

E. Nicolas, *L'assimilation en droit. Essai de philosophie de la technique juridique*, coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2022, 188 p.

Clément Magritte

DANS **REVUE INTERDISCIPLINAIRE D'ÉTUDES JURIDIQUES** 2022/2 Volume 89 , PAGES 153 À 161  
ÉDITIONS **PRESSES DE L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS**

ISSN 0770-2310

DOI 10.3917/riej.089.0153

Date de mise en ligne : 26/12/2022

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2022-2-page-153?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



**E. NICOLAS, *L'assimilation en droit.*  
*Essai de philosophie de la technique juridique*, coll. Méthodes  
du droit, Paris, Dalloz, 2022, 188 p.**

Clément MAGRITTE

Assistant chargé d'exercices à l'Université Libre de Bruxelles

Le Doyen Cornu écrivait à propos de l'assimilation en tant que technique législative : « À côté de la fiction qui, dans l'attirail des techniques, nous est déjà si familière, l'assimilation, qui est comme le maniement légal de l'analogie, mériterait d'être à son tour reconnue et distinguée (...) »<sup>1</sup>. Emeric Nicolas a semble-t-il répondu à cette invitation implicite. Après y avoir consacré sa thèse de doctorat<sup>2</sup>, il publie cette année *L'assimilation en droit. Essai de philosophie de la technique juridique*<sup>3</sup>. Cet ouvrage dont nous proposons ici la recension est donc le premier entièrement dédié à ce phénomène de la science juridique.

L'ouvrage se divise en deux grandes parties. La première s'intéresse à la technique juridique d'assimilation en tant que telle (p. 16-107) et la seconde propose une véritable approche philosophique de la technique juridique d'assimilation (p. 109-163). Sans aborder chacun des riches développements, nous présenterons ici les traits qui nous ont semblé les plus saillants tout en y intégrant nos propres commentaires. En espérant que cette recension permettra d'éveiller l'intérêt pour la notion d'assimilation.

L'auteur débute son ouvrage par une mise en lumière du caractère tout à fait massif de l'assimilation, en législation (4% de l'ensemble des textes législatifs en vigueur en droit français sont concernés par le phénomène) mais aussi en jurisprudence. Ensuite, sur le plan qualitatif, Emeric Nicolas propose quelques distinctions utiles. Ainsi, les assimilations explicites (se présentant comme telles, avec marqueur) présentent une portée normative limitée alors que les assimilations implicites (opérant une

---

<sup>1</sup> G. CORNU, « L'esprit d'économie législative », in G. CORNU, *L'art du droit en quête de sagesse*, coll. Doctrine juridique, Paris, PUF, 1998, p. 327.

<sup>2</sup> E. NICOLAS, *Le principe d'assimilation des investisseurs aux consommateurs sur les marchés financiers. Contribution à une théorie de l'assimilation juridique*, Thèse de doctorat, Orléans, 2010, § 1340.

<sup>3</sup> E. NICOLAS, *L'assimilation en droit. Essai de philosophie de la technique juridique*, coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2022.

extension du champ d'application d'une règle de droit sans que le terme « assimilation » ne soit employé) disposent d'une normativité de plus grande ampleur et sont généralement le fait de la jurisprudence et de la doctrine. Autre distinguo important : les assimilations éliminables et inéliminables (p. 26-27). Dans le premier cas, il est possible de se passer de l'assimilation pour « dire » la même chose. Ce sont les assimilations de type « A est assimilé à B »<sup>4</sup>. Dans le second cas, lorsque l'assimilation est dite inéliminable, on ne peut se passer du concept puisque les assimilations sont encore « à réaliser ». Elles sont de type « et assimilé(e)s » comme dans la formule « les fonctionnaires et *personnels assimilés* ». Ce sont ces dernières qui intéressent le plus l'auteur puisqu'elles nous conduisent vers les cas difficiles : « elles doivent être éprouvées et prouvées et donc elles appellent le besoin d'une théorie de l'assimilation » (p. 27).

Cette importance du phénomène assimilatoire va alors être mise en contraste avec la faiblesse de son investissement doctrinal (p. 29). Pour illustrer ce constat, l'ouvrage passe en revue la place de l'assimilation au sein des travaux de différent.e.s auteur.e.s ; successivement : François Geny, René Dekkers, Gérard Cornu, Anne-Marie Leoryer, Martin Lebeau et Stefan Goltzberg. Ce riche éventail permet en réalité d'expliquer le décalage : l'assimilation est généralement conçue par les auteur.e.s qui s'y sont intéressé.e.s à partir de réflexions consacrées à la fiction ou l'analogie. Le phénomène serait alors voué à demeurer occulté par ces deux concepts phares de la science juridique.

Penser l'assimilation pour ce qu'elle est : tel est l'objectif original d'Emeric Nicolas. Pour ce faire, l'auteur propose dans un premier temps, par une démarche analytique, de caractériser le phénomène en droit ; isolément d'abord et relativement aux autres procédés de la science du droit ensuite (p. 39).

Isolément, le concept se caractérise par une typologie de ses modes mais aussi à travers le prisme de ses sources, de ses formes, de ses effets et de ses fonctions. Arrêtons-nous brièvement sur la caractérisation de l'assimilation à travers le prisme de ses effets et de ses fonctions.

Les effets de l'assimilation sur les catégories juridiques sont simples et directs. Il s'agit comme l'écrit Cornu de « soumettre, en tout ou en partie,

---

<sup>4</sup> Il est intéressant de noter que la seule assimilation explicite présente dans le Code civil de 1804 était de ce type. Son article 509 disposait en effet : « L'interdit est assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens : les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits ». L'assimilation est bien éliminable puisque seule la deuxième partie de la phrase aurait en fait suffi.

l'élément assimilé au même régime juridique que la catégorie de rattachement»<sup>5</sup>. Ce faisant, les membres d'une catégorie donnée bénéficieront du régime juridique applicable aux membres de la catégorie de référence. L'assimilation est donc, comme le souligne Emeric Nicolas, une technique juridique finalisée : « l'effet de l'assimilation se confond avec son but. *Il s'agit de rendre identique l'essentiellement semblable* (nous soulignons) » (p. 45). On retiendra ici la distinction originale entre l'assimilation mise en œuvre par voie de fusion-absorption ou par voie de fusion-crétion. Dans le premier cas l'assimilation « contribue à modifier la catégorie source en retour, à une augmentation de sa substance et de ses contours » (p. 46). Le second mode d'assimilation est plus complexe et implique un sens renouvelé du procédé puisque sa caractéristique principale devient la création d'hybrides juridiques. Un exemple parlant proposé dans l'ouvrage est le statut juridique des animaux. Les animaux ayant longtemps fait partie de la catégorie des biens meubles, l'assimilation de certains d'entre eux à des personnes a finalement abouti à la création de la catégorie nouvelle et hybride des « êtres dotés de sensibilité ». À cet égard, les discussions récentes sur la personnalité juridique à accorder au non-humain (assimilation contemporaine notable) suivront probablement l'un de ces modes : soit la substance de la catégorie « personne juridique » deviendra plus large et intégrera certaines entités non-humaines (assimilation par voie de fusion-absorption) soit de nouveaux hybrides juridiques verront le jour comme un nouveau type de personnalité juridique aux côtés des personnes physiques et morales déjà comprises dans l'appareil conceptuel (assimilation par voie de fusion-absorption).

L'assimilation en droit présente également des effets indirects non-négligeables sur la discipline juridique en tant que telle. L'assimilation serait ainsi révélatrice du caractère vivant des disciplines juridiques. « Étudier le "vivant" disciplinaire au niveau des catégories juridiques permet de réfléchir à la manière dont se constituent et évoluent les savoirs juridiques » (p. 48).

Ceci nous amène à un trait essentiel de la caractérisation du phénomène assimilatoire à travers le prisme de ses fonctions : la fonction d'évolution des catégories juridiques en parallèle de la réalité sociale.

L'assimilation se présente également comme un outil de déformalisation juridique : elle permet d'assouplir les catégories juridiques et d'éviter une excessive différenciation du traitement des membres subsumés au sein de chacune d'elles. Elle contribue ainsi au « rajeunissement » des catégories

---

<sup>5</sup> G. CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, coll. Quadrige, Paris, PUF, 13<sup>e</sup> éd., 2020, v<sup>o</sup> Assimilation.

juridiques dans le sens d'une évolution du droit en parallèle de l'évolution de la réalité sociale (p. 50).

Cette fonction du procédé n'est pas sans rappeler la conception des fictions juridiques chez Henry Summer Maine. Technique très ancienne, la fiction juridique est présentée par Maine comme l'un des trois modes d'évolution de tout système juridique ; les deux autres étant l'équité et la législation<sup>6</sup>. Maine offre ainsi une conception très large de la fiction juridique :

*I now employ the expression « Legal Fiction » to signify any assumption which conceals, or affects to conceal, the fact that a rule of law has undergone alteration, its letter remaining unchanged, its operation being modified (...). The fact is in both cases that the law has been wholly changed ; the fiction is that it remains what it always was.<sup>7</sup>*

Selon lui, la fiction juridique permet en réalité d'accomplir le changement social sans pour autant modifier la lettre de la loi. C'est à cet égard que l'auteur considère que la fiction convient parfaitement aux sociétés naissantes, très attachées à leurs fondements<sup>8</sup>. Le procédé rendrait effectivement possible un certain équilibre entre le désir de perfectionnement et le dégoût du changement : « *At a particular stage of social progress they are invaluable expedients for overcoming the rigidity of law (...)* »<sup>9</sup>. La fiction juridique viendrait finalement contrer le caractère traditionnel du droit souvent posé en décalage avec l'évolution sociale.

Cette digression nous permet d'aborder une des grandes thèses défendues dans l'ouvrage : la distinction entre fiction et assimilation (p. 56-66). En effet, l'auteur ayant cherché à faire ressortir l'originalité de l'assimilation prise isolément, il poursuit donc l'exercice en envisageant le concept relativement. Sont alors abordés les rapports de l'assimilation avec les principaux procédés intellectuels du droit : la définition légale, l'analogie et, évidemment, la fiction juridique.

Fiction et assimilation sont des techniques faisant partie de ce que Chaïm Perelman nommait la logique juridique, c'est-à-dire, « l'ensemble des techniques de raisonnement qui permettent au juge de concilier, dans chaque cas d'espèce, le respect du droit avec l'acceptabilité de la solution

<sup>6</sup> H. SUMMER MAINE, *Ancient Law : Its Connection With The Early History Of Society And Its Relation To Modern Ideas*, Londres, Murray, 1861, p. 25.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 25-26.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 26-27.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 27.

trouvée »<sup>10</sup>. La proximité entre ces deux concepts a conduit la doctrine à généralement les présenter dans une relation de genre à espèce.

Prenant acte de la difficulté du rapport entre les deux techniques et de leur quasi-confusion, Emeric Nicolas va tout d'abord nier toute différence de nature entre les deux concepts : « tant avec la fiction qu'avec l'assimilation on fait "comme si" pour faire "comme cela" » (p. 65). Très simplement en effet, il est difficile de percevoir une différence entre présenter les chauffages d'une maison comme des immeubles par destination (fiction juridique des plus célèbres) ou expliquer que ces chauffages sont assimilés à des immeubles. Si la différence de nature est donc inexistante, l'auteur, s'inspirant alors des travaux de Geny, estime néanmoins qu'il existerait une distinction de degré entre les deux concepts. Selon lui, la différence entre fiction et assimilation se situe dans le passage du « comme si » au « comme cela ». Alors que dans la fiction ce passage s'opérerait brusquement, voire grossièrement, l'assimilation offrirait un passage en douceur calqué sur « l'évolution de la réalité sous-jacente aux catégories que ce procédé mobilise » (p. 65).

Tandis que la fiction atteint pratiquement son but par une dénégation brusque de la réalité sociale ou juridique, l'assimilation l'atteint, elle, par un retour en douceur vers la réalité sociale et une augmentation de la cohérence de la réalité juridique (p. 63).

La différence de degré ainsi présentée reste néanmoins ténue. Stefan Goltzberg s'oppose à cet égard à Emeric Nicolas. Il considère en effet qu'il n'y a pas d'enjeu véritable justifiant l'établissement (coûteux) d'une distinction entre les deux concepts :

L'opposition entre assimilation et fiction est d'autant plus précaire que l'assimilation suppose une irréductibilité première – sinon pourquoi parlerait-on d'assimilation ? – et que la fiction ne doit pas nécessairement selon nous être décrite comme fautive<sup>11</sup>.

L'effort intellectuel réalisé pour distinguer les deux concepts est tout de même remarquable et en réalité finement joué. L'auteur s'inscrit ici, comme le souligne Stefan Goltzberg dans sa préface : « dans une noble tradition passant par René Dekkers et Chaïm Perelman, lesquels ont élaboré une typologie des procédés de l'argumentation juridique telle que

<sup>10</sup> Ch. PERELMAN, « §42. Propos sur la logique juridique », in Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2<sup>e</sup> éd., 2012, p. 539.

<sup>11</sup> S. GOLTZBERG, « De quoi la fiction indique-t-elle l'absence ? », in *Actes de colloque : Les fictions en droit*, A.-B. Caire (dir.), L.G.D.J., 2015, p. 103-118.

l'assimilation et la fiction relèvent de catégories bien séparées » (p. XIII). Cet effort est par ailleurs probablement accompagné d'une crainte de perdre son objet de recherche. Est-il en effet possible de nier toute différence de nature ou de degré entre fiction et assimilation tout en conservant l'objet de recherche auquel on entend consacrer un ouvrage entier ?

L'exercice est selon nous réalisable si l'on quitte complètement l'ontologie pour rejoindre le terrain de la rhétorique. Se placer sur le terrain de la rhétorique permet effectivement de s'extraire de tout débat houleux concernant l'importance de l'écart à la réalité. La rhétorique, à la suite de Perelman : « ne concerne pas tant la vérité que l'adhésion »<sup>12</sup>. Peu importe ici que l'écart à la réalité soit grossier ou doux. L'assimilation serait alors un objet spécifiquement rhétorique. Lui consacrer une étude à part entière serait en ce sens une manière de prendre au sérieux l'ontologie rhétorique pragmatique de la discipline juridique.

Emeric Nicolas, nous présente justement par la suite les rapports étroits entre l'assimilation et l'argumentation juridique (p. 72-79). L'assimilation y est présentée comme une topique juridique confrontée à d'autres. L'auteur nous indique bien qu'à l'instar de l'ensemble des arguments allant dans le sens d'une interprétation extra-littérale et téléologique de la loi, l'assimilation n'est pas un argument évident. Il reviendra alors au plaideur de s'engager dans une bataille rhétorique dans laquelle il se verra opposer un bon nombre de contre-arguments.

Cette première partie se clôture par une proposition audacieuse : ériger l'assimilation en un possible principe général de droit (p. 80-107). Selon l'auteur l'assimilation n'est pas qu'un simple procédé intellectuel au service de la pensée juridique, elle est également « une technique à vocation normative, au service de l'agir juridique » (p. 80). Cette normativité s'exprime en fait assez directement au travers des interprétations contemporaines du principe général d'égalité juridique par les Hautes juridictions françaises, européennes ou étrangères (p. 88-91).

Sa vocation à recevoir une pleine consécration en droit positif en tant que principe général de droit s'appuie alors sur un double fondement, reprenant les justifications communes à toutes les assimilations. D'une part, le principe d'égalité ayant, par ses interprétations contemporaines et renouvelées, évolué vers un principe de différenciation visant désormais l'égalité réelle et concrète, est conçu implicitement comme norme permissive d'assimilation. D'autre part, et d'un point de vue philosophique,

---

<sup>12</sup> Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelles rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, p. 107.

l'assimilation semble être la traduction normative du concept perelmanien de justice formelle défini comme « un principe d'action selon lequel des êtres faisant partie de la même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon »<sup>13</sup>.

Le principe général d'assimilation aurait finalement pour avantage de quitter l'exigence et la difficulté de mise en œuvre de l'idée d'identité de situation pour laisser place à l'idée plus souple de l'essentiellement semblable.

Pleinement conscient des dérives potentielles inhérentes à toute technique juridique, et voulant maintenir un lien solide avec l'idée de justice, Emeric Nicolas nous livre ce principe général en puissance avec son mode d'emploi. L'auteur propose ainsi d'avoir recours aux critères du juste et du raisonnable en droit. Pour correctement les mettre en œuvre, l'approche à retenir serait alors celle qui s'opère en terme de bilan « coûts/avantages ».

Est-il globalement juste et opportun d'assimiler A et B compte tenu de l'essentielle similitude dans laquelle A et B se trouvent sur le plan de la réalité matérielle, et cette décision d'assimilation ne produit-elle pas d'effets globalement négatifs dans l'ordre juridique ainsi que pour les membres de la catégorie assimilée ? C'est à la condition d'apporter cumulativement une réponse positive à la première question et une réponse négative à la seconde que l'assimilation devrait être enclenchée (p. 106-107).

C'est par ces instructions que se termine cette première partie de l'ouvrage consacrée à la technique juridique d'assimilation en tant que telle et sa possible vocation à devenir un principe général de droit.

Mais comment le droit conçoit l'assimilation par rapport aux autres disciplines ? Par une approche de philosophie de la technique juridique, Emeric Nicolas se propose dans la seconde partie de son ouvrage de répondre à cette interrogation. Penser sa discipline et son objet en philosophe, « retrouver [sa] capacité d'étonnement face à la chose juridique pour mieux en identifier l'originalité » (p. 110) : telle est la démarche inspirante de la fin du livre.

L'auteur débute cette seconde partie par la recherche de la spécificité de l'assimilation dans le champ juridique. Est ainsi recherché le type d'opération mentale sur laquelle repose le procédé de l'assimilation

---

<sup>13</sup> Ch. PERELMAN, « §1. De la justice », in Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, op. cit., supra note 10, p. 41.

juridique. Cette mise en valeur ayant alors vocation à dévoiler « l'une des facettes de la pensée juridique occidentale » (p. 112).

Une approche linguistique pour révéler la spécificité du terme « assimilation » permettra à l'auteur de montrer qu'en droit, l'assimilation repose sur la sémantique de l'identité. Le terme signifie en effet « rendre identique ». L'assimilation « conduit à la non-différenciation, à une homogénéisation de l'hétérogène et du singulier, en un mot à l'identité. Elle participe de la construction de Même en droit » (p. 132). De quoi ce constat est-il révélateur ?

Pour répondre à cette question, l'ouvrage propose dans un premier temps une approche philosophique du passage du semblable à l'identique. Ce « saut », explique l'auteur, se situe, au cœur des mécanismes travaillant dans l'ensemble des systèmes juridiques de type normatif. La puissance de la qualification et de la catégorisation par lesquelles le droit parvient justement « à produire une identité parfaite à partir de l'imperfection du seulement semblable » (p. 135) met bien en lumière « le besoin qu'éprouve le droit de faire l'identique pour fonctionner » (p. 135). En tant que fabrique de l'identique à partir de l'essentiellement semblable, l'assimilation se trouve finalement en plein cœur de ces mécanismes caractérisant la discipline juridique dans son ensemble et sa passion pour l'identique : « fine fleur du "psychisme" de la pensée juridique » (p. 138).

L'ouvrage se clôture par une mise en rapport de l'assimilation avec le réseau de concepts fondamentaux de la philosophie dans lequel elle s'insère. L'étude des rapports du concept d'assimilation avec l'égalité permet à l'auteur de revenir sur les multiples facettes de cette notion et l'évolution de ses interprétations de l'époque moderne et révolutionnaire à celle contemporaine. Ce détour (qui n'en est en réalité pas un) très riche et bienvenu, permet à Emeric Nicolas de montrer que l'assimilation entretient des rapports plus étroits avec les significations contemporaines de l'égalité qu'avec les significations plus traditionnelles suivant davantage un principe de neutralité juridique tenant la réalité sociale à distance. En effet, les significations contemporaines de l'égalité s'inscrivent comme l'écrit l'auteur « dans un double mouvement de "prise en compte de" et de "droit à" la différence (...) reposent toutes sur une "norme" d'assimilation plus ou moins obligatoire » (p. 150 et 152).

Cette proximité soulignée, l'auteur poursuit la réflexion en creusant le lien étroit également, entre l'assimilation et le concept de différence peu pensé en philosophie. Quitter la philosophie de l'identique (très intuitive dès lors qu'il est question d'un procédé qui entend fabriquer cet identique à partir

de l'essentiellement semblable), rend possible un décentrement mettant en valeur « l'importance du "travail du négatif" de la différence dans le mécanisme d'assimilation » (p. 153). C'est donc une mise en lumière des coulisses de la création de l'identité que nous propose Emeric Nicolas afin d'aboutir à une conception renouvelée de la réalisation de l'assimilation : proposition de compromis entre les deux conceptions philosophiques extrêmes que sont l'identité et la différence.

Les derniers développements cherchent à vérifier une des premières hypothèses de son étude, évoquée dès les premières lignes de l'ouvrage : l'intuition que la technique juridique d'assimilation aurait pour fondement le principe de justice formelle dégagé par Perelman. Revenant sur les travaux du philosophe, Emeric Nicolas abouti à la conclusion que « l'assimilation est ce qui rend techniquement possible la justice » (p. 163). Resterait alors, selon l'auteur, à déterminer ce qu'on entend par « points de ressemblance » ; quels sont les critères justifiant une assimilation ?

Mais n'est-ce pas justement l'absence de critères préétablis qui donne à l'assimilation tout son potentiel ? Il nous semble justement que le caractère bien ou mal fondé d'une assimilation sera davantage déterminé par le résultat concret visé que par « la caractéristique essentielle » d'une notion. Le débat est ouvert et c'est justement sur cette ouverture que se termine l'ouvrage.

Entreprise courageuse et ambitieuse, ce livre a tout d'abord le mérite d'offrir à la communauté scientifique un nouvel objet de recherche avec lequel il est possible de penser et surtout de repenser certaines notions centrales de la discipline juridique et de la philosophie du droit. Tenant à la fois de l'essai magistral et du manuel, alliant rigueur et pédagogie, Emeric Nicolas tient son pari : avoir mis le projecteur sur ce phénomène trop longtemps resté dans l'ombre en soutenant sa spécificité. La démarche, enfin, consistant à penser la discipline juridique en philosophe servira, nous l'espérons, de source d'inspiration pour tout juriste qui entend retrouver sa capacité d'étonnement face à la chose juridique.