante (32). Après le tournant linguistique, les épistémologues contemporains s'intéressent principalement au statut discursif de l'analogie : on tente d'en comprendre la portée en étudiant le rôle qu'elle assume et la manière dont elle fonctionne dans le discours.

4. - TYPES DE SIMILITUDE. - MÉTAPHORE ET MÉTONYMIE

La question qui se pose à nous est celle de la forme du rapport entre deux termes ou deux prédicats x et y qui, dans le discours juridique, autorise le raisonnement par analogie : quel type de lien établi entre x et y justifie-t-il que le régime L applicable à x soit étendu à y ? par quelle direction le juriste progresse-t-il de x vers y ?

La théorie du droit unanime enseigne que le raisonnement par analogie se fonde sur une *ressemblance* entre x et y , pertinente au point de vue du régime juridique en cause. Ainsi, Perelman relève qu'un règlement interdisant aux chiens l'accès au quai d'une gare s'appliquera *a simili* à tout animal aussi encombrant, une chèvre par exemple (33). La ressemblance est une catégorie étrangère à la logique formelle, qui ne connaît que l'identité (34), voire la proportion. La ressemblance est une catégorie rhétorique. Elle permet, pour parler comme les psychanalystes, l'association d'une idée à une autre par le truchement du discours (35).

Toutefois, un examen même superficiel du discours juridique permet de relever, à côté des analogies qui effectivement expriment une ressemblance, de nombreuses autres qui n'en supposent à l'évidence aucune. Prenons, par exemple, la division des biens en meubles et immeubles. L'article 524 du Code civil répute immeuble par destination "les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le

(28) F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 1^{er}, Paris-Bruxelles, 1869, § 272, pp. 341-2.

(29) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5^{ème} édition, t. 1^{er}, § 40, pp. 193-4. - Dans le même sens : Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil français*, t. 1^{er}, 10^{ème} édition, Paris, 1908, § 101 *in fine*, p. 53. - Voyez plus en détail sur l'interprétation logique dans l'école de l'exégèse : B. Frydman, "Exégèse et Philologie : un cas d'herméneutique comparée", *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, 1994.33, pp. 59-83, spéc. I.4., pp. 68-70.

(30) Derolle, *o. c.*, pp. 61-70. - Adde : M. De Coster, *L'analogie en sciences humaines*, Paris, PUF, 1978.

(31) F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^{ème} éd. revue et augmentée, 1919, t. II, § 165-6, pp. 117-130. - *Science et technique en droit privé positif*, t. 1^{er}, Paris, Sirey, § 54, pp. 157-160.

(32) Ch. Perelman, "Analogie et métaphore...", *o. c.*, spéc. pp. 399-400 et *Logique juridique*, *o. c.*, § 68, p. 129. - Comp. cependant avec Perelman et Olbrechts-Tyteca, *o. c.*, § 82, p. 500 qui paraît moins négatif.

(33) Ch. Perelman, *Logique juridique*, *o. c.*, § 33, p. 56.

(34) H. Schwarz-Liebermann von Walhendorf, *Réflexions sur la nature des choses et la logique du droit*, Paris-La Haye, Mouton, 1973, p. 188.

(35) Sur la rhétorique dans la pensée de Freud : T. Todorov, *Théories du symbole*, Paris, Seuil (col. Points), 1977, p. 289 et s.

service et l'exploitation de ce fonds", tels les animaux d'une exploitation agricole (36) ou les meubles garnissant les chambres d'un hôtel, tels les lits (37). De même, la jurisprudence classe les droits réels ou de créance en mobiliers ou immobiliers selon que ces droits portent sur des meubles ou des immeubles (38). Dans tous ces cas, le régime juridique des meubles ou immeubles est étendu par analogie à certaines catégories de biens. Mais la relation qui unit les lits et l'hôtel ou le droit et l'objet sur lequel il porte n'est certainement pas un rapport de ressemblance. On invoque généralement dans de tels cas une *fiction* mais qu'a-t-on exprimé de plus par là que de la perplexité devant une analogie sans ressemblance ?

Les sciences du discours et la rhétorique en particulier nous apprennent que, dans le langage courant, la ressemblance n'est pas le seul critère qui autorise la substitution d'un terme par un autre dans une relation d'équivalence. La théorie des tropes et des figures dresse le catalogue des formes de substitution repérables dans le discours. Pour se limiter ici à l'essentiel, le linguiste Roman Jakobson distingue deux formes majeures de substitution : la métaphore et la métonymie (39). Celles-ci correspondent aux deux axes principaux du discours : le paradigme et le syntagme (40). Le syntagme est une chaîne de mots co-présents pourvue d'un sens, soit une phrase. Le paradigme est un ensemble de termes substituables en un même point de la chaîne syntagmatique (41). La métaphore, qui fonctionne sur la ressemblance, remplace un terme par un autre issu du même paradigme. La métonymie opère par contre un glissement sur la chaîne syntagmatique en utilisant un terme pour un autre qui lui est habituellement contigu (42). Ces deux opérations fournissent à chaque signe linguistique deux groupes d'"interprétants" c'est-à-dire des réserves de termes substituables dans des contextes spécifiques (43). Le discours, et donc le raisonnement, se développent sur l'un ou l'autre de ces axes, selon un procès métaphorique ou métonymique (44).

Dans l'exemple donné par Perelman, l'interdiction de l'accès du quai de gare au chien étendue à la chèvre répond clairement à un procès métaphorique. Les deux termes appartiennent au même paradigme de l'"animalité encombrante", ce qui justifie leur substitution par le raisonnement analogique. Par contre, le procès métonymique est repérable dans le glissement qui étend le régime mobilier ou immobilier d'un bien aux droits divers qui portent sur ce bien ou encore dans l'extension du régime immobilier d'un fonds aux meubles destinés à son exploitation. Dans les deux derniers cas, l'immeuble et le droit ou les lits et l'hôtel n'appartiennent pas au même paradigme mais bien à un même syntagme (les lits de l'hôtel, le droit sur l'immeuble). Ils ne sont pas équivalents mais se suivent dans la chaîne du discours. Ils n'entretiennent pas un rapport de ressemblance mais de proximité, de contiguïté. Et c'est à la faveur de ce rapport que l'analogie opère la substitution de l'un à l'autre.

(36) Art. 524 al. 2 du Code civil.

(37) De Page et Dekkers, *Traité élémentaire de droit civil*, t. V, § 674 et s., p. 612 et s.

(38) De Page et Dekkers, *o. c.*, § 688 et s., p. 620 et s.

(39) "Deux aspects du langage et deux types d'aphasie", in *Essais de linguistique générale*, Paris, Ed. de Minuit, pp. 43-67.

(40) La distinction, mais non la terminologie, remonte à F. de Saussure, *Cours de linguistique générale*, 2^{ème} édition, p. 170 et s.

(41) Par exemple : R. Barthes, "Éléments de sémiologie", in *L'aventure sémiologique*, Paris, Seuil, 1985 (col. Points), pp. 17-84, spéc. III.1, pp. 53-57.

(42) Cette contiguïté peut être temporelle, spatiale, causale, etc.

(43) Jakobson, *o. c.*, p. 49. - Sur la notion d'interprétant : C.S. Peirce, *Collected Papers*, 5.484 défmissant le processus sémiotique.

(44) Jakobson, *o. c.*, p. 61.

Nous formulons l'hypothèse que la catégorie du raisonnement *a pari*, qui permet d'étendre à y le régime juridique appliqué à x, recouvre en pratique deux procès formellement distincts selon que soit établi entre x et y un lien de ressemblance (procès métaphorique) ou de contiguïté (procès métonymique). Cette double nature du raisonnement par analogie avait d'ailleurs déjà été repérée par Carnap, dans un manuscrit posthume, où il fait la distinction entre "*analogy by similarity*" et "*analogy by proximity*" dans un autre contexte mais avec le même objectif épistémologique (45). L'enjeu consiste à déterminer quelles valeurs respectives de connaissance ou de conviction, bref de rationalité, peuvent être accordées à ces deux formes d'analogie juridique. Nous en aborderons l'étude par un exemple tiré de la jurisprudence pénale française et belge.

5. - ILLUSTRATION. - VOL D'ÉLECTRICITÉ ET VOL DE DONNÉES INFORMATIQUES

A la suite du Code pénal de 1810, les droits français et belge définissent le vol comme la soustraction frauduleuse d'une chose appartenant à autrui (46). La jurisprudence exige classiquement que le vol porte sur une "chose matérielle" (47). Avec l'évolution des infrastructures urbaines, la question se posa de savoir si le détournement des canalisations d'eau au préjudice de la compagnie des eaux constituait un vol. La Cour de cassation de France y répondit affirmativement. A l'encontre des prévenus qui invoquaient le caractère de *res nullius* de l'eau, la Cour constata, qu'en emmagasinant l'eau et en la transportant dans ses tuyaux, la Compagnie s'en était rendu légitimement propriétaire (48). Dans la foulée, la jurisprudence fut bientôt amenée à se prononcer sur des branchements illicites détournant de l'électricité. Un débat passionné s'engagea en doctrine sur la nature physique de l'électricité (question controversée à l'époque chez les scientifiques) afin de déterminer si celle-ci pouvait ou non être assimilée à une "chose" et donc faire l'objet d'un vol (49). Les cours de cassation française et belge tranchèrent également affirmativement cette nouvelle question (50), contrairement au Reichsgericht allemand qui avait refusé la qualification de chose à l'électricité (51). Les deux cours adoptent des motivations similaires. Selon la Haute juridiction française, "l'électricité est livrée par celui qui la produit à celui qui la reçoit pour l'utiliser ; elle passe, par l'effet d'une transmission qui peut être matériellement constatée de la possession du premier dans la possession du second". De même, son homologue belge admet que l'électricité constitue "une marchandise" au motif que "le courant produit par les machines de la partie civile et amené dans la canalisation du prévenu

(45) Th. Kuipers, "Inductive analogy by similarity and proximity" in D. Helman ed., *Analogical Reasoning*, Kluwer, 1988, pp. 299-313.

(46) Art. 461, al. 1er du Code pénal belge et art. 379 du Code pénal français ancien, légèrement modifié dans l'art. 311-1 du nouveau code. L'art. 311-2 vise spécifiquement le vol d'énergie.

(47) "Le vol de données informatiques", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée du 2 septembre 1991 de la Cour d'appel de Bruxelles par M. l'avocat général J. Spreutels, *Revue de droit pénal*, 1991, pp. 1027-1064, spéc. § 13, p. 1035.

(48) Cass. Fr. 10 décembre 1887, D.P. 1888.1.93. - G. Huybrechts, "Les vols d'eau, de gaz et d'électricité", *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1935, pp. 235-249, spéc. pp. 235-6 et les autres références citées.

(49) Voyez pro E. Pilon, "Le problème juridique de l'électricité", *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1904, pp. 5-30 et contra J.A. Roux, Note sous Toulouse 7 juin et 3 juillet 1901, *Sirey*, 1902, II, pp. 185-6.

(50) Cass. Fr., 3 août 1912, D., 1913.1.439 et Cass. B., 20 juin 1934, *Pas.*, 1934, I, pp. 332-4.

(51) Deux décisions du 20 octobre 1896 et 1er mai 1899 provoquant l'adoption d'une législation spéciale du 9 avril 1900 (Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 1982, vol. II, p. 1803 et notes. - Adde : Pilon, o. c., p. 241).

n'était pas une chose immatérielle et qu'elle représentait une chose commerciale susceptible d'appropriation (...)" . Dans le prolongement de ces décisions, la Cour de cassation belge a plus récemment admis la qualification de vol dans le cas d'une soustraction "d'énergie électronique sous forme de signaux radio-électriques de haute fréquence fournissant des images et du son" (52). Par contre, dans une affaire de faux décodeur Canal +, la Cour d'Appel de Paris a refusé cette nouvelle extension au motif que "l'onde hertzienne, fût-elle porteuse d'un "signal" codé ou non, est projetée dans l'espace où elle se perd (...) et échappe ainsi à la maîtrise de son émetteur à partir de l'antenne d'émission" (53). La Cour de cassation de France a également repoussé la qualification de vol pour l'usage d'un minitel sans autorisation de l'abonné au motif que les communications téléphoniques ne sont pas des choses mais des prestations de services non susceptibles d'appropriation (54).

Le développement spectaculaire de l'informatique a une nouvelle fois mis à l'épreuve la notion de "soustraction d'une chose" développée par la jurisprudence. Plusieurs juridictions de fond françaises et belges n'ont pas hésité à prononcer des condamnations pour vol de données informatiques (55). Par un arrêt de principe du 12 janvier 1989, la Cour de cassation de France a confirmé que les données informatiques sont des choses susceptibles d'être volées (56). La Cour revient à cette occasion sur l'indication donnée dix années plus tôt dans un rapport annuel selon lequel "les informations enregistrées dans un ordinateur peuvent en effet difficilement être qualifiées de choses" (57). Dans son arrêt, la Cour relève, d'après les constatations du juge du fond, que les informations avaient été copiées sur des disquettes volées à leur propriétaire, préservant ainsi le principe de la matérialité (58). Mais peut-on parler de soustraction alors que l'information est copiée mais demeure à la disposition de son propriétaire ? Que se passe-t-il en outre lorsque l'information est simplement consultée et non recopiée ? Le tribunal correctionnel de Bruxelles a eu à trancher cette question dans la très médiatique affaire "Bistel" où deux jeunes surdoués s'étaient introduits dans la banque de données informatique ultra-confidentielle du Premier Ministre belge à l'aide d'un ordinateur et d'une prise modem. Le Tribunal condamne les prévenus pour "vol d'énergie informatique" car ceux-ci ont puisé dans les fréquences du système Bistel causant une perte d'énergie électrique minime mais économiquement appréciable (59). En outre, le vol est aggravé par l'utilisation de "fausses clés", en l'espèce le mésusage du code d'accès à Bistel (60). Cette décision a été réformée par la Cour d'appel de Bruxelles qui ne retient pas le vol mais seulement le fait de surprendre le secret d'une communication téléphonique (61). La Cour se montre sceptique sur la notion d'"énergie électronique" qui avait fourni une base matérielle au jugement *a quo*. Cependant, dans son discours de rentrée de septembre 1991, l'Avocat général Spreutels indique

(52) Cass. B. 23 septembre 1981, *Pas.*, 1982, I, 120 confirmant Bruxelles, 25 mars 1981, *Revue de droit pénal*, 1982, p. 287.

(53) Paris, 24 juin 1987, *Gaz. Pal.*, 3 septembre 1987 et obs.

(54) Cass. Fr., 12 et 13 décembre 1990 (2 espèces), *Gaz. Pal.*, 11 février 1992, p. 111-2.

(55) Voyez les références in Spreutels, *o. c.*, § 24-27, pp. 1044-48.

(56) Cass. Fr., 12 janvier 1989, *Gaz. Pal.*, 14-15 juillet 1989, jur, p. 23.

(57) M.L. Rassat, "Le rapport de la Cour de cassation (année 1979)", *J.C.P.*, 1981, I, 3041.

(58) Spreutels, *o. c.*, p. 1049. - Dans le même sens : Bruxelles, 10 mai 1989, *Pas.*, 1990, II, pp. 1-7 : le disque support de l'information permet de constater la soustraction frauduleuse car c'est un objet matériel susceptible d'un transfert de possession. - Contra : Liège, 25 avril 1991, *Revue de droit pénal*, 1991, pp. 1013-5.

(59) Corr. Bruxelles, 8 novembre 1990, *Journal des Tribunaux*, 1991, p. 11.

(60) Dans le même sens : Corr. Bruxelles, 5 juin 1991, *J.L.M.B.*, 1992, pp. 497-500.

(61) Bruxelles, 24 juin 1991, *Revue de droit pénal*, 1992, pp. 340-345.

que le vol ne porte pas sur l'information mais sur la donnée (62). Or une donnée est une chose, une impulsion électrique quantifiable, une énergie même minime. La soustraction d'une donnée est donc constatable et sanctionnable au titre de vol. En France, la jurisprudence de la Cour de cassation a évolué vers l'admission du vol d'information pur et simple, indépendamment d'un quelconque support, sans évoquer le vol d'énergie, mais en admettant le vol d'une "chose incorporelle" (63).

Lorsqu'on considère globalement l'évolution de cette jurisprudence sur le vol, on constate que celle-ci n'est pas guidée par une définition préalable du mot "chose". Ce terme est plutôt progressivement vidé de son sens matériel selon un processus rhétorique d'asémie classique en langue vulgaire (64) : il vaut pour tout terme quelconque. La jurisprudence se construit d'un cas à l'autre selon un procédé analogique. Bien évidemment, l'interprétation analogique est proscrite en droit pénal et les juges en réfutent ici l'usage (65). Nous reviendrons sur cette question (*infra* § 7) mais contentons-nous pour l'instant, sans *a priori* normatif, de décrire les mécanismes rhétoriques mis en oeuvre dans le discours judiciaire pour passer d'un précédent à une espèce inédite.

Le passage du vol d'eau au vol d'électricité obéit bien à un processus métaphorique. Tout comme l'eau, l'électricité est stockée par la compagnie distributrice avant d'être transportée par canaux chez les utilisateurs dans des quantités mesurables par compteur. On peut supputer que, tandis que la nature de l'électricité demeurerait floue pour la science, des métaphores scientifiques passées dans le langage courant qui assimilent l'électricité à un fluide, porté par un courant (66), ont puissamment contribué à cette assimilation et convaincu les juges de la similitude. La métaphore est remise à profit pour le vol d'images lorsqu'elles sont transportées par fibres optiques mais non pour les émissions hertziennes car les images se perdent alors dans les airs... Le processus se bloque également pour les communications téléphoniques, pourtant véhiculées elles aussi par des canaux, mais sans qu'on puisse envisager la prise de possession de la voix ou du message.

La délinquance informatique fournit l'occasion d'un nouveau développement analogique mais de nature différente. Pour sanctionner le vol de données informatiques ou de programmes, la jurisprudence assimile d'abord l'objet convoité (les données) au support sur lequel celles-ci sont copiées (disque ou disquette) pour pouvoir constater une soustraction matérielle. L'identification de la donnée à son support n'est pas métaphorique puisque fondée sur aucune ressemblance mais bien métonymique : elle fonctionne sur la contiguïté. De même, la jurisprudence belge qui assimile le vol de données informatiques à un vol d'électricité repose sur une métonymie : l'opération ne porte pas sur l'électricité elle-même ou sur une "chose" qui lui ressemblerait mais est bien commis à l'aide de l'électricité, énergie qui assure le fonctionnement des ordinateurs. Dans les deux cas, on repère un *déplacement* du corps du délit sur la chaîne du syntagme.

La distinction métaphore/métonymie nous permet de mieux comprendre pourquoi la jurisprudence relative au vol d'électricité est plus convaincante que celle relative au vol de données informatiques. Construite sur une ressemblance (fût-elle imagée), la première pouvait s'appuyer sur la règle de justice alors que la seconde ne se rattache au critère classique de la matérialité de la chose volée qu'au prix d'une

(62) Spreutels, *o. c.*, p. 1051.

(63) M.P. Lucas de Leyssac, "L'arrêt Bourquin, une double révolution (...)", *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*, 1990, pp. 507-520. - *Comp. l'évolution avec la chronique du même auteur in Dalloz*, 1985, Chr., pp. 43-49.

(64) Groupe μ , *o. c.*, p. 103.

(65) Par exemple, très en détail : Spreutels, *o. c.*, §§ 7-10, pp. 1022-4.

(66) Voyez Pilon, *o. c.*, p. 11 et Secrétan, *o. c.*, p. 90.

contiguïté plus sujette à caution. C'est que le discours scientifique privilégie nettement la métaphore, perçue comme plus rationnelle, par rapport à la métonymie, davantage associée à des modes de pensée rudimentaires (enfantine, primitive, onirique...) (67). La métonymie se fait également beaucoup plus discrète et moins repérable pour l'interprète ; elle s'insinue de manière insidieuse dans le raisonnement. On comprend dès lors et on ne peut qu'approuver l'hésitation des hautes juridictions à sanctionner la duplication de données informatiques comme vol de disquettes ou d'énergie électronique, même si la voie ouverte par la Cour de cassation de France, en admettant le vol d'une chose incorporelle, s'annonce également semée d'embûches.

6. - FONCTIONS ET LIMITES DE L'ANALOGIE

L'évolution de la jurisprudence relative au vol d'électricité et de données informatiques permet également de bien cerner la fonction du raisonnement analogique en droit. Celle-ci peut être lue selon un double point de vue. A l'époque de sa première utilisation, l'analogie participe à la découverte ou, s'il on préfère, à la construction du droit : elle joue un rôle heuristique en contribuant à résoudre un cas difficile. L'assimilation de l'électricité à l'eau permet de sanctionner pénalement un comportement jusqu'alors inconnu par référence à un délit classique. Si on considère une temporalité plus étendue, certaines analogies sont rejetées et tombent dans l'oubli alors que d'autres "font jurisprudence" c'est-à-dire s'intègrent parfaitement à l'ordre juridique en telle sorte qu'elles ne sont plus perçues comme des analogies mais comme appartenant à la "réalité juridique" elle-même. Tel est le cas par exemple du vol d'énergie en droit français et belge. Ce processus de cristallisation est bien identifié par les rhétoriciens sous le nom de *catachrèse*. Il participe activement à l'évolution de la langue. On appelle parfois métaphores endormies ces expressions devenues courantes mais, comme le remarque Umberto Eco, elles ne sont figées qu'en apparence et peuvent toujours être réactivées (68). Ainsi, le concept classique et fondamental de personne morale s'est construit par le moyen d'une métaphore au départ de la notion de personne physique. Puis, il s'est sédimenté pendant des siècles avant d'être réactivé à plusieurs reprises, notamment par la théorie des groupes de sociétés, qui lui donne un nouveau développement avec les notions de sociétés mères, filles, soeurs... Pareillement, l'identification du vol de données informatiques à un vol d'électricité constitue une tentative (probablement manquée) de donner un nouveau développement à la métaphore classique du vol d'énergie. En bref, l'analogie n'offre pas seulement le moyen de résoudre ponctuellement une affaire délicate ; elle peut contribuer à cette occasion à la construction du système juridique considéré comme une encyclopédie en expansion constante.

Mais cette fonction heuristique et lexicale, l'analogie ne peut l'exercer sans limites. Si la logique formelle déçoit souvent par la pauvreté de ses résultats purement tautologiques (69), la rhétorique pêche par l'excès inverse en autorisant toutes les conclusions. Il est en effet pratiquement toujours possible d'établir un

(67) En ce sens pour l'analyse littéraire : Jakobson, *o. c.*, p. 66. - Sur le caractère tropique de la pensée sauvage, enfantine et onirique : T. Todorov, *Théories du symbole*, *o. c.*, p. 278 et s.

(68) Eco, *Les limites de l'interprétation*, *o. c.*, p. 153. - Dans le même sens : Perelman et Olbrechts-Tyteca, *o. c.*, § 88, pp. 542-9.

(69) L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, Paris, Gallimard, 1961, 6.1. : "Les propositions de la logique sont des tautologies" et 6.1262 : "La preuve en logique n'est qu'un expédient mécanique pour reconnaître plus facilement la tautologie là où elle est compliquée".

rapport tropique entre un terme et n'importe quel autre terme du lexique (70). Voilà pourquoi, si une analogie peut proposer une solution plus ou moins séduisante, il faut encore justifier de sa pertinence. Autrement dit, comme l'enseigne l'épistémologie contemporaine, l'analogie a une portée heuristique mais non pas en soi force probante. L'argument *a pari*, conjugué à l'argument *a contrario* et *a fortiori*, peut suggérer des interprétations diverses mais non offrir un critère de sélection entre celles-ci. L'herméneutique a de tout temps tenté de limiter cette prolifération des sens en limitant les procédés d'interprétation licites (71). L'interdiction de l'analogie en matière de "lois odieuses" (pénales, fiscales, etc.) constituait déjà dans l'Ancien droit une de ces limites. Toutefois, le langage et le raisonnement sont rhétoriques de part en part si bien que, comme le montre l'exemple du vol, il est extrêmement difficile de maintenir la fiction d'une interdiction absolue de l'analogie, même en ces matières. Dans ces conditions, l'épistémologie juridique gagnerait à reformuler de manière plus nuancée et plus précise à la fois les conditions d'utilisation de l'argument *a simili*. A l'interdiction absolue devrait correspondre une *règle générale de prudence* à l'égard de l'analogie impliquant l'exigence à charge de celui qui la propose de justifier de sa pertinence. Cette vigilance impliquerait de distinguer entre les analogies par ressemblance (métaphore) et par proximité (métonymie), ces dernières étant à la fois discrètes et particulièrement sujettes à caution. Enfin, s'imposerait un *principe général d'économie* privilégiant l'interprétation qui se fonde sur un minimum de transformations rhétoriques (72). Ce principe conduit à repousser des raisonnements qui, comme celui du tribunal de Bruxelles dans l'affaire Bistel, cumulent une analogie (métonymie : donnée / électricité) sur une autre (métaphore : eau / électricité). Ces trois directives simples permettraient sans doute de mieux réguler l'usage de l'analogie dans le raisonnement juridique.

7. - SYNTHÈSE

En guise de conclusion, on résume en quelques propositions les thèses développées dans cette étude :

1.- Au sens fort, l'analogie désigne une *homologie de rapports* entre deux séries de termes appartenant à des domaines distincts. L'utilisation de cette figure en droit dissimule souvent un raisonnement de type *jusnaturaliste*, qui se fonde sur la structure du réel et plus précisément repose sur une mise en parallèle entre le monde des faits, naturels ou sociaux, et le système des normes.

2.- Dans un sens juridique plus courant, le raisonnement analogique, ou *a pari* ou encore *a simili*, désigne l'extension d'un régime juridique donné, applicable à un terme quelconque, à un autre terme jugé équivalent au premier, sous un rapport pertinent.

3.- Le discours juridique recèle deux catégories d'analogies au sens courant, distinctes par leur forme et leur portée épistémologique :

a) L'analogie *par ressemblance* opère la transition du terme initial au terme analogue par une substitution *métaphorique* au sein d'un même paradigme. Elle repose sur la règle de justice qui prescrit le traitement égal des situations semblables et joue à ce titre un rôle important dans la casuistique.

(70) T. Todorov, *Symbolisme et interprétation*, Paris, Seuil, 1978, pp. 120-1.

(71) Todorov, *loc. cit.*

(72) Sur le critère d'économie dans l'interprétation : Eco, *Les limites de l'interprétation*, o. c., p. 125 et s..

- b) L'analogie *par proximité* opère le glissement du terme initial à un terme analogue par un déplacement *métonymique* au sein d'un même syntagme. Elle ne suppose aucune ressemblance mais seulement une contiguïté quelconque (spatiale, temporelle, causale...) entre les termes de l'analogie. La rationalité de ce procédé est beaucoup plus discutable et son fondement incertain mais l'analogie par proximité est néanmoins repérable dans le discours juridique où elle joue un rôle discret, diffus, voire clandestin.

4.- La *fonction cognitive* de l'analogie est double et évolutive dans le temps :

- a) Au moment de sa formulation, l'analogie revêt une portée *heuristique* : elle suggère la solution d'un cas difficile par référence à une situation acquise.
- b) A long terme, l'analogie peut acquérir une fonction *lexicale* : elle se sédimente alors, à la manière d'une *catachrèse*, dans le discours juridique dans lequel elle se fonde. Elle n'est plus perçue comme analogie mais comme élément de la réalité juridique. Cette analogie "endormie" conserve néanmoins sa portée argumentative et peut être réveillée à tout moment.

5.- L'analogie est à ce point liée aux développements du raisonnement et du discours que son interdiction pure et simple dans certaines branches du droit paraît difficilement réalisable en pratique. Par contre, comme pour tout processus rhétorique, il est indiqué de la contenir dans d'étroites *limites*. Dans cet esprit, tout raisonnement analogique devrait justifier de sa forme, de sa pertinence et obéir à un principe d'économie.